



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

MARLA VIEIRA LANTELME

**AS BASES DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ, A
RESPONSABILIDADE CIVIL COM ÊNFASE NA FASE PÓS-
CONTRATUAL.**

JUIZ DE FORA

2008

DIPOE
10/08/08



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

**AS BASES DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ, A
RESPONSABILIDADE CIVIL COM ÊNFASE NA FASE PÓS-
CONTRATUAL.**

Monografia de conclusão de Curso apresentada
ao Curso de Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora,
como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

JUIZ DE FORA

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

Marta Vieira Santelme
Aluno

As Bases do Princípio da Boa Fé, a Responsabilidade
Civil com Ênfase na Fase Pós-Contratual.
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luciana Maria Braga
Samuel Mendes
João Oliveira

Aprovada em 04/08/2008

Dedico este trabalho aos meus pais, Laerte e Mariza, belos e admiráveis em essência, que sempre me impulsionaram a crescer em cada dia da minha existência buscando vida nova e realizações. Agradeço-os por se privarem de tantas coisas para concederem a mim a oportunidade de realizações e conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor e orientador Leonardo Rodrigues Furtado de Mendonça, e a todos aqueles que direta ou indiretamente me ajudaram ao longo deste percurso. Não importando a forma nem nomes.

São precisamente as perguntas para as quais não existem respostas que marcam os limites das possibilidades humanas e traçam as fronteiras da nossa existência. **Milan Kundera**

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver crescer as injustiças, de tanto ver agigantar-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.

Rui Barbosa

Palavra puxa palavra, uma idéia traz outra, e assim se faz um livro, um governo, ou uma revolução, alguns dizem mesmo que assim é que a natureza compôs as suas espécies.

Machado de Assis.

RESUMO

O trabalho aqui apresentado procura expor as questões ao redor da responsabilidade *post pactum finitum*. Para tanto, são trazidas as teorias da responsabilidade civil contratual e extracontratual e seus pressupostos, bem como os princípios do direito contratual dispostos no código civil. Para a completa compreensão do que seja responsabilidade *post factum finitum* é necessário também o estudo da boa fé disposta no artigo 422 do código civil, bem como da função social dos contratos. A responsabilidade *post factum finitum* é fundamental para que se firme o entendimento sobre as relações contratuais e as responsabilidades que não extinguem com a finalização do contrato.

Palavras chave: responsabilidade civil, contratos, boa fé objetiva, função social, *post factum finitum*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - IDÉIA DE CONTRATO	12
1.1 Conceito de Contrato.....	12
1.2 Noção de Contrato.....	13
1.3 Evolução do Direito Contratual.....	14
1.4 Fundamento da Obrigatoriedade dos Contratos	17
CAPÍTULO 2 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A FUNÇÃO SOCIAL.....	18
2.1 Autonomia da Vontade e a "Crise" Do Contrato	22
2.1.1 Função social do contrato e o "Pacta Sunt Servanda"	22
2.1.2 A função social do contrato: significado e aplicação.....	23
2.2 A Função Social dos Contratos	24
2.3 A Função social do contrato no Novo Código Civil	27
CAPÍTULO 3 - PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	29
3.1 O Modelo Clássico de Contrato	30
3.2 A Revisão Principiológica no Direito Contratual.....	31
3.3 Princípio da obrigatoriedade dos Contratos	32
3.4 Princípio da Autonomia da Vontade	33
3.5 Princípio da Relatividade dos Efeitos	35
3.6 Princípio da Intangibilidade dos Contratos	36
CAPÍTULO 4 - RESPONSABILIDADE CIVIL	37
4.1 Histórico	37
4.2 Histórico no direito pátrio	38
4.3 Conceituação da responsabilidade civil	39
CAPÍTULO 5 - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	41

CAPÍTULO 6 - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	43
6.1 Responsabilidade Objetiva e Teoria do risco.....	44
CAPÍTULO 7- PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	46
7.1 Agente e conduta.....	47
7.2 Nexo ou relação causal.....	48
7.3 Dano	48
CAPÍTULO 8 - DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL	51
8.1 Obrigação e responsabilidade.....	51
8.2 Contratos e obrigações	52
8.2.1 Fase pré contratual.....	53
8.2.2 Fase contratual.....	54
8.2.3 Fase pós contratual	54
CAPÍTULO 9 - BOA FÉ CONTRATUAL	55
9.1 Deveres acessórios aos contratos	56
9.1.1 Dever de informação	57
9.1.2 Dever de sigilo	57
9.1.3 Dever de proteção.....	58
9.1.4 Dever de cooperação	58
CAPÍTULO 10 - A RESPONSABILIDADE POS CONTRATUAL	59
10.1 Responsabilidade pós contratual Aquiliana	59
10.2 Responsabilidade post factum finitum e deveres acessórios.....	61
10.3 A crítica ao artigo 422 do CC/2002	62
CONCLUSÃO	64
BIBLIOGRAFIA	67

INTRODUÇÃO

O trabalho aqui desenvolvido tem como proposta apresentar a responsabilidade civil *post factum finitum* dentro de nossa legislação pátria.

O Código Civil de 1916 primava pela autonomia da vontade e pela força obrigatória dos contratos, mas a Constituição de 1988 introduziu uma novidade: o conceito de função social, ao passo que o Código Civil realçou a boa fé contratual.

É que já não se concebia, desde antes do advento da Carta Magna, que o Contrato não mantivesse os pressupostos de justiça e equidade, e, portanto foi imperioso temperar a relação contratual com os novos princípios.

A responsabilidade *post factum finitum* brota da violação de deveres acessórios ao contrato, ligados à boa fé objetiva, que diferem dos deveres primários e secundários da relação contratual.

O princípio da boa fé objetiva está disposto no Código Civil no artigo 422, mas este é considerado insuficiente e imperfeito para atender as responsabilidades *post factum finitum*, pois na verdade menciona apenas a relação contratual.

Para que seja possível explanar corretamente este tipo de responsabilidade, que ocorre após o término da relação contratual, o presente trabalho primeiramente apresentará o conceito de contrato, e os princípios do direito contratual no código civil.

O conceito de responsabilidade e suas formas e teorias são também aqui trazidos, em especial, a responsabilidade contratual.

É fundamental diferir a responsabilidade contratual da Aquiliana, aplicável às responsabilidades pré e pós-contrato.

Por fim, são trazidos alguns dos deveres acessórios pós-contrato e a crítica sobre o artigo 422, que pecou pela sua forma incompleta de trazer a boa fé objetiva ao ordenamento jurídico.

Assim, não somente a vontade das partes é elemento condutor do contrato, mas é necessário que haja, antes e após, uma lealdade recíproca, um agir ético, uma relação equânime.

Principalmente na fase posterior ao contrato, onde residem deveres acessórios, mas essenciais, que a boa fé interpretará, completará e mesmo corrigirá eventuais lacunas do contrato.

O assunto, apesar de relativamente recente na jurisprudência, e ainda não claramente colocado na legislação, é de suma importância no direito obrigacional, pois revoga a primazia absoluta da autonomia das vontades, colocando deveres e responsabilidades para além daqueles firmados nos contratos.

CAPÍTULO 1 - IDÉIA DE CONTRATO

1.1 Conceito de Contrato

A palavra contrato deriva do latim *contractu* que significa “trato com”. De um modo bem genérico, pode-se dizer que é a concordância de interesses a respeito de um determinado objeto.

De acordo com Washington de Barros Monteiro:

“O contrato é a combinação de vontades com a finalidade de gerar, alterar ou suprimir um Direito¹”.

Segundo Ulpiano: *duorum plurimumve in idem placitum consensus*, que significa dizer que o contrato é um acordo mútuo entre dois ou mais indivíduos sobre o mesmo objeto.

As normas referentes a contratos estão presentes nos Títulos V e VI do CC/2002. É importante lembrar que a regra brasileira não possui conceito rígido para contrato.

O contrato se distingue de fato, pois é a espécie de ato jurídico bilateral que tem por escopo criar comprometimento entre as partes.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil - Direito das Obrigações - 2º parte. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 89.

1.2 Noção de Contrato

Primordialmente, só se conhecia um tipo de contrato: aquele que se destinava a criar relações jurídicas obrigacionais (*contractus*), ou seja, os contratos denominados hoje de contratos Obrigatórios. Esse, bastante rígido, trazia às partes obrigações e conseqüências e era criado com diversas formalidades.

Vale ressaltar ainda, segundo Arnaldo Wald, que:

“no Direito Romano, qualquer uma das partes do *contractus* não poderia ser representada. Neste caso, se uma pessoa recebesse poderes para tanto, esta passaria a ser o credor ou devedor, caindo sobre ela todas as conseqüências e obrigações advindas do mesmo².”

No Direito Moderno, são conhecidos diversos tipos de contratos. Até mesmo um simples acordo bilateral, lícito e de vontade das partes, faz lei entre as mesmas, podendo ser reconhecido judicialmente, enquanto que no Direito Romano, esse simples “acordo” recebia a denominação de *pactum*, não havendo liame jurídico.

Assim, o simples acordo de duas ou mais pessoas, sobre o mesmo objeto, não gera obrigação (*obligation*), sendo, neste caso, denominado de pacto (*pactio*).

Foi dito pelo jurisconsulto Paulo: *Ex nudo pacto non nascitur actio* que significa dizer que do simples pacto não nasce ação. Assim, de forma mais resumida pode-se dizer:

- Contrato é o acordo comum entre duas ou mais pessoas, somado as Formas/Leis reconhecidas pelo Direito Romano.
- Pacto é o acordo comum entre duas ou mais pessoas sem o preenchimento das formalidades.

² WALD, Arnaldo. O contrato: passado, presente e futuro. Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, nº 8, 2000., p. 16.

1.3 Evolução do Direito Contratual

O Código Napoleônico é um dos mais importantes documentos do direito, tendo que se ressaltar o valor do trabalho concretizado, que pode servir de alicerce e parâmetro não tão somente para determinações jurídicas que já vigoram, mas também para os quais terão ainda função no universo do direito³.

Como coloca Orlando Gomes:

“De outra maneira, é inegável que a França sempre causou efeito na elaboração dos diplomas da legislação no Brasil, principalmente aqueles relacionados a questões que atingem o direito civil, verificado de maneira irrefutável quando se examina minuciosamente o Código de 1916⁴.”

Dada a importância exercida pelo diploma alienígena aqui referida, não se deve deixar de submeter a um breve exame o contexto histórico em que se gerou o Código Napoleônico, como forma de obter-se uma explicação mais clara das razões pelas quais alguns princípios foram considerados, assim como a maneira que estes princípios influenciaram na composição da legislação no Brasil.

Ainda citando Orlando Gomes:

“Com efeito, o Código Napoleônico almejava claramente evitar o acontecimento de circunstâncias como aqueles vistos antes da Revolução Francesa, onde o Poder Judiciário tornou-se não somente um cenário de indecorosa corrupção, mas também além do normal o abuso do poder, que de outra forma significa provocar a injustiça e o descontentamento da sociedade⁵.”

Por outro lado, a experiência mostra sempre que fases de um entendimento radical em determinado norte são precedidos de outros, da mesma maneira intolerante, em vários sentidos.

Nesta vertente, Renato José de Moraes medita que:

“A forma de refletir do jurista em relação aos órgãos com que atua é devedor de seu entendimento de mundo. Sendo assim, é natural que os vários estágios do pensamento humano acabem por interferir a visão que os juristas têm do campo jurídico e seus princípios, conduzindo a que uma posição decidida prevalecesse em certa época⁶.”

³ GOMES, Orlando Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41.

⁴ GOMES, Orlando Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19.

⁵ GOMES, Orlando Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 21.

⁶ MORAES, Renato José de. Cláusula Rebus Sic Stantibus. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 04

jurídico e seus princípios, conduzindo a que uma posição decidida prevalecesse em certa época⁶.”

Sendo assim, a tendência do Código Civil da França, motivado pelo contexto histórico (pós Revolução francesa – tendo sido promulgado em 1804) em que está introduzido, comprova de forma plena o receio em se conceder demasiado poder ao julgador, motivo pela qual se tentou, na medida do possível, exaurir as possibilidades de relações jurídicas que existiam e casualmente viessem a surgir, restringindo dessarte o processo hermenêutico.

Não se deve esquecer, da mesma maneira que a Revolução Francesa evidenciou a ascensão da classe burguesa como classe social que detinha o poder econômico, sendo aceito o prestígio que exerciam na sociedade da época.

Mediante essa situação, o diploma mencionado concedeu importante valor ao patrimônio, desprezando a segundo plano o cidadão enquanto passível de direitos provenientes das relações jurídicas instauradas.

Neste conteúdo, a raiz da força vinculante das obrigações – *pacta sunt servanda* – executa papel de inegável predominância, tendo em vista que verificava a necessária segurança às relações jurídicas fixadas entre os particulares, em especial no que interessa à satisfação de direitos.

Esse vigor e prestígio do *pacta sunt servanda* foi colocado de forma irrefutável para o direito pátrio, tendo sido admitido na completude pela maioria absoluta dos juristas e julgadores.

A preferência por este princípio pode ser entendida mais facilmente avaliando-se a conjuntura histórica brasileira. A justificativa seria dar caução legal às relações de negócios, em prejuízo de outros valores, tais como a dignidade do homem.

Como coloca Orlando Gomes:

“Esse estado permaneceu e se justificava constitucionalmente, até mesmo na Carta Política de 1967, e também na EC de 1969, especialmente em função de estar o Brasil em regime de ditadura, em que valores humanos estavam impossibilitados de plena aceitação, por menor que fosse pela contradição ali intrinsecamente arraigada⁷.”

Este cenário tomou outros rumos quando a Carta Magna de 1988 foi promulgada, pois em seu intróito valorizava a democracia, assim como os direitos da sociedade e dos

⁶ MORAES, Renato José de. Cláusula Rebus Sic Stantibus. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 04

⁷ GOMES, Orlando Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 73.

indivíduos especialmente, e também o livre-arbítrio, o bem-estar, a segurança, o progresso, a equidade, uma convivência social harmônica e assim por diante.

De igual modo, a Constituição elevou a dignidade humana como pilar da democracia do Estado, como se verifica no art. 1º, inciso III.

É inegável que a Carta Magna de 1988 trouxe novos conceitos no que se refere às cauções oferecidas aos cidadãos e, além disso, a própria questão de relevância histórica ao inaugurar um novo período na forma de entender as relações legais, especialmente as oriundas dos contratos.

De acordo com Eduardo Sens do Santos:

“Os bens, igualmente, figurada pelo direito de posse, inalcançável em diversos ordenamentos legais anteriores, finalizou por deparar-se com obstáculos a seu desempenho, ao permitir pelo art. 184 que o Estado faça a desapropriação dos bens que não exercessem sua função social⁸.”

De fato, daí infere-se a importância preferencial dada ao indivíduo nesse Texto Político, emanando efeitos por toda normatização jurídica, já que admite o direito de propriedade, antes inalcançável, e que precisaria ser entendido de acordo com sua função social.

Da mesma forma o art. 186 da Carta Magna, no inc. IV, ao estabelecer com relação à propriedade que a “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”, esclarece o que o termo função social significa exatamente, segundo Santos:

“propiciar empregos, criar progresso, dilatar divisas e atingir, tanto quanto possível, a diminuição da diferença social, isto é, alcançar os objetivos citados no início e art. 1º da Carta Magna de 1988⁹.”

Após estas considerações realistas e da avaliação das declarações mencionadas, fica inegável, portanto, que a promulgação da Carta Magna de 1988 possibilitou aos cidadãos superar a diferença que existia em sua relação com os bens.

Em função disso, deixou de ser factível e aceitável a execução total e abrangente de certos princípios e valores, e.g., a obrigatoriedade forçosa dos contratos, já que não mais se alcançava a finalidade essencial antevista na ordenação legal para o exercício jurisdicional, assim como para garantir a equidade nas relações sociais.

⁸ SANTOS, Eduardo Sens. A Função do Contrato Social. São Paulo, Livraria Universitária, 2003, p. 163.

⁹ SANTOS, Eduardo Sens. A Função do Contrato Social. São Paulo, Livraria Universitária, 2003, p. 169.

Juntamente a esse fator, como coloca Fábio Comparato:

“a aceleração alcançada pelo progresso das relações sociais, assim como da interação cada vez maior dos elementos exteriores na economia dos países em desenvolvimento provocou nos juristas a busca por maneiras de se permitir o Judiciário, se levado a tanto, a fazer a revista de certas correlações legais, no intuito de restaurar a harmonia que havia a princípio entre as partes¹⁰.”

Nesse panorama, a velha idéia de interpretação contratual, especialmente no que tange ao seu poder vinculante, precisou ser reavaliada, de modo que a alteração foi recebida pela doutrina e jurisprudência de modo consensual, sendo preciso apenas que se regulamentasse a matéria no intuito de dar mais garantias na resolução de casos reais.

1.4 Fundamento da Obrigatoriedade dos Contratos

No Direito Romano, viu-se que o simples acordo de duas ou mais pessoas, sobre o mesmo objeto, não gera obrigação (*obligation*), sendo esse, denominado de pacto (*pactio*).

No entanto, complementa Ulpiano: “*Nuda pactio obligationem non parit obligationem*”, a saber: “O simples pacto não dá nascimento a uma obrigação, mas a uma exceção”.

Tem-se como “exceção” no Direito Romano uma forma de fazer valer o pacto, ou seja, quando havia um contrato formal e válido, uma das partes poderia requerer algo através de ação (*contractus parit obligationem*), já no pacto, a parte demandada defendia-se através de *exceptio* ou exceção (*pactio parit exceptionem*)¹¹.

Pelo fundamento da obrigatoriedade, o contrato só será reconhecido como contrato caso sejam preenchidas as formalidades.

Estas, estando presentes, irão gerar a obrigação entre contratante e contratado, pois estabelecerá o *vinculum juris*.

Nessa linha de raciocínio, serão requisitos básicos para a validação de contratos, o consentimento, que seria a concordância e a capacidade, sobre o que se discorrerá com mais detalhes adiante.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo, ed. Saraiva, 1991, p. 117.

¹¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1995, p. 95

CAPÍTULO 2 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A FUNÇÃO SOCIAL

Segundo Tepedino¹², os dois principais problemas ligados a constitucionalização do Direito Civil são o papel do Código civil quando da sua elaboração e nos dias atuais e como compatibilizá-lo, do ponto de vista da hermenêutica, com as leis especiais e com a Constituição da República. Segundo Tepedino:

“O Código civil de 1916 foi elaborado sob a influência das doutrinas individualistas e voluntaristas do século XIX, consagradas pelos Estados absenteístas, que, em oposição aos privilégios dos senhores feudais, buscavam intervir o mínimo possível na economia, adotando como valor fundamental o indivíduo. Para este, ou ainda, para os sujeitos de direito, definia somente a forma elementar de sua atuação, especialmente com relação ao contratante e o proprietário, deixando-o mais ao cargo da própria capacidade individual, em liberdade de atuação e criação¹³.”

O Código Civil Brasileiro de 1916, como outros de sua época, era verdadeira “Constituição do Direito Privado”, de extrema importância quando de sua elaboração, pois buscava a centralização da regulamentação das relações privadas /patrimoniais em um único documento, elevado a norma máxima do âmbito privado, resguardando este da intervenção do Estado e daqueles que atrapalhassem a circulação de riquezas.

¹² TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 43.

Era o período do individualismo e o voluntarismo, não guardando correspondência com a garantia dos resultados sociais da atividade privada, posto que esta ficasse à sorte dos atores negociais suas competências e habilidades; referia-se tão somente à estabilidade gerada pelo fato das regras do jogo (relações econômicas) estar claramente pré-determinadas, de modo perene, possibilitando liberdade e segurança à atuação dos sujeitos de direito.

A primeira fase do intervencionismo do Estado no Direito Civil, no Brasil ocorreu a partir do início do século XX, como consequência dos movimentos sociais europeus do final do séc. XIX, intensificados a partir da Primeira Grande Guerra, com a crescente necessidade de intervenção do Estado na economia. Essa necessidade de intervenção decorreu do surgimento e consolidação de novas classes econômicas que na sua atividade desenvolviam relações contrárias ao ideário de equidade apregoado pela Revolução Francesa. Assim, tornou-se necessária a intervenção do Estado para buscar equilibrar essas relações, preservando os valores de justiça e igualdade.

Essa primeira fase, sob o aspecto legislativo, caracterizava-se pelo surgimento de leis extracodificadas (excepcionais), que se diferiam dos princípios estabelecidos no Código civil, em prol daquela relação nova que demandava regulamentação específica. Tais leis extravagantes eram episódicas e emergenciais, contudo, sem abalar os alicerces monolíticos do Direito Civil.

A segunda fase é marcada pelo agravamento dos conflitos sociais e pelo surgimento de relações jurídicas não previstas pelo Código civil, que segundo Gustavo Tepedino:

“Demandava do Estado uma intervenção crescente, regulamentando detalhadamente cada uma dessas situações, criando um significativo número de leis extravagantes, que tratavam não mais de assuntos emergenciais, mas sim de relações jurídicas não previstas pelo codificador, numa profusão cada vez maior, incompatível com o caráter de exclusividade de tratamento das relações privadas atribuído originariamente ao Código civil¹⁴.”

Este passa a regular tão somente o direito comum, restando às novas relações ao tratamento específico e independente dado pelas leis especiais. Tal tendência alcança ponto culminante nas constituições do pós-guerra, que absorvem em seu texto esses valores de compromisso social vinculando o desenvolvimento da atividade econômica privada.

A primeira característica dos estatutos, legislações especiais, frutos da separação entre o direito comum, regulado pelo Código civil, e o direito especial, refere-se, segundo Maria Helena Diniz:

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49.

“à técnica legislativa, que deixa de apenas fixar as regras do jogo, dos negócios, e passa a estabelecer objetivos concretos a serem alcançados, utilizando-se de cláusulas gerais, que permite ao intérprete, a partir destas, declarar o Direito para as relações que venha a surgir futuramente¹⁵.”

Uma segunda característica destacada vincula-se a linguagem empregada pelo legislador, que se afasta do tecnicismo jurídico, aproximando-se mais da linguagem típica do setor a ser regulado, criando verdadeiro embaraço aos juristas, especialmente para os intérpretes.

A terceira diz respeito aos objetivos das normas, que, ao invés de apenas reprimir o ato ilícito, passam a incentivar determinadas posturas, acenando com vantagens aos destinatários das normas, via financiamentos facilitados, redução de tributos (impostos, taxas, tarifas). Denota-se um novo papel do legislador, que é o de promover, através do Direito, determinadas posturas e ou atividades.

Elenca-se um quarto aspecto desses estatutos especiais, que extrapolam a tutela das relações patrimoniais, incluindo *deveres extrapatrimoniais nas relações privadas* que visam alcançar a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana.

Por fim, como uma quinta característica, destaca um aspecto contratual dessas leis especiais, que passam a atender exigências específicas dos grupos interessados, como fruto do trabalho de um legislador-negociador. De acordo com Perlingieri:

“Com o crescimento dessas legislações especiais (estatutos) concretiza-se a retirada de setores inteiros da codificação monossistêmica representada pelo Código civil, passando então, tais setores, a serem regulados por legislações especiais que possuíam, inclusive, independência principiológica frente os valores individualistas materializados no Código civil. Daí falar-se nos microssistemas, estatutos legais autônomos, que não mais gravitavam em torno dos valores e princípios estatuidos pelo Código civil¹⁶.”

A principal consequência que se pode perceber é a fragmentação do Direito Civil, passando esses setores a limitarem a atividade de interpretação tão somente aos elementos fornecidos pelo próprio microssistema.

A recuperação da visão sistêmica do ordenamento jurídico somente é alcançada com as novas constituições que incorporavam os novos valores reivindicados pelos estatutos, passando a assumir o ponto de coesão antes desempenhado pelo Código Civil.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 129.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, I, 1994, p. 97.

Gustavo Tepedino¹⁷ destaca os seguintes entraves a serem superados pelos civilistas, especialmente no que tange à interpretação das normas jurídicas, para se atingir uma visão constitucionalizada do Direito Civil, quais sejam:

- Retirar o aspecto meramente político dos princípios constitucionais para dar-lhes conteúdo de efetividade, de aplicação concreta, e não meramente orientadora ao legislador ordinário;
- Os princípios constitucionais não podem ser vistos como os princípios gerais de direito, aplicáveis somente em último caso, devendo, ao contrário, servir como referência primordial ao desentranhamento do conteúdo material de qualquer norma;
- Como terceiro empecilho, levanta a necessidade do interprete desvincular-se da necessidade de uma regulamentação casuística, pois com as novas tendências dos legisladores, as normas tendem a se tornar cláusulas gerais, que possibilitem ao interprete adaptar-se à velocidade do surgimento das novas relações;

Por último, trata da necessidade de se superar a visão tradicional dicotômica entre o Direito Público e o Direito Privado, em face da crescente interpenetração desses ramos.

Com relação à clássica dicotomia Direito público *versus* Direito Privado, Perlingieri entende que:

“ocorreu um deslocamento em face da referida crescente interpenetração do Direito Privado pelo Direito Público, passando esta questão a não ser mais qualitativa e sim quantitativa, sendo ainda que, em muitos casos, torna-se impossível a definição do que é Direito Público e o que é Direito Privado¹⁸.”

O autor reconhece a imprecisão dessa adjetivação, ex. Direito Civil Constitucional, uma vez que a mesma possa significar que o Direito Privado continua como antes, servindo a adjetivação de mera maquiagem sobre o que não se renovou realmente. Assim conclui Maria Helena Diniz que tal fenômeno significa:

“tão somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, I, 1994, p. 83.

autonomia dogmática e conceitual (...) e a tentativa de adjetivar o Direito Civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete¹⁹.”

2.1 Autonomia da Vontade e a "Crise" Do Contrato

O direito Privado em geral e, em especial o direito civil, ordenaram e disciplinaram as relações travadas, via de regra entre particulares. Ao ordenar e regular as referidas relações, constitui um dos fins do direito civil, a garantir uma esfera de atuação aos particulares imune à interferência estatal, e a essa esfera de atuação, dentro da qual os particulares auto disciplinam e auto determinam seus interesses, dá-se o nome de autonomia privada. Segundo Renan Lotufo:

“A autonomia privada é essencialmente variável de acordo com a forma pela qual ela é regulamentada por cada ordenamento jurídico ou, ainda, dentro de um mesmo ordenamento jurídico em razão das modificações decorrentes, por exemplo, da atividade legislativa, os parâmetros e limites variam de país em país e de tempos em tempos, assim a vontade e a ação individual passaram a balizar-se de acordo com as necessidades do grupo social em que os indivíduos estavam inseridos, em busca da regulamentação da conduta dos homens na busca do necessário equilíbrio para a vida em sociedade²⁰.”

2.1.1 Função social do contrato e o "*Pacta Sunt Servanda*".

“A evolução do Direito Civil no último século está amplamente refletido no Código civil Brasileiro de 2002, que, ao disciplinar, de forma inovadora, a figura do abuso de direito e ao estabelecer que o limite da liberdade contratual seja a função social do contrato, traçou os contornos da autonomia privada de forma diversa daquela desenhada pelo legislador de 1916, e ainda nos dias de hoje, continua a autonomia privada como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico e via de consequência, os seus instrumentos como verdadeiros direitos fundamentais da pessoa a respectivamente, envolver o poder e os meios de os indivíduos livremente determinarem a regulamentação dos seus interesses, segundo a sua vontade²¹.”

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 109.

²⁰ LOTUFO, Renan. Direito civil constitucional: caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 38.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68.

Da mesma forma, o princípio da liberdade de contratar continua a envolver a possibilidade de as partes livremente optarem pela celebração ou não do contrato (liberdade de celebração), elegerem, segundo os seus interesses, o tipo contratual mais adequado e preencherem o seu conteúdo da forma que lhe aprouver; entretanto o código de 1916 continha condições taxativas por meio das quais era permitido ao juiz interferir nas relações contratuais travadas entre dois particulares.

Já o Código Civil Brasileiro de 2002, além de alargar as hipóteses por meios das quais a regra *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) pode e deve ser afastada, estabeleceu um regime de cláusulas gerais que contém princípios que constituem verdadeira limitação à liberdade de contratar em maior escala e à autonomia privada, na sistemática do nosso direito, porém, o contrato há de revestir-se da forma prescrita em lei, sob pena de nulidade²².

2.1.2 A função social do contrato: significado e aplicação.

A novel codificação cuidou de reconhecer também como cláusula geral que a liberdade contratual possui sua razão de ser e seu limite na função social do contrato, o princípio da função social do contrato previsto no art.421 do CCB 2002. Estabelece que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato, pois o contrato não é mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade e assim pode ser vedado o contrato que não busca esse fim. De acordo com Juarez Freitas:

“Trata-se da consagração legislativa da idéia de que o Estado reconhece no grande quadro traçado para a autonomia privada, a possibilidade de os particulares perseguirem, por meio da manifestação de vontade desde que atendidos alguns pressupostos seus próprios interesses, mas que esse reconhecimento é limitado pelas funções que o contrato está destinado a cumprir na sociedade. É correto afirmar, portanto que esse reconhecimento, justamente por não se tratar de liberdade de fato, mas sim de liberdade jurídica, encontra limites no próprio direito objetivo, que também tem em conta a função social do contrato bem como a sua conformidade com a justiça contratual²³.”

A função social do contrato, princípio basilar do direito dos contratos, e atende aos interesses da sociedade considerada em sua totalidade; conseqüentemente, qualquer

²² art. 166 CCB 2002

²³ FREITAS, Juarez de. A interpretação sistemática do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 74.

disposição contratual que atente contra o princípio da função social do contrato ou contra as demais normas que o asseguram carece de valor.

2.2 A Função Social dos Contratos

Como visto, as diretrizes do Direito Civil vêm deixando a forma e o aspecto generalizado e de difícil compreensão, para gradativamente serem substituídas por normas mais claras, objetivas e estruturadas. Devido ao intervencionismo do estado, sancionado pela Carta Magna de 1988, oficializou-se a influência estatal nos vínculos contratuais, impondo barreiras, minimizando a probabilidade de fracasso e defendendo estratos da sociedade, que submetida àquela igualdade surrealista, ficava à margem de todo o progresso da economia, em evidente circunstância de prejuízo.²⁴

Nesse novo fundamento, o contrato, característico regime do Direito Privado, foi alvo de várias modificações conceituais e a tradicional concepção de autonomia de vontades paulatinamente vem sendo alterada para uma estruturação direcionada para a realidade social das partes envolvidas no vínculo contratual e na relação de autonomia privada (que difere da autonomia absoluta de vontades). Ocorre verdadeira relativização do *pacta sunt servanda* que se dobra ao princípio maior disposto na Constituição e replicado no código civil: a função social.

Em tal questão concreta e real quase nunca o envolvido posiciona sua vontade de forma clara e completa conforme a sua decisão no ato da negociação. Essa característica tão típica e intrínseca do homem deixou de ser o agente condutor que deve ser preservado, num mundo hoje muito mais voltado para os “Contratos-padrões”, contratos de massa, ou de adesão.

Muito se comentou sobre a difusão das convicções tradicionais do Direito Romano, o *pacta sunt servanda*, confronto com ideário de função social, entendendo alguns que residia ali um antagonismo de idéias, direcionando a um raciocínio equivocado como será mostrado.

O contrato, parte essencial dos vínculos privados, não deveria ficar indiferente à evolução social. Silva Pereira frisa que o contrato está profundamente interligado ao anseio

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil: As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76

humano, passível de ser influenciado pelas mudanças nas quais a sociedade pode sofrer e sendo assim não haveria como estar estanque às constantes mudanças ao seu redor²⁵.

O doutrinador citou as mais diversas facetas do progresso social, tendo a oportunidade de versar sobre evolução das palavras, da vida, da antropologia e, paralelamente, do contrato, com as modificações pelas quais passou e tende ainda a passar.²⁶

O contrato sendo essencial para o "direito privado", pois quase todos os institutos existentes no Código Civil são importantes quando de seu estudo, pois por ele são influenciados ou nele perpassados.

O contrato, considerado formalidade de uma negociação jurídica, não se pode desprezar a deferência da Parte Geral do NCC para a presença e validade dos vínculos formalizados. Primordial o estudo das questões fundamentais, acidentais e peculiares dos negócios jurídicos, sendo também questões que formam e direcionam o contrato. As imperfeições ou vícios das negociações jurídicas interessam à matéria do contrato, já que originam a anulação do vínculo em várias ocasiões. As circunstâncias em que acontece a anulação do vínculo jurídico são aplicadas nos contratos, ou seja, nas ocasiões em que os contratos são extintos por ineficácia da relação.

A parte do Código Civil que aborda a Teoria Geral das Obrigações, parte essencial para a elaboração dos contratos, pois eles são partes primordiais do direito de obrigação. No contrato, existe um vínculo jurídico entre credor e devedor, suas diversas obrigatoriedades, cláusulas impondo o que cumprir ou não. Os contratos finalizam-se normalmente pelo cumprimento das obrigações de ambas as partes, por consignação em pagamento, imputação, sub-rogação, dação em pagamento, novação, compensação, confusão e remissão de dívidas.

Existe no Código Civil um Capítulo que menciona a Teoria Geral dos Contratos, que aborda uma nova percepção do instituto, segundo o Princípio da Socialidade gerando uma nova formulação das bases do contrato. Aqui a função social do contrato e a boa-fé objetiva são aceitos como principais direcionadores do planejamento contratual.

Sem maiores danos a outras leis específicas que regerão os mais diversos tipos de contrato, nota-se que o Código Civil está voltado quase inteiramente ao vínculo jurídico e aos contratos forma genérica, recordando que até as partes que abordam o Direito da Família e direito das Sucessões estão interligadas ao instituto. É que de várias formas é possível

²⁵ PEREIRA, Caio Mario. *Direito Civil. Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 195

²⁶ PEREIRA, Caio Mario. *Direito Civil. Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 224 a 227

conceber o matrimônio um contrato "*sui generis*", e o testamento, como um genuíno negócio jurídico em que só uma parte tem obrigações.

Na verdade o novo Código Civil, em diversos artigos, considera de maneira profunda a conscientização de que os preceitos do tradicional Direito Civil foram modificados, revelando a função social do contrato como elemento importante para estabelecer a concórdia dos interesses das partes do contrato na sua totalidade.

Entende-se que no direito Privado, há uma busca pelo equilíbrio entre a igualdade/liberdade e individualidade. Há uma procura pelo desenvolvimento da coletividade, ainda que isso atenuie a liberdade do indivíduo.

Lorenzetti²⁷ coloca o indivíduo na posição central do ordenamento jurídico, buscando uma inédita percepção de contrato, segundo as mais importantes mudanças na sociedade percebidas nos últimos anos, demonstrando que é necessária a intervenção do Estado e do planejamento imposto pelo Estado, com a base na autonomia privada. O doutrinador diferencia claramente "Direito Privado" de "direito dos particulares", entendendo que:

"a intenção é evitar que a autonomia privada determine suas diretrizes e valores a sociedade, dificultar que penetre um campo socialmente suscetível, evitar que uma minoria imponha sua ideologia. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação, de direção".²⁸

Tornou-se importante a elaboração de um direito social também no âmbito contratual, que se intensificou após a emergência dos Direitos da Personalidade, depois da Segunda Revolução Industrial e que revelou uma forma inovadora de negociação, outros elementos peculiares em posições diferentes no ato do contrato.

No âmbito social, este fato proveio do vínculo entre o direito e sociedade, que compõe assim:

"um vínculo de interdependência, com duas peculiaridades: mútua e assimétrica. É considerada interdependência, porque tudo o que ocorrer numa área vai interferir na outra; é interdependência mútua, pois uma está interligada a outra, apesar desta interligação do direito x sociedade seja mais intenso do que em relação ao primeiro; está ligado de forma assimétrica, porque as esferas não tem dependência de maneira igualitária"²⁹

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.541

²⁹ NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 26.

O contrato já existia no direito Romano, e é insuspeito que poucos institutos progrediram como ele ao longo de séculos de evolução. Partindo de premissas rígidas, evoluiu, para que dele se retirassem normas restritivas e excessivas, tornando-se mais flexível e atendendo mais adequadamente ao princípio de função social.

2.3 A Função social do contrato no Novo Código Civil

Antes de entrar em vigor, em 2002, o Novo Código Civil (Lei nº. 10.406 de 2002) foi imensamente discutido pela sociedade, atingindo vários setores econômicos e intensificando o debate de assuntos ligados ao cotidiano dos cidadãos. Causou especial atenção os novos debates acerca de questões como o da função social da propriedade e dos contratos.

São inúmeras as modificações introduzidas no Código Civil atual em relação ao antigo, desde a desconsideração da pessoa jurídica prevista no artigo 50 até a ilicitude configurável pelo exercício abusivo de direitos, pelo artigo 187. Foram novidades em relação às disposições existentes no código de 16, mas nada gerou tanto impacto quanto a previsão da função social do contrato no artigo 421, limitando a liberdade de contratar.

A modificação, no entanto já não era novidade: vinha desde a Constituição. O fato da Constituição ter previsto um “Estado Social” não era sinônimo da criação de um “Estado Socialista”.

Muitos doutrinadores enxergaram, logo ao lançar o código e a despeito do disposto na Constituição que os princípios ali dispostos em matéria contratual eram antagônicos: como é (ou era) possível um contrato, corolário maior do “*pacta sunt servanda*”, ser ao mesmo tempo obrigado a cumprir função social, ou melhor, ter um papel social?

Tais princípios não são, numa análise mais acurada, e passado os anos de dedicados estudos e sua aplicação prática, antagônicos.

No código de 16, o realce maior era dado pelo princípio do *pacta sunt servanda*. À época, a força obrigatória dos contratos era praticamente inquestionável, exceção feita a claros abusos.

Tal não é o caso do código de 2002, de cunho infinitamente mais social que o anterior. Preconiza-se que a função social deve estar presente tanto na propriedade quanto na realização dos contratos, ao lado de, evidentemente, atender às vontades dos interessados.

Obvio que isso não quer significar que o proprietário não tenha mais o direito de usar, gozar, dispor e fruir da coisa, nem que o contratante ou contratado, a partir do momento que o contrato não atenda sua função social, deve ser simplesmente descumprido e ignorado.

Fosse tamanha a limitação de propriedade e tanto quanto a limitação feita aos contratos, e o código estaria deixando de promover um Estado Social, uma doutrina socializante e passando a invadir a seara do socialismo, num país de orientação capitalista. Haveria claro confronto e por certo, inconstitucionalidade.

Assim, o Estado Social procura tornar a codificação civil mais atenta aos anseios sociais, sem, contudo retirar dos contratos sua força vinculante, bem como tornar a propriedade um elemento a mais no favorecimento da evolução social e não anular o direito de propriedade. O Código preserva os princípios da segurança jurídica enquanto preconiza um equilíbrio social.

Dessa forma, não há que se falar como foi feito nos momentos imediatamente antes e posteriores à promulgação do novo código, em conflito entre a função social e o direito de propriedade e o *pacta sunt servanda*. O que ocorre é complementaridade.

CAPÍTULO 3 - PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL

O código civil brasileiro de 2002 consagrou de forma inédita o princípio segundo o qual o contrato deve atender sua função social.

Como outros, o princípio da função social do contrato, veio limitar a aplicabilidade do princípio, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos "*Pacta Sunt Servanda*" princípio esse que rege até hoje.

Então se pode afirmar que, segundo Orlando Gomes, que:

"o contrato tem como objeto tornar possível a realização de tratamento de determinada negociação jurídica desejado pelas partes, que constitui o seu objeto, regulamentando tal negócio segundo os interesses delas"³⁰

Sua finalidade está em assegurar o equilíbrio nas relações jurídicas, dando às partes a necessária segurança, servindo ainda de instrumento do qual a lei, em atenção ao princípio da supremacia da ordem pública, se vale para assegurar a igualdade econômica, dentro de princípios maiores de política social.

³⁰ GOMES, Orlando. Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59.

3.1 O Modelo Clássico de Contrato

São diversas e variadas as formalidades exigidas pelo modelo clássico para que seja configurado um contrato de obrigações (*contractus*).

Podem-se verificar estas características ao passo que se avalia suas consequências no correr do processo contratual.

Como ponto positivo, existe a questão da obrigatoriedade de se declarar com exatidão o momento de conclusão do contrato. Enquanto isto não ocorria, as pessoas encontravam-se na fase de conversação, não havendo nenhum liame jurídico³¹.

Além disso, havia a extrema facilidade de ingressar com a ação judicial, haja vista que o pretor não necessitava averiguar a intenção das partes, e sim, observar as formalidades do ato.

Isso implicava em certa despreocupação dos contratantes, pois o valor da causa não era previamente estipulado pelo juiz. O valor deveria estar contido expressamente no contrato.

No entanto, pode-se colocar como pontos negativos a demasiada lentidão no decorrer do processo, face às dificuldades em preencher os requisitos legais.

Também, dado ao grande apego à escrita, tinha o autor que requerer apenas o que estava previsto no respectivo contrato, tendo que acatar a má fé e a morosidade do devedor, sem direito a indenizações.

É importante ressaltar que, segundo Maria Helena Diniz:

“o contrato só será reconhecido como tal, de acordo com o modelo clássico, caso sejam preenchidas as formalidades. Estas, estando presentes, irão gerar a obrigação entre contratante e contratado, pois estabelecerão o *vinculum juris*”³².

Alguns requisitos básicos para a validação de contratos seriam³³:

- Consentimento: concordância, anuência, ou seja, dizer que concorda com o que está sendo estipulado entre as partes.

³¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 156.

³² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169.

³³ GOMES, Orlando. Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 54

- Capacidade: aqui no sentido jurídico da coisa, ou seja, a capacidade que a pessoa tenha à época da celebração de algum contrato.
- Objeto: Uma coisa lícita.

3.2 A Revisão Principiológica no Direito Contratual

O artigo 421 do novo Código Civil reza:

“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

Esse princípio advém da Carta Magna de 1988, que no artigo 5º incisos XXII e XXIII, protege o direito de propriedade de modo que este cumpra sua função social.

“a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade.”³⁴

O Estado social mostra-se pela interferência dos poderes executivo, legislativo e judiciário na esfera privada. As Cartas Magnas sociais são dessa forma entendidas a partir do momento que procuram controlar.

As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam os âmbitos econômicos e sociais, mais ainda do que era pretensão do estado democrático.

O problema do Estado social se intensificou quando se perceberam o teto das receitas públicas para atender às necessidades da sociedade a cada dia maior.

No entanto, cada vez que o Estado muda seu caráter empresarial para o de controlador das atividades da economia, se mantém inalterada a característica de intervenção para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes.

A interferência legal aumenta à medida que diminui a atividade econômica do Estado, tendo como consequência o crescimento do poder privado, seja nacional, seja transacional.

³⁴ REALE, Miguel. Função Social do Contrato, artigo disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> - Acesso em: 29.03.08.

Como coloca Pietro Perlingieri:

“O novo Código Civil trouxe a baila justamente essa questão do novo foco nos princípios sociais dos contratos. Num estado social, os preceitos de contrato característicos são com relação a sua função social, a sua boa-fé objetiva e a equanimidade material³⁵.”

Considerando o Estado Liberal, há que se observar que os preceitos sociais não se sobrepõem aos liberais, quais sejam, os preceitos da autonomia privada que se traduzem na liberdade de eleger o outro contratante, o tipo de contrato e o seu conteúdo, o preceito da obrigatoriedade e da relatividade subjetiva, embora tenham restringido muito sua abrangência e seu teor.

3.3 Princípio da obrigatoriedade dos Contratos.

O princípio da força obrigatória consiste em contratos celebrados, com observância a todos os pressupostos e requisitos necessários a sua validade, e que se tornam lei entre as partes. Ou seja, quando estipulado seu conteúdo de forma válida, as cláusulas contratuais passam a ter força obrigatória para as partes.

No direito contratual mais antigo, de acordo com Orlando Gomes:

“Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades”.³⁶

Ou seja, as cláusulas contratuais não poderiam ser alteradas judicialmente, seja qual fosse a razão invocada pela parte. Era necessário que fosse judicialmente anulado ou revogado o contrato e em seguida celebrado um novo contrato com as alterações, se as partes aceitassem.

Segundo Orlando Gomes, que quando alguém, ao contratar aceita condições extremamente desvantajosas, pressupõe que foram estipuladas livremente e não poderá uma das partes recorrer a autoridade judicial para obter a suavização ou a libertação.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 134.

³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000,

Hoje já podemos contar com exceções a esse princípio, com base na equidade, que exige certo equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação, não podendo consentir o ilimitado depauperamento de uma parte em benefício da outra, apenas por uma homenagem excessiva à norma de obrigatoriedade do contrato.

Como preceitua Maria Helena Diniz:

“A cláusula *rebus sic stantibus*, que nada mais é que a obrigatoriedade no cumprimento dos pactos comporta hoje a Teoria da Imprevisão, tendência consolidada pela doutrina, uma vez que não se exige a impossibilidade da prestação para que o devedor se libere do liame contratual, bastando apenas, que através de fatos extraordinários e imprevisíveis, a prestação se torne excessivamente onerosa para uma das partes, podendo a prejudicada pedir a rescisão do negócio³⁷.”

Na Teoria da Imprevisão se reconhece que pode haver a revisão contratual, ou seja, a modificação da declaração de vontades bastando para isso apenas que ocorram três coisas³⁸.

1ª - que o fato, motivador de tal revisão, seja superveniente e extraordinário à formação do contrato.

2ª - que o contrato tenha execução diferida no tempo, ou seja, ocorra um lapso de tempo entre a formação e a execução do contrato; e

3ª - que deva o contrato gerar locupletamento ilícito de uma das partes em detrimento do empobrecimento da outra.

Além disso, pode haver revisão contratual quando houver violação do direito subjetivo, como por exemplo, quando alguém tem um emprego e inesperadamente é despedido. Pode-se entrar com pedido de revisão para que seja fixada nova prestação até que se estabilize a situação da parte.

3.4 Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade baseia-se no poder que possui o indivíduo de suscitar, mediante declaração de sua vontade, com efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica; ou seja, na liberdade que o indivíduo tem de contratar.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 153.

³⁸ GOMES, Orlando Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Esse princípio já era reconhecido no código de Napoleão, em seu art. 1.134, "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ³⁹, em cuja tradução se pode ler, "as convenções formadas legalmente valem como leis para aqueles que as fizeram."

Para essa liberdade ocorrer, basta apenas que o indivíduo seja agente capaz de obrigar-se.

Dessa forma, esta liberdade se manifesta por um tríptico aspecto: o da liberdade de contratar propriamente dito; liberdade de estipular o contrato; e liberdade de estipular o conteúdo do contrato.

Resumidamente, caberá a ele (contratante) escolher se deseja contratar, o que deseja contratar, com quem deseja contratar e o conteúdo do contrato, desde que disposto na legislação.

Nas palavras de Tepedino:

"A liberdade de contratar propriamente dita, é o poder que têm os contratantes de decidir os efeitos que pretendem em determinado contrato, prevalecendo assim, a vontade dos contratantes, permitindo que os mesmos regulem seus interesses de forma até diversa do da lei, uma vez que as leis têm caráter supletivo ⁴⁰."

Para uma melhor compreensão é importante a distinção entre normas supletivas e coativas. As coativas são aquelas que em seu ditame proíbem ou ordenam algum ato, determinando o que se deve ou não fazer.

Podendo ser assim, proibitivas, quando proíbem algum ato, ou imperativas quando ordenam; além disso, as imperativas possuem, além do ditame, sanção no caso de descumprimento.

Já as supletivas são aquelas que suprem ou completam o direito dos indivíduos, quando os ditames são falhos. Assim, deixam larga margem à vontade.

No caso das supletivas, como dispõe Orlando Gomes, as normas são, em princípio, facultativas, tornando-se obrigatórias aos contratantes, uma vez que não tenham previsto por outro modo o efeito disciplinado, em termos gerais e impessoais, pela lei.

Porém, há limitações a essa vontade de contratar, que estão além das vontades das partes. Começando com a limitação de com quem contratar que acha empecilhos nos

³⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 121.

monopólios, oligopólios e concessão estatal. Além disso, há limitação no que se refere às normas de ordem pública e dos bons costumes.

As normas de ordem pública são as voltadas para as sociedades como um todo para gerar e garantir justiça social. Como por exemplo: as Leis que preservam a liberdade, a igualdade, o livre comércio, o desenvolvimento econômico, a seguridade de trabalho, a responsabilidade civil, o consumo. Ou seja, os direitos fundamentais que se encontram estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Com relação aos costumes, regras de conduta social, há algumas limitações, uma vez que os costumes dependem das sociedades e essas possuem grandes variações.

Há ainda a problemática do contrato de adesão que se origina no direito do trabalho à época da revolução industrial, com o intuito de facilitar as contratações, de tal forma que, ao invés de ser feito um contrato para cada funcionário admitido, criaram-se formulários para todos os funcionários.

Hoje, este tipo de contrato constitui um problema constante para os que aderem, pois infelizmente os brasileiros não têm o hábito de buscar o judiciário para rever cláusulas contratuais, portanto a maioria dos empresários não é punida.

Assim, o contrato de adesão poderia a priori ser considerado nulo, já que ocorre restrição a um princípio fundamental do contrato: a liberdade de escolha. Contudo comprovado a manifestação de vontade das partes, na formação do referido contrato a liberdade de escolha se torna presente dando a ele validade.

3.5 Princípio da Relatividade dos Efeitos

De acordo com este princípio, o acordo somente cria vínculo entre as partes que nela interferiram, não tirando vantagem nem lesando a terceiros, exceto em situações extraordinárias, como por exemplo, um herdeiro universal que não tenha feito parte da formalização contratual.

Os efeitos se utilizam somente das partes e consideram-se como terceiros:

- Os que têm interesse, porém se posicionam independentemente.
- Aqueles que manifestam indiferença e, no entanto, tem reconhecimento para tomar atitudes cabíveis se forem vítimas de algum dano em especial.

- Os que não fazem parte do contrato, mas possuem interesses, como por exemplo, os subcontratantes.

3.6 Princípio da Intangibilidade dos Contratos

Este princípio é bastante recente na história do direito contratual, no que tange o *solo consensu*. As civilizações anteriores eram predominadas pelo formalismo e simbolismo que traziam rituais às formações dos contratos.

O princípio do consentimento é aquele pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeita formação do contrato, ou seja, o *solo consensu* é suficiente para a sua formação, não sendo exigida nenhuma forma especial.

Porém, como toda regra, esse princípio comporta exceções, pois, como coloca Maria Helena Diniz:

“não são todos os contratos que apenas o consentimento das partes basta para a feitura do contrato, ou seja, alguns contratos têm sua validade condicionada à realização de algumas solenidades estabelecidas em lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida⁴¹.”

A partir disso, os contratos são divididos em dois tipos⁴², os consensuais ou *solo consensu*, onde basta apenas para a perfeita formação que haja o consenso das partes; e os solenes, que são aqueles que necessitam de outras formas ou exigências para sua perfeita formação, como por exemplo, lavratura em cartório.

Essas exigências podem constar de forma tácita ou expressa. A forma tácita ocorre quando não consta no contrato certa exigência, mas consta em lei. De forma expressa é quando consta no próprio contrato certa exigência.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 148.

⁴² GOMES, Orlando Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAPÍTULO 4 - RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Histórico

Nos primeiros tempos de nossa sociedade, a responsabilidade civil e penal se confundia. Na verdade, a primeira regulamentação de responsabilidade (fosse civil ou penal) foi a lei de Talião: “olho por olho, dente por dente, vida por vida.”

“De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lidima reação pessoal contra o mal sofrido”⁴³

Apesar da concepção taliônica da vingança privada, nela nasce a responsabilidade civil que evoluiu em Roma até a Lei das XII Tábuas, e com ela a Lex Aquilia, que proporcionou a pena ao valor da coisa perdida.

⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 10

Assim, a responsabilidade civil.

“ingressa na órbita jurídica após ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na idéia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado a outra pessoa era considerado contrário ao direito natural”⁴⁴.

Com a Lex Aquilia que previa a pena para a responsabilidade civil extracontratual, tira-se a responsabilidade civil do conceito tribal de vingança para o conceito social de indenização.

Já o conceito de reparação do dano foi evoluindo até ser incorporado ao Código napoleônico, forte inspirador de nosso Código Civil de 1916.

Maior sistematização ganhou, posteriormente, com o CC/2002, como veremos adiante.

4.2 Histórico no direito pátrio

O Código Civil de 1916 possuía um grau muito limitado de sistematização da responsabilidade civil. Efetivamente, só a previa no art. 159:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

No entanto, o Código de 2002 dedicou um título à responsabilidade civil, a partir do art. 927, estabelecendo em sua parte geral a regra da responsabilidade civil aquiliana, nos art. 186, 187 e 188, tratando também da relação contratual e responsabilidade no art. 389.

Na verdade, chega o Código de 2002 atrasado, em relação à jurisprudência. No art. 186 que prevê a indenização mesmo que por dano exclusivamente moral, fato que já de muito era usado em nossos tribunais.

Adicione-se o comentário de que se antes eram mais comuns às ações indenizatórias por danos patrimoniais, hoje se encontra em muito maior quantidade a chamada ação de dano extrapatrimonial, ou dano moral.

⁴⁴ SANTANA, Heron José. Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor. Minas Gerais: Edições Ciência Jurídica, 1997, p. 4.

Peca o Código por não prever parâmetros para a indenização do dano moral, posto que, como já foi dito, o dano moral vem sendo largamente aceito pela jurisprudência, mas também vasta é sua quantificação.

Tal situação, ao invés de ser resolvida pelo legislador do novo Código, deixa ao sabor da decisão do magistrado que não possui ainda nenhum padrão positivo de mensuração.

Avançou o Código, no entanto, ao introduzir claramente a responsabilidade civil objetiva, e a teoria do risco do dano, tirando do campo meramente jurisprudencial para a padronização codificada.

Assim, visto um breve histórico da responsabilidade civil, passa-se a sua conceituação.

4.3 Conceituação da responsabilidade civil

O termo “responsabilidade” tem a mesma raiz do latim do termo “responder”. A toda atitude humana cabe conseqüências que são as responsabilidades.

Legalmente, responsabilidade pressupõe segurança ou garantia de que a violação de um direito terá restituição ou compensação. Responsabilidade está, então, inexoravelmente, ligada ao conceito do dever de reparar o dano causado. O agente causador do dano pode ter responsabilidade subjetiva ou objetiva, teorias que veremos com mais detalhes adiante.

Dano pode ser penal, civil, moral, ou uma conjugação dos três. A atitude do agente pode ser comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, intencional ou não, mas deve haver nexó causal ligando o dano ao agente, seja de forma objetiva, seja subjetiva. Significa dizer que não se pode falar em responsabilidade civil nos casos fortuitos ou de força maior.

Na doutrina de Silvio Rodrigues, responsabilidade civil é uma equação onde:

- A vítima teve efetivamente prejuízo
- O prejuízo deve ser reparado pelo agente causador
- E como devem ser reparados os danos e quais foram estes.

Nos dizeres concisos de Maria Helena Diniz:

“poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)”.⁴⁵

Fala-se agora das teorias da responsabilidade civil, dispostas em responsabilidade objetiva e subjetiva.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7, p.34.

CAPÍTULO 5 - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Neste tipo de responsabilidade civil, consagrada no ordenamento pátrio desde o Código anterior, vê-se na idéia central a da formação da culpa, sem a qual não há responsabilidade.

Desprezível dizer que fala-se da abrangência civil, posto que não exista este debate na área penal sem haver culpa, assim não há ilícito e não há responsabilidade penal. Mas a responsabilidade penal via de regra, se comprovada, fecha a teoria da responsabilidade subjetiva, encerrando o processo na esfera civil: quem é culpado na área criminal o será na área civil, cabendo, além da pena, indenização.

Na teoria subjetiva: deve-se comprovar a culpa do agente e essa culpa gerará a obrigação de indenizar.

O dolo não obrigatoriamente estará presente, podendo ter ocorrido mera imprudência, por exemplo. Aqui se fala em culpa *Lato Sensu*, conduta culposa, não em dolo ou culpa *strictu sensu*.

Deve a vítima provar a culpa e o dano causado pelo agente, ou seja, a ela cabe o ônus probandi, havendo evidentemente, nexos causal entre a ação ou omissão do agente e o dano produzido. Algumas correntes doutrinárias apóiam a adequação entre o grau da culpa (ou se houver dolo) e o quantum a pagar de indenização, posto que por vezes o valor a restituir seja desproporcional à culpa do agente. Mas a corrente que defende a modernização do nosso

direito alega que esta proporcionalização feriria a teoria da responsabilidade objetiva, onde a culpa não é pressuposto da responsabilidade. Injusto seria tratamento ao ato dicotômico.

A respeito do art. 944, e comentando a gradação culpa / indenização, Rui Stoco sabiamente alerta:

“Também o parágrafo único desse artigo, segundo nos parece, rompe com a teoria da **restitutio integrum** ao facultar ao juiz reduzir, equitativamente, a indenização se houver ‘excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’. Ao adotar e fazer retornar os critérios de graus da culpa obrou mal, pois o dano material não pode sofrer influência dessa gradação se comprovado que o agente agiu culposamente ou que há nexos de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso, nos casos de responsabilidade objetiva ou sem culpa. Aliás, como conciliar a contradição entre indenizar por inteiro quando se tratar de responsabilidade objetiva e impor indenização reduzida ou parcial porque o agente atuou com culpa leve, se na primeira hipótese sequer se exige culpa?”⁴⁶

Essa teoria que obrigatoriamente envolve a prova da culpa, foi largamente criticada, pela própria dificuldade que a vítima tem de provar a culpa do agente. Por outro lado, provar a extensão do dano moral aduzido fica extremamente prejudicado.

⁴⁶ STOCO Rui, Tratado de Responsabilidade civil – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 5ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 13. Apud Gagliano, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo, ob. cit., p. 161.

CAPÍTULO 6 - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Novidade introduzida pelo Código, quando se dispensa a prova da culpa do agente. A culpa, na verdade, é presumida. A atitude seja dolosa ou culposa do agente causador é irrelevante, bastando que haja relação entre o dano experimentado e o ato do agente. Caso clássico previsto no Código de defesa do consumidor, onde a loja, embora não fabrique o produto, tem a obrigação de trocá-lo ou indenizar o cliente no caso de vício ou defeito. Outro, também comum, vê-se nos estacionamentos de shoppings, quando um veículo é furtado. O estabelecimento responde pelo dano mesmo não tendo concorrido para a culpa.

Dentro da modalidade objetiva de responsabilidade, tem-se a chamada culpa presumida, ou responsabilidade objetiva imprópria e a dispensa da culpa, ou responsabilidade objetiva própria (que, aliás, é o caso do CODECON, citado anteriormente).

“no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar”⁴⁷

⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1. pp. 94-95.

6.1 Responsabilidade Objetiva e Teoria do risco

Confunde-se enormemente com a teoria objetiva da responsabilidade civil. Na verdade é dela (da responsabilidade objetiva) que brota.

Vejamos o art. 927 do CC/2002:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

No seu parágrafo único, o artigo prevê a obrigatoriedade de reparar o dano, nos casos previstos em lei, o que corresponde à responsabilidade objetiva.

No entanto, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar em risco para direitos de outrem, e “causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade (38º. - Enunciado aprovado pelo CJP), vemos a teoria do risco.

Nos dizeres de Alvino Lima:

“a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria”⁴⁸

Aqui se fala no chamado risco-proveito que tem fim lucrativo, pecuniário, e que a vítima deve provar.

Mas existem outras teorias de risco, como risco criado, risco integral, risco profissional e risco excepcional.

Não importando qual a caracterização do risco surgirá a obrigação indenizatória ou reparatória à atividade do agente que tenha causado danos e exerça esta atividade de risco com fins lucrativos, pressupondo um meio de vida, uma profissão, um grau de especialização. Isso induz a uma habitualidade, mas também a uma previsibilidade dos riscos que podem ferir direitos de terceiros.

⁴⁸ LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, pág. 198.

A questão é interpretar o ato normal do anormal, a responsabilidade civil sobre o risco assumido e habitual, que a lei deixou silente. Fica à mercê do magistrado interpretar o que é atividade de risco, qual o grau assumido que independe de culpa posto que aqui se trata de responsabilidade objetiva.

Como exemplo, o caso dos médicos: é uma atividade de risco, calculado e estudado, mas existente. O dano causado sempre será indenizável? Sim, na medida em que se provar que houve imprudência, imperícia, negligência, ou seja, que o risco foi assumido além de seu exercício diário, numa situação anômala. Aqui não se trata simplesmente de responsabilidade objetiva, como no Código do consumidor, nos acidentes de trabalho e outros; trata-se de provar o dano em função de um risco assumido pelo agente e em que grau e com que nexos ocorreu. Peca o Código por uma falta de exatidão, posto que enquanto prevê a responsabilidade objetiva e suas normas, não sistematiza a responsabilidade por risco.

“a responsabilidade civil não pode assentar exclusivamente na culpa ou no risco, pois sempre existirão casos em que um destes critérios se revelará manifestamente insuficiente. A teoria do risco não vem substituir a teoria subjectiva, mas sim completá-la, pois, apesar dos progressos da responsabilidade objetiva, que vem ampliando seu campo de aplicação, seja através de novas disposições legais, seja em razão das decisões dos nossos tribunais, por mais numerosas que sejam, continuam a ser exceções abertas ao postulado tradicional da responsabilidade subjectiva”.⁴⁹

CAPÍTULO 7 - PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil são três:

- Conduta humana - Ação ou omissão do agente
- Nexu causal ou relação de causalidade
- Dano material ou moral

Esses pressupostos compõem o princípio universal que aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.

Não se inclui a culpa, pois já se verifica que na responsabilidade objetiva esta se torna presumida ou sequer questionada.

“A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexu de causalidade...”⁵⁰

A culpa integra apenas as teorias de responsabilidade subjetiva, o que significa que não é prescindível, mas em muitas vezes secundária.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, ob. cit., p. 29

“A abolição total do conceito da culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação da boa ou má conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei, quanto para aquele outro que age ao seu arrepio”.⁵¹

Passa-se então a examinar os pressupostos da responsabilidade civil:

7.1 Agente e conduta

A ação como ato humano, descrito por Maria Helena Diniz:

“o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.⁵²

Donde se conclui que o ato que gera o dano pode ser uma ação ou omissão do agente, com ou sem culpa, conforme se configure responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Sérgio Cavalieri Filho prefere não diferenciar ação comissiva de omissiva, chamando ambas, simplesmente, de conduta humana,

“...porque abrange as duas formas de exteriorização da atividade humana. Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão.”⁵³

A responsabilidade civil do agente só pode ser gerada por conduta própria, de terceiros sejam filhos menores, tutelados, curatelados, educandos ou empregados que estejam sob sua responsabilidade ou por danos causados por animais ou coisas sob sua guarda.

A violação do direito pode ser contratual ou extracontratual, sendo que quando contratual basta o rompimento de cláusula (descumprimento de qualquer forma).

Necessário que o agente seja imputável, ou seja, acima dos 16 anos e capaz mentalmente de entender sua conduta.

⁵¹ Ribeiro Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5, 11ª ed., p. 391.

⁵² DINIZ, Maria Helena, ob. cit., p.37.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37

7.2 Nexos ou relação causal

Em primeiro lugar, deve o dano ser claramente causado pelo agente ou algo ou alguém sob sua responsabilidade. Não existe nexo causal se o dano não foi provocado pelo agente, posto que possa ocorrer da própria vítima causar o dano ou terceiros externos à relação. Também pode ocorrer que o dano apontado não seja exatamente aquele.

Caso fortuito ou a força maior excluem o nexo causal.

O que se aplica hodiernamente em nosso direito é a adequação da causa ao dano, mencionado por Caio Mário:

“Em linhas gerais e sucintas, a teoria pode assim ser resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. [...] Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da ‘causalidade adequada’ porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade.”⁵⁴

7.3 Dano

Dano pode ser definido como a lesão ao direito (diminuição ou destruição) que sofre a vítima, contra a vontade, em qualquer interesse ou bem jurídico.

Não existe responsabilidade se não ocorre dano. Sem dano, não há o que indenizar nem o que reparar. Deve ser constatado o dano, para que seja mensurada sua extensão.

Assim, Sérgio Cavalieri F., citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, define:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 79.

o lucro cessante (aquele que a vítima deixou de lucrar, ou não pode crescer em seu patrimônio, em função do dano causado).

Englobam-se no dano patrimonial a privação do uso de coisa, a diminuição do seu uso, a diminuição da capacidade para o trabalho, a ofensa ou calúnia que efetivamente influam na vida profissional ou negócios da vítima, em critérios objetivos. Enfim, o dano material, objetivamente avaliado em dinheiro (valor perdido ou que se deixou de auferir), e se não passível de reparação, corresponde a uma indenização de valor idêntico à perda.

Dano material pode, portanto, ser direto, quando causa lesão ao patrimônio da vítima ou a sua pessoa de imediato, ou indireto, quando suas conseqüências é que atingem a vítima.

b) Dano moral: mais subjetivo que o dano material, consiste na compensação pela perda, dor ou incômodo causado à vítima a partir dele. Pode-se concluir que no dano moral a indenização tem caráter de satisfação e compensação à vítima, valendo como pena pecuniária adicional para o agente.

Por vezes, o dano moral torna-se difícil de ser mensurado, pela dificuldade em se avaliar sua extensão. Não podem pairar suspeitas de enriquecimento sem causa por parte da vítima, ou, por outra, de seu sofrimento ou padecimento. Outras dificuldades comuns estão em medir o tamanho do decôro, da honradez, da dignidade atingidos. Qual o efetivo valor desses sentimentos que variam imensamente em cada pessoa? E quando não se torna possível ou não ocorreu o dano material, comprovar o dano moral e equacionar sua indenização pelas características próprias consiste tarefa árdua.

O Código permite um prazo de até 03 anos para se reclamar o dano moral, porém quanto mais antigo ele se torna, mais difícil sua comprovação, incluindo o livre convencimento do juiz. Sim, posto que seja ele quem arbitrar o dano e sua extensão e sua restituição em valores, desse que não represente um enriquecimento ilícito para a vítima e não seja aviltante pela pouca monta, ao mesmo tempo seja castigo pecuniário suficiente para o agente que causou a lesão. Infelizmente, a mesma codificação que prevê prazos longos para reclamar indenização por dano moral não auxilia o juiz na tarefa de mensuração do mesmo.

Por último, resta dizer que, da mesma forma que o dano material, o dano moral pode ser classificado entre direto e indireto.

CAPÍTULO 8 - DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

O contrato, como de conhecimento geral, consiste num acordo de vontades apto a produzir efeitos jurídicos e envolve atos anteriores a ele, ao longo de sua vigência e posteriores.

Assim, temos três nítidas fases a serem distinguidas: a pré-contratual, a contratual e a pós-contratual.

Na primeira, existem as negociações preliminares, onde futuros contratante e contratado analisam a conveniência do vínculo e de que forma.

Na segunda, a fase contratual propriamente dita, aperfeiçoa a vontade que findará com o adimplemento, inadimplemento ou mora de uma das partes.

Na terceira fase, que se inicia com o adimplemento ou inadimplemento – culposo ou não – ou ainda com o desfazimento do negócio, por deliberação das partes, antes de cumprido o contrato.

8.1 Obrigação e responsabilidade

A responsabilidade civil surge a partir do momento em que um contrato torna-se inadimplido, ou a adimplência é parcial ou inadequada. A cada contrato corresponde uma

obrigação e, no entanto, definir obrigação não sendo tarefa simples, guarda no próprio termo um caráter intuitivo que se distingue de responsabilidade.

Justiniano nos diz que a "obrigação é um vínculo jurídico, pelo qual somos compelidos pela necessidade de pagar a alguém qualquer coisa, segundo a lei de nossa cidade".⁵⁶

Assim, obrigação é relação de direito de dar, fazer ou não fazer, em proveito de alguém que por ato nosso ou de terceiros conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de fato, adquiriu o direito de exigir de nós tal ação.⁵⁷

A responsabilidade surge no inadimplemento do contrato, ou de imperfeito e incompleto adimplemento. Brota do direito violado do credor em ter seu contrato adimplido.

"Se alguém se compromete a prestar serviços a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de recompor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação."⁵⁸

Portanto, a responsabilidade civil tem caráter eminentemente reparatório, a partir do inadimplemento ou mau adimplemento do contrato.

2.2 Contratos e obrigações

O sistema de contratos do Código Civil de 1916, com inspiração francesa, trazia como corolário básico a força obrigatória dos mesmos e na igualdade formal entre os contratantes.

Mas houve sensível mudança após a Constituição Federal de 1988, onde a função social foi embutida na acepção do contrato, reforçando o princípio da boa fé e da equitatividade. O contrato passa atender a uma acepção social, visando uma equanimidade das partes — o que difere de uma igualdade formal.

No resultado que se reflete nos novos Códigos, entre eles o Civil e o Código de Defesa do Consumidor, vêem-se uma diminuição do rigorismo da aplicação do princípio da força

⁵⁶ *Institutas*, 3:13: *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum iuris civitates jura*

⁵⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito Civil: Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978, p.14.

⁵⁸ AVALLIBRI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23

obrigatória para uma aplicação mais próxima dos ideais de justiça, cumprindo a função social, realçando a boa fé, e o equilíbrio das prestações.

Assim, dentro do Código Civil parece a boa fé objetiva, no seu artigo 422:

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

A autonomia das vontades e o a força obrigatória não desaparecem, mas são temperados por limites impostos tanto pela Constituição quanto pelo próprio Código.

“Esses princípios de direito material nada apresentam de novo, nada afirmam que a doutrina já não conhecesse. Apenas estando doravante expressos na letra da lei, oferecem um caminho mais seguro para o julgador em todo o exame do universo contratual.”⁵⁹

Assim, no contrato, surgirão deveres e direitos para ambas as partes, numa transferência de interesses e riquezas, onde o devedor se obriga ao cumprimento de determinada prestação. Do não cumprimento desta prestação, surge a responsabilidade e o dever de indenizar, tendo as partes obrigações recíprocas.

A composição de um contrato pode também ser dividida em fases, vistas adiante.

8.2.1 Fase pré-contratual

Embora não seja incomum que alguns contratos se resolvam instantaneamente, pela simplicidade de suas características, não é regra absoluta. Contratos há que exigem uma forma de preparação entre as partes, para que cheguem a um consenso ou acordo, ainda que em alguns casos seja extremamente rápido e informal.

Mas há situações em que esta fase é complexa, repleta de negociações preliminares, onde serão debatidas propostas e formas de cumprimento, valores e obrigações adjacentes.

Nem sempre é nítido o liame entre a fase pré-contratual e a contratual propriamente dita, em alguns casos se sucedem de maneira imediata. Mas torna-se fundamental a distinção, pois – embora não se possa afastar a responsabilidade civil decorrente do dano – as situações de desistência pré-contratuais e contratuais dão ensejo a atitudes jurídicas diferentes.

⁵⁹ MENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2.ed. São Paulo: Forense, 2003, p.371

8.2.2 Fase contratual

Esta fase perdura da formação do contrato até sua extinção.

De maneira geral, para a formação do contrato torna-se elementar o acordo de vontades, exceção feita aos contratos reais que se aperfeiçoam pela tradição da coisa e pelos contratos solenes e que somente se formam com cumprimento estrito à forma preconizada em lei.

O contrato se extingue pelo cumprimento das obrigações nele contidas, primárias ou secundárias, ocorram elas antes ou após a formação do contrato.

Alguns exemplos de causa de extinção do contrato anteriores a ele são as cláusulas de arrependimento, as nulidades e condições resolutivas.

Ainda que parte destas causas de extinção somente ocorra após a formação contratual, existem anteriormente a ele, ainda que tardiamente tenham efeito.

Quanto às causas extintivas posteriores, possível citar-se a rescisão e resolução, que somente existem do momento de formação do contrato em diante.

8.2.3 Fase pós-contratual

Os contratos não se extinguem simplesmente com seu cumprimento. Existem deveres paralelos e obrigações acessórias que sobrevivem ao cumprimento da prestação obrigacional.

Um desses deveres, a boa fé, cuja existência pauta toda uma conduta dos contraentes e permanece acessória à relação.

Exatamente, a existência ou não da boa fé que vai determinar exercícios de conduta das partes, como a cooperação na resolução e cumprimento do contrato, sob pena da chamada *culpa post factum finitum*.

CAPÍTULO 9 - BOA FÉ CONTRATUAL

A boa fé nos contratos ou princípio de justiça contratual nada mais significa que a solidariedade entre as partes contratantes, no sentido de equanimidade e equilíbrio entre forças e direitos, prestação e contraprestação.

A boa fé serve como temperamento aos eventuais abusos da autonomia da vontade, mantendo a relação juridicamente hígida e de acordo com os preceitos de justiça e moralidade.

As situações de erro e ignorância que viciam o contrato são características daquele que age de boa fé, posto que caso não houvesse, caracterizariam o dolo. O contratante acredita que sua conduta faz-se correta, age com crença subjetiva de que sua atitude também faz-se correta e perfeita juridicamente.

Há doutrinadores que argumentam que não basta a mera ignorância a respeito do fato ou do direito. Este deve ser escusável, compreensível, justificável, não se coadunando com a mera leviandade, falta de cuidado e de atenção.

Alem da boa fé subjetiva, que se traduz pela crença na lisura do contrato e conduta, existe a boa fé objetiva, exigível do homem médio, um padrão sócio-moral, um agir de acordo com os preceitos sociais comuns e esperados.

“Boa-fé objetiva é um ‘standard’ um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem

excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes.”⁶⁰

Assim, o princípio da boa fé, uma atitude externa média e pretendida, pautada pela honestidade esperada e atitude conveniente dentro do contrato, mais a crença na subjetiva de correção e lisura, sem levandades inescusáveis.

Esse princípio, não valorizado no Código Civil de 1916, foi reforçado com o advento da atual Constituição, e posteriormente no Código Civil de 2002.

A regra insculpida no artigo 422, supracitado, torna-se geral, mas os doutrinadores preconizam-na como vaga e imprecisa, pois menciona apenas a fase contratual, deixando de mencionar as fases pré-contratual e pós-contratual. Da mesma forma a norma aparece no Código de Defesa do Consumidor (artigo 51).

Mas não se pode olvidar que o princípio da boa fé, a partir da atual constituição, permeia todo o ordenamento jurídico em especial na área de contratos, lembrando que também deve abranger tanto a fase contratual quanto as pré e pós-contratuais e os deveres acessórios ao bom cumprimento do contrato.

“Sem embargo da excelência dessa construção doutrinária, que dilatou os efeitos das obrigações, no sentido da solidariedade social, e da cooperação, com positiva influência na doutrina brasileira, atente-se para duas importantes restrições que delas resultam: a) os deveres de conduta seriam imputáveis apenas ao devedor; b) seriam derivados do dever primário da prestação de adimplemento, neste sentido qualificando-se como secundários, ou complementares, ou acessórios, ou conexos, ou anexos, segundo variada terminologia adotada na doutrina.”⁶¹

9.1 Deveres acessórios aos contratos

Todo contrato compreende um dever ou obrigação principal – a entrega da coisa, a realização da obrigação – e deveres acessórios. Assim, entregar um imóvel ao final do contrato de locação constitui dever principal e entregá-lo em perfeitas condições torna-se seu acessório.

⁶⁰ SOARES, Paulo Brasil Dill. Princípios Básicos de Defesa do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente. Leme/SP: LED, 2001, p. 219-220.

⁶¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Art_Paulolobo.doc> Acesso em: 10.04.08.

A boa fé deve permear todos os deveres e obrigações inerentes ao contrato, como visto, pautando a conduta dos contraentes. Tais deveres acessórios ao contrato, existem antes e perduram após o encerramento do mesmo.

Assim, “mesmo após o cumprimento das obrigações contratuais, continuam os contratantes obrigados a certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que persistem, após a extinção da relação jurídica, deveres estes que não estão expressos em contrato, mais que decorrem do princípio da boa-fé.”⁶²

Alguns dos deveres acessórios de conduta – sempre inquinados de boa fé – subsistem em todas as fases pertinentes ao contrato. Além da ética e da lealdade os deveres de informação, sigilo, proteção e cooperação em acordo com o doutrinador Enéas Costa Garcia em sua obra *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.237, também devem ser observados na fase pós-contratual.

9.1.1 Dever de informação

Consiste no dever de comunicar circunstâncias relevantes capazes de gerar no credor uma reação; é o dever de prestar informação e exibir documentos relevantes – como é o caso de médicos e advogados, que mesmo após a intervenção e o processo, respectivamente, permanecem com o dever de informar e permitir o acesso à documentação.

9.1.2 Dever de sigilo

O término de uma relação contratual não desobriga as partes de proteger ou não divulgar fatos e dados sigilosos que digam relação ao contrato e contratantes.

Assim, um banco comercial não pode divulgar ou permitir que se divulguem os dados financeiros e pessoais de seus clientes ou ex-clientes. A violação desse sigilo, no mais das vezes dá ensejo à obrigação de indenizar.

⁶² PAZELO, Rodney Alexandro Paraná, BRETÃS, Marco Aurélio Jacob, BOGONI, Juarez. *Responsabilidade pós contratual*, artigo in *Via Jus*. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=928>> Acesso em: 10.04.08

9.1.3 Dever de proteção

O fim do contrato não implica em descuidar daquilo que porventura esteja sob proteção dos contratantes. Assim, o guarda móveis que abandona ao relento objetos que porventura tenham sido deixados ali, ainda que o contratante esteja inadimplente ou o contrato findo.

Da mesma forma, ao findar uma relação de locação não há justificativa para que o locatário avarie desnecessariamente paredes, pisos ou teto do imóvel, no momento em que retira objetos ali aparafusados, mesmo que não haja a cláusula de repintura.

9.1.4 Dever de cooperação

Poder-se-ia dizer que todos os deveres oriundos da relação contratual advêm do dever de cooperação. Tornando-o corolário básico para que o contrato sirva a seu propósito, atendendo inclusive a sua função social.

Os contraentes devem colaborar com a execução, continuidade e término do contrato, praticando os atos necessários e abstendo-se de praticar aqueles que impeçam seu bom andamento.

CAPÍTULO 10 - A RESPONSABILIDADE POS CONTRATUAL

Já foi verificado que a responsabilidade pode advir de contrato ou ser extracontratual ou Aquiliana. O Código Civil e igualmente o Código de Defesa do Consumidor abordam a responsabilidade contratual e a boa fé inerente a essa relação, porém nada mencionam a respeito da responsabilidade pós-contratual também chamada *culpa post factum finitum*.

A boa fé objetiva não deixa ocorrer a extinção completa do vínculo existente entre os contraentes, pois exige deles, após o findar da relação contratual, comportamento que evite dano à outra parte. Comportamento esse que vai além do dever genérico de não causar prejuízo a outrem.

A boa fé posterior ao contrato, ainda que não referida diretamente nos códigos, vem sendo cada vez mais debatida. Os debates doutrinários ao redor do tema “contratos” a cada vez mais se aprimoram, numa busca de entendimento e interpretação ideais.

10.1 Responsabilidade pós-contratual Aquiliana

Num entendimento paralelo à interpretação da responsabilidade pré-contratual, verifica-se que a responsabilidade pós-contratual passa a ser Aquiliana. Por motivo simples:

na responsabilidade pré-contratual, ainda não existe contrato, apenas negociações. Em não havendo contrato válido, a responsabilidade pré-contratual será necessariamente Aquiliana.

Da mesma forma, a responsabilidade pós-contratual: o contrato válido já se extinguiu e a responsabilidade subsequente faz-se Aquiliana, embora este entendimento não seja unânime na doutrina.

Não se pode crer, frente ao disposto no CC/2002 que a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"⁶³, sem abranger também os momentos pré e pós-contratuais, pelo princípio da boa fé e em especial no momento posterior ao contrato.

A equanimidade, a justiça e a segurança, fatores implícitos na função social dos contratos brotam da função social da propriedade e dos direitos fundamentais constitucionais.

"a função social do contrato tem respaldo na Constituição Federal. Primeiro, na tríade dignidade-solidariedade-igualdade, que consubstancia o Direito Civil Constitucional, constantes dos arts. 1º, 3º e 5º da Norma Fundamental. Segundo, na função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII e art. 170, III da CF/88)"⁶⁴

Tem-se, portanto que a norma insculpida no artigo 422 ampara não somente as relações contratuais, mas aquelas, mesmo Aquilianas que produzem seus efeitos após a cessação ou extinção do mesmo.

Como adendo, necessário ressaltar ainda uma vez mais que há discussão sobre a responsabilidade civil pós-contratual ser Aquiliana, embora a maioria da doutrina encontrada tenda a entendê-la desta forma. Mas não são poucas as divergências:

"Sabe-se que a responsabilidade pré-contratual consiste numa manifestação da responsabilidade aquiliana, posto lhe faltar um pressuposto essencial para a verificação da responsabilidade contratual, qual seja: a existência de um contrato válido.(...) Do mesmo modo que a boa-fé incide no momento anterior à formação do contrato, presidindo a denominada relação pré-negocial, também no momento posterior à extinção do contrato a boa-fé fonte de deveres de conduta a serem observados pelas partes. O comportamento incorreto seria sancionado não com base no contrato findo, mas devido à violação direta da boa-fé. *A responsabilidade pós-contratual, portanto, tem natureza aquiliana.*"⁶⁵

⁶³ Artigo 421

⁶⁴ TARTUCE, Flavio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Nota de rodapé. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.com.br>> Acesso em: 25.04.08

⁶⁵ COSTA JÚNIOR, Ademir de Oliveira. A responsabilidade post factum finitum no direito civil e do consumidor. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9434>>. Acesso em: 29.04.08

Ainda:

“a responsabilidade pós-contratual é de natureza aquiliana. A boa-fé atua como fonte do dever de conduta que a parte está constricta a observar e a violação desse dever caracteriza o ato ilícito e gera o dever de indenizar.”⁶⁶

Tanto a responsabilidade pré-contratual quanto a pós-contratual são relativamente novas perante a doutrina, a qual se posiciona hesitante quanto à classificação em responsabilidade do tipo contratual ou aquiliana⁶⁷

10.2 Responsabilidade *post factum finitum* e deveres acessórios

Ressalte-se que a responsabilidade *post factum finitum* diz respeito aos deveres acessórios não previstos em lei, ou mesmo no teor do contrato ou ainda indisponíveis.

Explica-se: para os deveres acessórios previstos em lei ou aqueles previstos no contrato, não há que se falar em culpa *post factum finitum*, mas sim em culpa contratual, uma vez que a violação desses deveres está vedada na lei ou no contrato.

Assim, há deveres acessórios que, ainda que imprevistos em lei nem impostos no contrato implicam em boa fé objetiva. Exemplificando: quando cessado o contrato do cliente com o banco há dever acessório de proteger o sigilo dos dados do cliente, mesmo não tendo os dois mais nenhuma relação jurídica.

Há também dever do ex-empregador com seu empregado, de prestar informações e referências a respeito de seu trabalho, sem prejudicá-lo em futuras propostas de emprego.

Em ambas as situações não há previsão contratual para estes comportamentos, nem obrigação legal de proceder dessa forma. A obrigação ou dever decorre da própria relação contratual já extinta, permanecendo como dever acessório.

Entende-se então a natureza da responsabilidade *post factum finitum*: é violação de dever de caráter acessório não previsto em contrato ou defeso em lei, mas é obrigação elementar de boa fé e perdura após o final do contrato.

⁶⁶ GARCIA, Eneas Costa. Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 275

⁶⁷ DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. Contrato de trabalho. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/25649,1> Acesso em: 29.04.08

10.3 A crítica ao artigo 422 do CC/2002

A regra da boa fé objetiva, consagrada no artigo 422, do Código Civil de 2002, inseriu uma profunda mudança no cenário contratual se comparado ao Código de 1916.

Permite ao julgador o respaldo de uma norma protetiva objetiva, quando no passado sua decisão procurava justificar a existência do instituto. Hoje, torna-se possível, concretamente, proferir a sentença apenas pela avaliação da existência de boa fé contratual.

Mas se de um lado recebe elogios pelo avanço, de outro o artigo é alvo de críticas pela falta de maior abrangência. Nada disse sobre as fases pré e pós-contratuais, perdendo excelente oportunidade de alcançar o patamar jurisprudencial hoje adotado.

Verdade que o projeto do Deputado Ricardo Fiúza propunha alteração na redação do artigo em comento, para a que se segue:

"os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade".

Dessa forma, a obrigação da boa fé objetiva alcançaria também a fase anterior e posterior do contrato.

As obrigações contratuais são complexas e envolvem fases anteriores e posteriores ao contrato. Não se localizam apenas e tão somente no momento em que o contrato passa a ser firmado, e a obrigação, seja ela qual for se cumpra.

"Os deveres nascidos da boa-fé são chamados de secundários, ou anexos, em oposição aos provenientes da vontade contratada, que são os principais. Podem ser classificados, quanto ao momento de sua constituição, em deveres próprios da etapa de formação do contrato (de informação, de segredo, de custódia); deveres da etapa da celebração (equivalência das prestações, clareza, explicitação); deveres da etapa do cumprimento (dever de recíproca cooperação para garantir a realização dos fins do contrato; satisfação dos interesses do credor); deveres após a extinção do contrato (dever de reserva, dever de segredo, dever de garantia da fruição do resultado do contrato, culpa post pactum finitum)." ⁶⁸

A responsabilidade contratual brota do descumprimento ou cumprimento insatisfatório de um contrato válido, onde se pressupõe uma fase de negociação e uma fase posterior que contém também em seu bojo, obrigações advindas desse mesmo contrato e que não constituem deveres principais ou secundários, mas sim deveres acessórios.

⁶⁸ AGUIAR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. Disponível em <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/outubro/1910/ARTIGOS/A01.htm>. Acesso em: 02.05.08

A *culpa post factum finitum*, que é a responsabilidade após o contrato, surgiu no século passado na Alemanha, e hoje é aceita em diversos países, como Itália, França e Portugal.

Conseqüentemente, a violação do dever acessório ao contrato nada mais se torna que a violação à boa fé objetiva, exigida do homem médio de quem se espera determinados padrões de conduta e ética. Deveres esses que cercam o contrato, mesmo não estando em seu bojo, mas que colaboram para a sua efetivação e que não se desatam com sua extinção.

CONCLUSÃO

Quando se fala em contratos, comumente se imagine que a responsabilidade advinda do descumprimento de uma obrigação ligada a ele de alguma forma, seja responsabilidade civil de cunho contratual.

No entanto, o contrato consiste numa relação jurídica complexa, que possui três fases distintas, sendo duas delas não regidas pela responsabilidade civil contratual: a fase pré-contratual e a fase pós-contratual.

A responsabilidade civil que atende às relações não contratuais chama-se extracontratual ou Aquiliana, sendo por ela pautadas as responsabilidades pré e pós-contratual, simplesmente porque nessas fases não se está em presença de contrato válido.

No entanto, o contrato gera obrigações, algumas delas acessórias não condizentes ao contrato em si, mas à obrigação do homem médio de cooperar na consecução do objetivo contratual que perdura mesmo após ter sido extinto o contrato.

As obrigações acessórias permeiam os deveres inerentes ao fim do contrato, ao proteger a higidez do objeto contratado cujas obrigações denominam-se de boa fé.

Exemplos simples, como a obrigação acessória do ex-empregador fornecer referencia sobre o empregado que se candidata a outra vaga, e que podem, se não cumpridas, gerar graves danos.

As obrigações acessórias compõem-se dos deveres de sigilo, de informação, de colaboração, entre outros. Obrigações essas oriundas da boa fé.

A boa fé pode ser dividida em duas vertentes: uma, a subjetiva, cuja crença interna que se possui de estar se posicionando de maneira juridicamente correta, hígida e perfeita. Essa boa fé tem limites, não se justificando quando existe em presença de franca leviandade, ausência de cuidados mínimos, erros grosseiros.

Já a boa fé objetiva tem diferente conotação: conduta exigível do homem médio, que se deve pautar por princípios éticos e comuns ao seu meio social, no sentido de colaborar com a consecução do objeto do contrato, atendendo às chamadas obrigações acessórias.

Tais obrigações acessórias não estão presentes no contrato, não estão nos ditames da lei. Exemplificando: na entrega das chaves ao fim de um contrato de locação, não está previsto em lei está o locatário não avarie tetos e paredes no momento em que retira objetos a ele aparafusados. Também não está previsto em lei ou no contrato que posteriormente à venda de um objeto de valor o vendedor não divulgue o preço ou dados do comprador.

As obrigações exemplificadas são obrigações não contratuais, mas que subsistem em função da anterior existência de um contrato que já se extinguiu.

No entanto tornam-se obrigações exigíveis, fazendo parte de um conjunto mínimo de condutas do homem médio de boa fé.

Se anteriormente a Constituição de 1988, e o antigo código civil não realçavam a boa fé contratual, com o advento da função social aposta na Constituição Federal de 1988 e no novo código civil as relações legais passaram a exigir estes parâmetros: a função social dos contratos e a boa fé inafastável pautando condutas e obrigações primárias, secundárias e acessórias aos contratos.

À ausência de boa fé objetiva nas condutas acessória posteriores ao contrato pertencem às chamadas de responsabilidades *post factum finitum*.

Mesmo não havendo qualquer previsão legal, a obrigação permanece apesar de extinto o contrato, pois as obrigações acessórias são provenientes da responsabilidade pós-contratual cujo embasamento decorre do princípio da boa fé objetiva.

Há incidência do princípio da boa fé tanto na fase pré quanto na pós - contratual, pois ele é a base dos deveres referentes à conduta das partes que continuam vinculadas, mesmo após a conclusão ou extinção do contrato. Assim, a responsabilidade pós-contratual assume a natureza aquiliana mediante a violação do princípio da boa fé.

A responsabilidade brota do descumprimento das obrigações. A doutrina por ser nova, relativamente recente, infelizmente o código civil peca pelo silêncio, referindo-se a boa fé de cunho exclusivamente contratual no seu artigo 422.

Tanto que vem sendo criticado e há projetos para modificação do texto legal.

Entretanto a jurisprudência a respeito já se adianta, acompanhando as mais modernas tendências do direito. Não se tornam mais raras as decisões a respeito da responsabilidade civil *post factum*.

A doutrina de inspiração alemã, já tendo permeado diversos países, como Itália, França, Portugal e Argentina.

Espera-se em período breve um regramento objetivo, positivado, das responsabilidades civis *post factum finitum*. A lista de deveres acessórios ao contrato aqui disposta não se faz exauriente, uma vez que a cada tipo de contrato brotarão diferentes obrigações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jeovanna Viana. Responsabilidade Civil dos Pais Pelos Actos dos Filhos Menores. Editora Renovar, biblioteca de teses, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito Civil: Direito das obrigações. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1978.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 4a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo, ed. Saraiva, 1991.

CORDEIROS, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil – 3ª reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais - 3º volume. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

GOMES, Orlando. Contratos. 20ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil - Direito das Obrigações - 2º parte. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Renato José de. Cláusula Rebus Sic Stantibus. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5, 11ª ed

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTANA, Heron José. Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor. Minas Gerais: Edições Ciência Jurídica, 1997.

SANTOS, Eduardo Sens. A Função do Contrato Social. São Paulo, Livraria Universitária, 2003.

SOARES, Paulo Brasil Dill. Princípios Básicos de Defesa do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente. Leme/SP: LED, 2001.

STOCO Rui, Tratado de Responsabilidade civil – Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 5a ed. São Paulo: RT, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2.ed. São Paulo: Forense, 2003

WALD, Arnaldo. O contrato: passado, presente e futuro. Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 4, nº 8, 2000

VADE MECUM; *Código Civil* – Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 3ª.ed.atual. e ampl. – São Paulo: Saravia 2007.

_____. *Código de Defesa do Consumidor* – Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 3ª.ed.atual. e ampl. – São Paulo: Saravia 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil* – Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 3ª.ed.atual. e ampl. – São Paulo: Saravia 2007.

AGUIAR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo.** Artigo, Disponível em <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/outubro/1910/ARTIGOS/A01.htm>>Acesso em 02.05.08.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis** http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Art_Paulolobo.doc - Acesso em 10.04.08.

PAZELO, Rodney Alexandro Paraná, BRETÃS, Marco Aurélio Jacob, BOGONI, Juarez. **Responsabilidade pós-contratual**, artigo in Via Jus, disponível in <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=928>>Acesso 10.04.08.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**, artigo disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>Acesso em 29.03.08.

TARTUCE, Flavio. **A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** Nota de rodapé. Artigo in <http://www.flaviotartuce.com.br>. Acesso em 25.04.08.