

A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações¹

Judith Martins-Costa

SUMÁRIO. *Introdução. I) As funcionalidades da boa-fé objetiva no âmbito contratual. A) Boa-Fé e Autonomia Negocial. B) Boa-Fé e Concretização; C) Boa-fé e culpa. II) A boa-fé na concretização da "conduta devida". A) Boa-fé e deveres de cooperação; B) Boa-Fé e o Princípio da Exatidão ao Prestar; C) Boa-Fé e mora: a medida do esforço exigível. Conclusão. Referências bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

A boa-fé objetiva tem sido apresentada como *une mer sans rivages*². Em outra ocasião, denominei-a de “*topos* subversivo do Direito Obrigacional”³. As fortes metáforas servem para

1 Este artigo foi originalmente elaborado para integrar a obra *Tratado de la Buena Fé*, (org.): CÓRDOBA, Marcos; GARRIDO, Lúdia; KLUGER, Viviana, Buenos Aires: La Ley, 2003, sendo apresentado, em versão resumida, em painel sobre os “Princípios do Direito das Obrigações” no XII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMPARADO. Rio de Janeiro – 03 a 05 de setembro de 2003, coordenado pelo Professor Doutor Francisco AMARAL, a quem agradeço o honroso convite. A versão ora publicada contém breves modificações de forma em relação à versão Argentina, coincidindo, contudo, nos aspectos do conteúdo.

2 DAVID-CONSTANT, Simone. *La bonne foi: une mer sans rivages*, in *La Bonne Foi – actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège*, ASBL, 1990, p. 9.

3 Assim o meu A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.409.

acentuar a amplidão de temas e perspectivas suscitados pelo princípio da boa-fé, bem como o giro que promove nos postulados que marcaram a dogmática “clássica” da relação obrigacional tal como traçada por Savigny e desenvolvida por quase dois séculos de cultura civilista.

Contudo, a boa-fé que promove toda essa viragem, para situar, em novas bases, o tratamento da relação obrigacional, não é, tão simplesmente, a boa-fé “crença” ou “ignorância escusável”, que entrou na Codificação oitocentista em tema de Direitos Reais, ou, no máximo, como uma regra de interpretação confundida com um vago e assistemático juízo de equidade⁴. É a *boa-fé objetiva* que, ao longo do séc. XX – mas, notadamente, nas suas últimas décadas – veio se desenvolvendo nos mais diversos países por força da modelagem doutrinária e jurisprudencial⁵. É desta que cuidarei, num recorte específico, qual seja, a atuação da boa-fé no adimplemento das obrigações. E começo por apontar às dificuldades que o tema enseja.

Tratar seriamente da boa-fé significa equilibrar-se no fio da navalha, operar com antagônicas concomitâncias, defrontar-se com antigos dilemas e enfrentar modernos paradoxos. Não

4 Acerca das relações entre boa-fé e equidade e do perigo representado pela indistinção entre ambas as noções – capaz de levar a um juiz “substancialmente *legibus solutus*” – veja-se o recente estudo de BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, Rivista di Diritto Civile, anno XLVII, n. 5, 2001, pp.537-559, com excelente análise das fontes históricas, doutrinárias e legislativas.

5 Tratei da boa-fé como “modelo jurídico jurisprudencial” no Direito brasileiro em *A Boa-Fé como Modelo*, in MARTINS-COSTA, J. e BRANCO, G., *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002. Na legislação brasileira, a boa-fé vinha posta, no Código Comercial, como regra de interpretação, no Art. 130, *caput* e inciso I, *in verbis*: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à

é possível, por exemplo, definir de modo abstrato e geral a boa-fé objetiva - expressão que abriga variados significados, desenhando normativa proteiforme e multifuncional - embora seja mais do que tudo necessário não dissolvê-la numa vagueza semântica que, por querer tudo significar, acaba ou por ser redundante ou por esvaziar-se de qualquer conteúdo próprio. Não é possível submeter a boa-fé a uma plana subsunção, sempre igual em todas as suas manifestações. Porém, ao mesmo tempo, não se pode utilizá-la como uma panacéia para todos os males da realidade (o que, na verdade, só serve para mal-disfarçar o voluntarismo interpretativo). Não é possível, por fim, considerar - nos sistemas jurídicos fundados na tripartição dos poderes e funções estatais - que a boa-fé objetiva serve para *substituir* a lei: ela serve para integrá-la, apontando a uma perspectiva substancial, e não meramente formal, do Ordenamento.

Em termos muito gerais, a boa-fé apresenta-se como a mais imediata tradução da confiança no domínio das relações intersubjetivas: a sua etimologia reside na *fides* (*cum fides*), uma *fides* adjetivada como *bona* isto é, como

rigorosa e restrita significação das palavras”. Porém, como observou José Carlos MOREIRA ALVES: “É de notar-se, porém, que esse dispositivo, que se apresenta com a natureza de cláusula geral, até época relativamente recente foi tido como simples princípio de hermenêutica que se baseia na boa-fé subjetiva”. (in “A Boa-Fé Objetiva no Sistema Contratual Brasileiro”, cit., p. 194). O Código do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) a prevê no art. 4º, inciso III, como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, visando à “*harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo*” e no art. 51, inciso IV, como critério de aferição de abusividade de cláusula contratual, cujo efeito é a nulidade. Como verdadeira cláusula geral, a boa-fé vem posta no novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, *verbis*: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

justa, correta ou virtuosa⁶. Esse é, talvez, o “nível mínimo” da boa-fé, e, nesse aspecto, o seu campo de atuação abarca todo o Ordenamento. Nessa primeira perspectiva, a boa-fé manifesta-se como um princípio geral de Direito que visa a tutelar a confiança, considerada como cimento da convivência social, como base para qualquer convivência humana.

Tradicionalmente a boa-fé comparece no Direito Civil de forma subjetivada, como crença ou ignorância escusável – e foi assim que entrou nos Códigos oitocentistas, conformando, em larga medida, uma certa pré-compreensão do sintagma. Nessa feição sua presença não se limita ao Direito Civil, apresentando manifestações também no Direito Público, de modo especial o Direito Administrativo e o Processual. Como crença ou ignorância escusável, a boa-fé constitui, também, uma manifestação da confiança, mas vem *especificada* no dever de respeitar situações que, podendo ser, originalmente, injurídicas, são, mesmo assim, tuteladas e respeitadas pelo Direito, tais como as situações que dão origem à usucapião⁷, ou aos efeitos do casamento putativo⁸, ou as situações apanhadas pela Teoria da Aparência⁹, ou, ainda, aquelas abrangidas pela convalidação dos atos nulos¹⁰ ou

6 A correspondência semântica entre “bom” e “justo”, no sentido de “virtuoso”, está em Cícero (*De Officiis*, VII, 20) e também no Digesto (D., 19, 2, 24).

7 Código Civil, arts. 1.238, *caput* e parágrafo único; 1.239; 1242.

8 Código Civil, art. 1.561, parágrafos 1º e 2º.

9 V.g. TJRS, Ap. Civ. nº 196182760, Rel. Des. Maria Isabel de AZEVEDO SOUZA, in www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia. Na doutrina veja-se DE MATTIA, Fábio. *Aparência de Representação*. São Paulo: [s. e.], 1984.

10 COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Revista de Direito Público, v. 84, São Paulo, com indicação de jurisprudência.

por alguns dos casos inseridos na Teoria dos Atos Próprios¹¹, entre outras hipóteses.

Deixando de lado esses significados mais gerais (tutela da confiança) ou específicos (crença na aparência e ignorância escusável), podemos começar a delinear a boa-fé que vem traduzida, no Direito das Obrigações, como *modelo de conduta* (positiva e negativa) e como *cânone hermenêutico e integrativo*. Essa é a boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé obrigacional que, no vigente Direito civil brasileiro abrange as obrigações negociais e extranegociais por força da previsão dos arts 113, 187 e 422.

Na sua configuração no domínio das obrigações a expressão “boa-fé” indica, primeiramente, um *modelo de comportamento*¹², um *standard* valorativo de concretos comportamentos humanos. Esse *standard* considera modelar justamente um agir pautado por certos valores socialmente significativos, tais como a solidariedade, a lealdade, a probidade, a cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios, incluindo condutas omissivas sempre que o não-fazer, ou a abstenção, for o meio indicado para concretizar tais valores sociais que, mediante o princípio da boa-fé, adquirem *entidade jurídica*.

Esse *standard* jurídico tem, porém, uma *função produtiva*, isto é, mostra-se capaz de produzir *normas heterônomas*, que são “detectadas” pelo juiz à vista de determinadas

11 BORDA, Alejandro, *La Teoria de los Actos Proprios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000. Na jurisprudência, exemplificativamente, TARS, Ap. Civ. nº 190038638, 5ª C. Civ., Rel. Des. Vanir PERIN, j. em 08.05.90, in www.tj.rs.gov.br/jurisprudência.

12 Veja-se o trabalho ainda atual de BIANCA, Massimo. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, Revista di Diritto Civile, n. 3, 1983.

situações típicas. Daí a “revolução” ou a “evolução” - jamais a “reversão”¹³ - que a boa-fé provoca no sistema de Direito Obrigacional, tradicionalmente enucleado num modelo binário de produção de normatividade jurídica: ou a “vontade individual” ou a lei, estritamente considerada¹⁴. E daí porque, para compreender a boa-fé no adimplemento, o melhor critério é o que busca recortar as suas *funcionalidades*.

Tendo em conta esse critério, buscarei examinar, preliminarmente, *como* atuam essas funcionalidades frente aos *princípios* que, tradicionalmente, são considerados os cânones pelos quais se avalia o adimplemento das Obrigações, qual seja, a autonomia privada e a culpa, examinando, outrossim, as pautas para a concretização da boa-fé objetiva no adimplemento (Primeira Parte). Posteriormente, recortarei *campos de atuação* da boa-fé como elemento de concretização da “conduta devida” (Segunda Parte).

D) AS FUNCIONALIDADES DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ÂMBITO CONTRATUAL

Evidenciar a boa-fé pelo critério *funcional* significa deixar marcado que esse princípio, considerado “cardeal” no contemporâneo Direito das Obrigações¹⁵, pode atuar de

13 Usei o primeiro termo em *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 27. De “evolução” e “reversão (*eversione*)”, afirmando a primeira e negando a segunda, fala BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, Rivista di Diritto Civile, anno XLVII, n. 5, 2001, p. 544.

14 Este modelo não mais se sustenta, sabendo-se que também o deslocamento patrimonial sem causa pode gerar relações obrigacionais.

15 Da boa-fé como “princípio-cardine” trata BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, Rivista di Diritto Civile, anno XLVII, n. 5, 2001, p. 545, aludindo a decisões jurisprudenciais italianas.

maneira mais ou menos complexa, mais ou menos variada, em *diversas funções jurídicas* que constituem, sempre, funções econômico-sociais dotadas de relevância jurídica. Mas para que esse quadro funcional de atuação da boa-fé se apresente em toda a sua complexidade, é preciso ter em conta a noção que lhe é polarmente conexa, qual seja, a de *autonomia negocial* (A); é preciso, também, examinar como atua a interpretação do princípio da boa-fé (B); por fim, não se pode deixar de lado a atuação da boa-fé como critério de concretização dos deveres de diligência e, portanto, de mensuração da culpa como elemento do inadimplemento imputável (C).

A) Boa-Fé e Autonomia Negocial

Durante muito tempo as funcionalidades da boa-fé no Direito Obrigacional se viram obscurecidas pelo papel exponencial cometido à “autonomia da vontade”, signo lingüístico denotativo de uma determinada concepção da liberdade humana – a liberdade natural e moral de - que seria o verdadeiro motor da vinculabilidade jurídica e, portanto, da vinculação obrigacional¹⁶. Com base nesse pressuposto construía-se a racionalidade no Direito das Obrigações de forma conexa – e paralela- à racionalidade que guiava a circulação de produtos e serviços, presa ao esquema da

16 Assim a concepção, gestada na filosofia medieval transposta para o Direito pelo Jusracionalismo e expressa no primeiro Constitucionalismo e na Codificação oitocentista que identificou a busca do fundamento do poder objetivamente reconhecido aos sujeitos, pelo ordenamento, de criar normas jurídicas (“poder negocial”), com a vontade real ou psicológica dos sujeitos para criar normas jurídicas, vontade que, nesta acepção, seria a raiz ou causa dos efeitos jurídicos e que teria, como pressuposto, a igualdade a todos reconhecida perante a lei.

relação jurídica intersubjetiva polarizada pela vontade humana como expressão da liberdade a todos atribuída¹⁷, isto é, da liberdade para dispor, contratualmente, sobre os bens.

Ora, hoje em dia a boa-fé objetiva comparece ao Direito das Obrigações – firmando-se como um dos seus “princípios cardeais” – porque, modernamente, o signo “autonomia da vontade” é substituído pela idéia de *autonomia privada*¹⁸. Já não mais se trata da velha noção de “autonomia da vontade” porque se ata a noção de autonomia não ao “querer individual” ou livre arbítrio, mas ao reconhecimento do direito ao *livre desenvolvimento da personalidade*¹⁹, que se

17 Daí porque o contrato, na Codificação oitocentista, será, antes de mais, uma categoria metafórica: a liberdade humana é primordialmente a liberdade de dispor sobre as suas relações econômicas. No vigente Código Civil Brasileiro, diferentemente, a liberdade de contratar é exercida na ambiência comunitária, estando conformada aos princípios superiores do Ordenamento, expressos na Constituição Federal, dispondo o art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

18 A distinção terminológica está longe de exprimir fútil nominalismo, na medida em que, como acentuou Eros Roberto GRAU, os conceitos jurídicos não são apenas signos de coisas – constituem, propriamente, “signos de significações” (GRAU, Eros Roberto, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 55). Ora, a significação do signo lingüístico traduzido na expressão “autonomia da vontade” designa uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”, como acentua IZORCHE, Marie-Laure, *La liberté contractuelle*. In “*Droits et Libertés Fondamentaux*”, Paris: Dalloz, 1997, p. 503, traduzi.

19 Vide o estudo de MOTA PINTO, Paulo, *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 62. Acerca do tema, veja-se também LUDWIG, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro* e CUNHA, Alexandre dos Santos, *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil*, ambos in MARTINS-COSTA, J. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305 e 230-263, respectivamente.

exerce, em larga medida, na vida comunitária, constituindo, por isto, uma “*autonomia solidária*”²⁰.

Nessa acepção, o sintagma “autonomia privada” sintetiza um modo de qualificar a fonte de certas relações jurídicas constituindo, nessa medida, “*il principio attinente ai comportamenti umani costitutivi di situazione giuridiche*”²¹. Indevido seria negar-se a autodeterminação aos seres humanos, pois essa é constitutiva de sua dignidade, é o pressuposto da própria possibilidade de um livre desenvolvimento da personalidade. Por extensão, formula-se um conceito técnico, tradutor desse poder de autodeterminação, para apanhar a sua eficácia no campo dos negócios, na regulação da atividade econômica (autonomia negocial).

Reconhecer-se a autodeterminação não implica, porém, em desconhecer que os comportamentos humanos constitutivos de situações jurídicas devem amoldar-se a certos *parâmetros ético-jurídicos*, precisamente porque o Direito é ordenamento, isto é, ordenação da atividade humana segundo certas escolhas axiológicas que, implícita ou explicitamente, cada sociedade faz traduzir em seu *corpus normativo*, a começar pela Constituição Federal²². Esse amoldamento a parâmetros éticos é necessário visto que as situações

20 Creio ser essa a noção que melhor se adapta ao princípio expresso no art. 421 do novo Código Civil, bem como aos princípios que, na Constituição Federal brasileira, regem a ordem econômica, a saber: valorização do trabalho humano; livre iniciativa; dignidade da existência de todos; justiça social; soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio-ambiente; redução das desigualdades regionais e busca do pleno emprego (Constituição Federal, art. 170, *caput* e incisos).

21 GRISI, Giuseppe. *L'Autonomia Privata – Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 9.

22 A Constituição Brasileira traz, explicitamente, os princípios da dignidade da pessoa humana; da solidariedade social; da justiça; da igualdade; da moralidade, entre outros, *ex vi* dos seus arts. 1º, inciso III; 3º, inciso I; 5º, *caput*; e 37, *caput*.

jurídicas constituídas pelos comportamentos humanos têm, ou podem ter, reflexos na esfera jurídica alheia, isto é, traçam relações de *intersubjetividade* e, por vezes, de *transubjetividade*. Mais ainda será necessário chamamento de parâmetros éticos quando a sua dimensão é *transindividual*, *despersonalizada* e marcada por *verticalidades econômicas ou informativas*, como ocorre, por exemplo, com a contratação massificada, com as situações de oligopólio ou de monopólio de fato, de abuso de posição dominante no mercado, de domínio de mercado relevante, de abuso de dependência econômica²³, com atos que importam em modificação substancial do mercado²⁴, e, ainda, como decorre dos atos negociais de comunicação à distância, tais quais os levados a cabo por meio da Internet.

Durante muito tempo, cuidou o Ordenamento de impor limites – externos e pontuais – à autonomia negocial, cortando o exercício de algumas “liberdades” em bem determinados setores e situações, como, exemplificativamente, as leis locatícias impeditivas do

23 As expressões “abuso de posição dominante” e “domínio de mercado relevante” constam da Lei (brasileira) n° 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. A expressão “abuso de dependência econômica” é utilizada pela lei italiana de 18.07.1998, relativa ao contrato de sub-fornecimento nas atividades produtivas, como relata BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVII, n. 5, 2001, p. 549.

24 Essa expressão foi utilizada pelo STJ no RESP n°256456, 4ª T., Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, j. em 22.03.2001, in DJ de 07.05.2001, assim ementada: “Compra e Venda. Laranja. Preço. Modificação Substancial de Mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar as despesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CComercial). Recurso conhecido e provido”.

exercício de denúncia imotivada, por parte do locador. Essa técnica, ainda existente, não reina mais soberana e isolada.

Compreende-se, hoje em dia, que as intervenções heterônomas na atividade privada não decorrem tão-somente de imposições pontualmente limitadoras, tal como, tradicionalmente, consistia o papel das “normas de ordem pública” ou “inderrogáveis *ex voluntate*”. Há limites que decorrem de um intuito de tutela a interesses comuns a certos setores sociais - expressando, muitas vezes, o que já foi chamado de “paternalismo do legislador”²⁵ - e há lindes traçados de modo menos paternalista, menos autoritário, por intermédio de certos *princípios* dotados de elevada carga ética e *funções de proteção, prevenção e promoção de bens jurídicos fundamentais*.

Ao nosso modo de ver, esses lindes não são “externos”: nascem da própria *conformação* do direito subjetivo à concreta situação jurídica subjetiva (existencial ou patrimonial) na qual está integrado e decorrem do que Castronovo denominou de “heteronomia não-autoritária”²⁶,

25 A expressão é de COSENTINO, F. *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, citado por GRISI, Giuseppe, *L'Autonomia Privata - Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 18. Com essa expressão, indica o autor a privação ou a forte redução da liberdade de escolha por parte dos indivíduos, operada pelo Ordenamento para assegurar uma particular proteção a pessoas, ou a categorias de pessoas. Nesses casos - v.g, a proteção do consumidor, ou dos empregados - o Ordenamento priva de eficácia, ou não reconhece a validade, as preferências expressas pelos sujeitos que tutela, quando tiverem consequências negativas para esses sujeitos. Assim, não terá validade determinada cláusula contratual, mesmo que a parte tenha declarado aceitá-la, se tal cláusula se mostrar lesiva, ou abusiva.

26 CASTRONOVO, C. *L'avventura delle clausole generale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno IV, 1986, p.29, *verbis*: “La buona fede è la clausola generale per eccellenza, caratterizzata specialmente dalla capacità di resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali. Il perchè di tanto

aludindo a uma metodologia de técnica legislativa própria dos finais do século XX e que outros autores têm denominado de “legislação por princípios e cláusulas gerais²⁷”. Entre esses, estão os princípios da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da função social da propriedade e do contrato e da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva é paradigmático dessa “heteronomia não-autoritária” porque, traduzindo um *modelo de comportamento* não-enrijecido, mas apto a moldar-se segundo as circunstâncias concretas, dá o *critério* para a valorização judicial do comportamento, não a *solução prévia*²⁸.

Atuando como critério, a boa-fé tem, como principais funções: a) otimizar o comportamento das partes, à vista do concreto programa contratual, das situações jurídicas subjetivas de seus protagonistas e da finalidade econômico-social em vista da qual foi o contrato firmado, assim possibilitando um *adimplemento satisfativo*; b) corrigir e reequilibrar, se for o caso, o conteúdo do negócio jurídico, notadamente nos casos de quebra da base negocial objetiva ou excessiva onerosidade, superveniente e não-imputável; c) possibilitar, qualificar e mensurar o adimplemento satisfatório, inclusive, c.1) impondo, a ambas as partes da relação, a adstrição a deveres “avoluntaristas” que se fazem

successo può essere spiegato considerando che essa si colloca sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e tallora difficile da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perchè si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica.”

27 Nesse sentido o já antigo e ainda insuperável ensaio de RODOTÀ, Stefano. *Il tempo delle clausele generale*, in Rivista Critica del Diritto Privato, anno IV, 1987.

28 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 42.

instrumentalmente necessários ao adequado desenrolar da relação negocial, à vista de sua finalidade concreta, atingindo desde a fase das tratativas negociais até o período pós-contratual; d) suprir eventuais lacunas, atuando como cânone de integração do contrato; e) servir como critério de concretização dos deveres de diligência, na responsabilidade negocial; f) atuar como critério de ponderação dos deveres gerais de *neminem laedere*, na responsabilidade civil extra-contratual; g) limitar o exercício de direitos subjetivos, direitos potestativos (formativos) e posições jurídicas, gerando, por exemplo: g.1) responsabilidade pelo injusto recesso das tratativas, pela quebra da confiança legítima ou pelo exercício contraditório de posição jurídica; g.2) conduzindo a anulação de atos abusivos, na esfera das relações de consumo; g.3) impedindo o exercício do poder formativo de resolução se o adimplemento foi “substancial”, entre outras hipóteses que, pouco a pouco, vai a jurisprudência construindo conforme as situações de vida com as quais se depara; h) atuar como critério de mensuração e avaliação da ilicitude de meios, na forma do art. 187 do Código Civil²⁹ que, como tive ocasião de observar, modifica, substancialmente, o modelo jurídico da ilicitude no Direito brasileiro³⁰.

Por aí já se vê que a boa-fé não é uma norma que se apresente sempre igual em suas manifestações. Relativamente à autonomia negocial, a boa-fé pode comparecer por vezes conjuntamente, por vezes de forma antitética, aí atuando

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

30 In *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. disponível no site www.migalhas.com.br. Também in Valor Econômico n. 775, 9.06.2003

como limite, por vezes, enfim, servindo para complementá-la ou amoldá-la aos demais valores do Ordenamento. Daí a constatação de a boa-fé carecer, sempre, de *concreção*.

B) Boa-fé e concretização

O que constitui, em cada situação de vida, um *comportamento segundo a boa-fé objetiva* não pode ser descrito *a priori* e de modo abstrato senão em termos muito gerais porque a boa-fé é norma carecedora de *concreção*. Ao postular a *concreção*, a boa-fé objetiva pede ao intérprete que ajunte, aos métodos clássicos de interpretação, desenvolvidos e expostos no séc. XIX, por Savigny, uma *nova hermenêutica*, cujo modelo é o da hermenêutica constitucional.

Na segunda metade do século XX, os constitucionalistas passaram a perceber que não seria lícito transplantar à Constituição os métodos da hermenêutica clássica, aplicáveis aos Códigos oitocentistas – então conformando monumentais “sistemas fechados”- pela razão de ser a Constituição, segundo sua conformação normativo-material, “fragmentária e fracionada”, apresentando numerosos princípios cujo conteúdo precisa ser previamente preenchido “para serem realizáveis no sentido de uma aplicação jurídica”³¹. Daí que a doutrina constitucionalista tenha proposto outros métodos hermenêuticos, diversos dos imaginados por Savigny³²,

31 BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, “Los Métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica”, in *Escritos sobre Derechos Fundamentales-Nomos Verlagsgesellschaft*, tradução espanhola de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Baden-Baden, 1993, p. 17.

32 O inventário e a crítica estão em BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, “Los Métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica”, in *Escritos*

destacando-se entre eles as correntes da interpretação constitucional hermenêutico-concretizadora.

Ora, o que importa aqui sublinhar – frente a tão vasto tema – é apenas a circunstância de se ter então assentado, na ciência jurídica, a idéia de que certas normas carecem não apenas de interpretação³³, mas de *concretização*. Em rapidíssima síntese: frente à mudança da *linguagem normativa* – agora, muitas vezes uma linguagem semanticamente aberta, caracterizada pela vagueza das normas e por sua “fragmentação” – compreendeu-se que a metódica apta à interpretação das normas jurídicas não encontraria, no texto normativo, desde já e de *per si* a “norma de decisão”. Ao invés de carecer de “interpretação” (assim considerada a “explicação do texto da norma”) a disposição posta em termos semanticamente vagos necessita ser “tornada concreta”, o que significa que, para ser aplicável ao caso concreto, a disposição normativa deve ser primeiro pré-determinada. Esse processo de pré-determinação está enucleado na *correlação tensional* entre o “núcleo normativo” (o sintagma boa-fé) e a realidade, de modo que, ao mesmo tempo em que o intérprete elucida, no caso, qual é a “norma de decisão”, estará desenvolvendo, materialmente, a espécie normativa³⁴.

Daí as dificuldades que a boa-fé apresenta para o pensamento tradicional, subjogado à pretensão de retirar do

sobre Derechos Fundamentales- Nomos Verlagsgesellschaft, tradução espanhola de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Baden-Baden, 1993, p. 27 a 30.

33 Interpretação entendida como a explicitação do “sentido e alcance” de determinado texto normativo.

34 Veja-se MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*, tradução francesa de Olivier Jouanjan, Paris, PUF, 1996, em especial pp. 163-238 e MÜLLER, Friedrich, *Métodos de Trabalho Constitucional*, tradução de Paulo Bonavides. São Paulo, Max Limonad, 2ª e., 2000, pp. 51 a 69.

texto normativo uma solução pronta e acabada. É que a normatividade da boa-fé não é um fenômeno estático que se esgote com a posição da norma (texto) pelo legislador nem na busca de seu “sentido e alcance” conforme a metódica tradicional. Diversamente, *apresenta-se como um processo*, uma virtuosidade dinâmica da norma, *considerada em sua relação com a realidade*.

Isso está a indicar que a tarefa de concretizar é sempre, e necessariamente, contextual, de modo que não se pode retirar da expressão “boa-fé” um conteúdo “imaneente” senão de forma extremamente vaga, como “*honeste vivere*”. Mas o que significa esse “*honeste vivere*” só poderá ser densificado de modo *contextual*, e, por isto, estreitamente ligado às circunstâncias, aos dados fáticos, aos “fatores vitais” determinantes do contexto da aplicação³⁵. Em outras palavras, os deveres concretamente derivados da boa-fé, o “se” e o “como” desses deveres, a sua intensidade, dimensão e eficácia, etc., devem ser sopesados à vista: a) da natureza do vínculo, observado em sua substancialidade; b) da concreta situação subjetiva das partes e da efetiva relação de poder (econômico, informativo, político) mantida; c) da eventual incidência e peso, naquela situação, de outros princípios e regras do Ordenamento que acaso lhe sejam contrastantes, ou colidentes; d) da ponderação, a ser feita objetivamente pelo intérprete, acerca dos valores que guiam o específico *campo jurídico* no qual se desenrola a relação.

Nessa perspectiva, diversa será a atuação da boa-fé na produção de deveres de tutela, consideração e cooperação conforme se tratar de negócios tipicamente bilaterais - v.g,

35 STJ, RESP nº 356821, Rel. Min. Nancy ANDRIGUI, in DJ de 05.08.2002, aludindo às “circunstâncias concretas” de atuação da boa-fé.

os contratos de intercâmbio, nos quais o interesse, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*) “encontra a sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos”- ou de uma relação de parceria, como um contrato de sociedade ou uma *joint venture*, ou mesmo uma parceria informal.

No primeiro caso, a relação está estruturada em *interesses contrapostos*, embora convergentes, (de modo que) “o princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração³⁶”. Diversa e maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé quando os interesses em jogo não são contrapostos, mas quando se verifica uma atividade em proveito alheio: nos acordos de gestão, nos negócios fiduciários em geral “o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é o conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário”.

Mais intensa, ainda, será a incidência dos deveres de cooperação, consideração, tutela e lealdade quando as relações obrigacionais marcadas pela comunhão de escopo, como as relações de sociedade: então, a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*). Aqui, ensinou Clóvis do Couto e Silva, “cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa supra-pessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum”³⁷. O intérprete, porém, não deve enganar-se pelo nome do ajuste, por sua

36 COUTO e SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 30.

37 COUTO e SILVA, C. *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 31.

forma: deve descer ao fato para averiguar como estão *estruturados os mútuos interesses*. Só assim estará obedecendo ao que Miguel Reale – coordenador da Comissão Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil Brasileiro – denominou de *diretriz da concretude*, assim aludindo à “ética da situação concreta”, à “*estrutura normativa concreta (...), destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos*”, direcionada ao ‘homem situado’, diretriz essa posta no novo Código como um dos seus travejamentos ideológicos e teóricos fundamentais³⁸.

Enfim, o intérprete deve também mergulhar no fato para averiguar como se apresentam as respectivas situações jurídicas subjetivas e como é traçada a efetiva *relação de poder*, jurídico e de fato, entre os partícipes do vínculo. Se se tratar de uma relação entre empresas e não houver uma situação de monopólio de fato, mas de relativa igualdade de negociação, o dever de informar, gerado pela boa-fé, terá muito menor intensidade do que na hipótese de a relação estar fundada na assimetria entre as partes, em estruturas faticamente verticais que desmentem o mito de uma horizontalidade “ínsita” às relações interprivadas e, portanto, nelas sempre presentes³⁹. Aliás, a maior ou menor atuação da boa-fé objetiva e o maior ou menor espaço de exercício concedido à autonomia negocial estão em direta dependência da estrutura, *horizontalizada ou verticalizada*, simétrica ou

38 REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil”, 1975, ora in *O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1984. p. 84 e ss.

39 TJRS, Ap. Civ. nº 70001123645, 16ª C. Civ. Rel. Des. João Pedro FREIRE, j. em 08.05.2002, *verbis*: “Previdência Privada. A entidade de classe possui o dever lateral oriundo do princípio da boa-fé, de informar devidamente seus associados, principalmente ao alcançar-lhes documento que implica na renúncia do pecúlio contratado”.

assimétrica, subjacente à relação jurídica em causa. Quanto maior o peso da horizontalidade, maior será o espaço da autonomia negocial e com menor intensidade incidirá a boa-fé em sua função limitadora de direitos subjetivos, formativos e posições jurídicas. Inversamente, quanto maior a assimetria (jurídica, econômica, informativa, política), mais diminuto será o espaço de exercício da autonomia, e mais fortemente serão irradiados os deveres e limites decorrentes da boa-fé. Assimétrica é, por presunção legal, a relação entre consumidor e fornecedor de serviços, verticalizado será o negócio estabelecido entre os particulares e a Administração Pública⁴⁰.

Em virtude da concreção, dos parâmetros de avaliação concreta da conduta das partes, em conformidade às circunstâncias, o princípio da boa-fé objetiva projeta-se na relação entre adimplemento e culpa.

C) Boa-Fé e Culpa

O princípio da culpa é basilar em tema de adimplemento, uma vez ser a culpa considerada, por larga doutrina, elemento da mora. Deixando de lado essa discussão, cabe averiguar, aqui, tão somente as virtualidades da boa-fé objetiva para introduzir

40 Nesse sentido, STJ, REMS nº 6183-MG, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, unânime, j. 14.12.1995, p. DJ 8.12.95, assim ementado: “*Memorando de Entendimento. Boa-fé. Suspensão do processo.* O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de “Memorando de Entendimento, para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade. Deferimento da liminar, que garantiu a suspensão pleiteada. Recurso Improvido”. Comentei esse acórdão no texto *A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 21, Porto Alegre, 2002.

na avaliação da culpa contratual, critérios objetivos e concretos, conduzindo à ultrapassagem da visão abstrata dos deveres de diligência, para alcançar a consideração concreta do comportamento do devedor ao longo do *processus* obrigacional e, por conseqüência, para a superação da idéia tradicional de “adimplemento”, considerado tão somente como o adimplemento dos *deveres de prestação*.

O conceito tradicional de “adimplemento da obrigação” foi formulado a partir do que Luigi Mengoni, apropriadamente, denomina de “modelo romano da *stipulatio*”⁴¹. Esse conceito sobreviveu até os nossos dias por meio do hábito mental de construir a relação obrigacional com referência precípua às *obrigações de dar*⁴². É o que, em outras palavras, também apontara Couto e Silva, ao assinalar que o sistema de obrigações do Código Civil foi construído “apenas com base nas obrigações principais”⁴³, e – juntamos – quando estas eram constituídas preponderantemente (seja do ponto de vista quantitativo como qualitativo) pelo *dare*, o que tinha sentido numa sociedade pré-industrial ou pouco industrializada. Hoje o panorama é outro: na nossa economia explode, quantitativa e qualitativamente, a *prestação de serviços*, e o *facere* torna-se o modelo primordial, em substituição ao *dare*⁴⁴.

41 MENGONI, Luigi. Responsabilità Contrattuale (diritto vigente). In: *Enciclopedia del Diritto*, V. XXXIX, Milão, Giuffrè 1988, p. 1077.

42 MENGONI, Luigi. Responsabilità Contrattuale (diritto vigente). In: *Enciclopedia del Diritto*, V. XXXIX, Milão, Giuffrè 1988, p. 1081.

43 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 38.

44 Acentuaram este tópico TIMM, Luciano Benetti. *A Prestação de Serviços: Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Síntese, 1998, e MARQUES, Claudia Lima. *Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base*

Ora, notadamente (embora não exclusivamente), nas obrigações de fazer, o momento final da prestação, o adimplemento, *não é destacável da consideração do inteiro desenvolvimento da relação*, da medida dos esforços e dos meios que foram empregados visando o adimplemento. Essa consideração do inteiro desenvolvimento da relação é fundamental para a avaliação da “conduta devida” pelo devedor da prestação. Daí porque, sublinha Couto e Silva, o “princípio da culpa” deva ser conjugado ao da boa-fé, pois,

“compreendida a relação jurídica como um todo, a liquidez do princípio da culpa vai encontrar sua justa medida na contemplação da conduta do outro figurante⁴⁵”.

Consentânea a esta concepção está a consideração, atualmente realizada pela melhor doutrina, acerca do afastamento da noção de *subordinação* que, tradicionalmente, informava a situação jurídica do devedor⁴⁶.

“A história das Obrigações é extremamente significativa, porque dela se poderá traduzir a história de uma civilização”, afirma, certamente, Pietro Perlingieri⁴⁷. Em nossa

no Código do Consumidor – a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 19, Porto Alegre, 2000, pp.35 a 76.

45 COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 39.

46 Para uma análise histórica vide MOREIRA ALVES, José Carlos. *As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris – do direito romano ao direito latinoamericano*, in *Principi Generali del Diritto e Iniquità dei rapporti Obbligatori*, Ricerche Giuridiche e Politiche – Materiali VII/1, ed. Università di Roma, Centro di Studi Latino-americaeni e Consiglio nazionali delle Ricerche, Roma, 1991, pp. 193 a 251.

47 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971. p. 48.

civilização, a cooperação entre as partes da relação e a consideração dos interesses do devedor⁴⁸ tomam o lugar da relação de subordinação, ao credor, dos interesses do devedor: ambos os interesses são dignos de tutela.

Esta viragem - que promove fundas alterações na avaliação da culpa do devedor -, é movida pela imperatividade de nossa própria sobrevivência, estando no seu substrato a necessidade, imposta pelas transformações que sofre atualmente a ordem econômica, de minimizar os riscos das fissuras econômico-sociais. A lei e os princípios do Ordenamento são chamados a atuar para impor as pautas informadoras da cooperação na relação obrigacional. Daí decorrem “*as condições para a consecução de padrões básicos de solidariedade e cooperação*”, como assinala

48 Em substancioso estudo, analisa MOREIRA ALVES as normas de proteção ao devedor, em perspectiva histórica e no novo Código, anotando: “No tocante ao *favor debitoris*, autores como BIONDI e KASER têm empregado a expressão - que não se encontra nas fontes romanas - para traduzir a tendência, que se observa no direito romano das obrigações a partir dos imperadores cristãos, e que foi ampliada por JUSTINIANO, de proteção e apoio do devedor, a qual resulta não apenas de normas que o tutelam sem observância da lógica consubstancial à técnica jurídica, mas também daquelas que, não apresentando desvio dessa natureza, vão contra o rigor dos princípios básicos que regem o crédito, umas e outras visando a protegê-lo de abusos ou de iniquidades, ou, ainda, de situações que, pelo apego injustificado a rígidas premissas racionais, lhe dificultam liberar-se do débito. (...) Com o Código Civil brasileiro, que entrou em vigor em 1916, foi deixada de lado uma boa parte dessas medidas em favor do devedor que vinham do direito romano, e que haviam sido adotadas expressamente pelas Ordenações portuguesas. (...). O Projeto de Código Civil brasileiro (...) se afastou, em alguns pontos, do Código Civil, incluindo maior número de institutos e normas de proteção ao devedor”. (MOREIRA ALVES, José Carlos, *As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris - do direito romano ao direito latinoamericano*, in *Principi Generali del Diritto e Iniquità dei rapporti Obbligatorii*, Ricerche Giuridiche e Politiche - Materiali VII/1, ed. Università di Roma, Centro di Studi Latino-americani e Consiglio nazionali delle Ricerche, Roma, 1991, pp. 193 a 251, citações referentes às pp. 196, 197, 239 e 242.

José Eduardo Faria⁴⁹. Daí também que, na relação obrigacional, como relação de cooperação,

“não se sublinha mais a subordinação de uma situação jurídica a outra, nem de um sujeito a outro sujeito por escopos egoístas de um dos dois sujeitos, nem por escopos superiores da produção, mas se sublinha a cooperação dos dois sujeitos, das duas situações jurídicas subjetivas, em posições paritárias⁵⁰”.

Ora, modificada a própria *ratio* que justifica a estrutura da relação, modifica-se, concomitantemente, a avaliação dos deveres de diligência, impostos ao devedor não para satisfazer interesses egoístas do credor, mas para possibilitar o alcance de um *resultado útil* para ambas as partes da relação, e, bem por isto, resultado merecedor de tutela jurídica.

Nessa perspectiva, a avaliação da *situação de mora* (que é fato), não prescinde da consideração da efetiva *fattispecie* negocial, à luz do critério da boa-fé como cânone de *interpretação congruente* das disposições negociais e como norma impositiva de *deveres de cooperação e consideração* que incumbem a ambas as partes da relação. O critério da conduta segundo a boa-fé poderá, assim, acrescer os deveres de diligência ou mesmo flexibilizá-los, conforme as circunstâncias, exigindo-se, indubitavelmente, da parte que detém maior *poder* na concreta relação (econômico, político, jurídico, de informação sobre o negócio, ou o produto, ou o serviço), um acréscimo dos deveres de diligência.

49 FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1999. p. 304.

50 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971. p. 48, traduzimos.

Apresenta-se, assim, a boa-fé, como critério de concretização da “conduta devida” na relação obrigacional. Essa conduta, quando realizada, importará no adimplemento e, conseqüentemente, na extinção da relação, com satisfação para ambas as partes.

II) A BOA-FÉ NA CONCRETIZAÇÃO DA “CONDUTA DEVIDA”

Embora flexível e dotado de amplo grau de vagueza semântica, o princípio da boa-fé não configura uma espécie de remédio a ser utilizado para uma infinidade de problemas jurídicos, dependente tão só do alvedrio do intérprete. É um recurso técnico preciso (embora multifuncional em sua operatividade), que pode, num mesmo tempo e num mesmo espaço, ser dotado de diferentes *graus de intensidade*, na ponderação, sempre necessária, com as concretas situações da vida e com os demais princípios e regras do Ordenamento. Devemos referir as pautas de concretização da “conduta devida”, tendo em conta a cooperação intersubjetiva que está na base do fenômeno obrigacional, examinando os deveres instrumentalmente gerados pela necessidade de cooperação (A), a atuação da boa-fé frente o princípio da exatidão ao prestar (B) e, por fim, a boa-fé como medida de intensidade dos deveres de prestação (C).

A) Boa-fé e deveres de cooperação

A boa-fé atua para mensurar e qualificar a “conduta devida” que está no núcleo do adimplemento das obrigações, porém, seu papel não é o de indicar qual seja a conduta devida (o “o que” deve ser prestado), mas o seu “como”, isto é, a

maneira pela qual a conduta deve ser desenvolvida com vistas ao adequado adimplemento. Assim sendo, a existência, ou não, dos deveres instrumentais e o seu grau de intensidade, devem ser verificados na situação concreta, pois a boa-fé pode gerar, às partes, certos deveres que não se confundem com o dever principal de prestação, porém não gera “quaisquer deveres”, mas tão só os que estão instrumentalizados para a otimização da “conduta devida”.

Durante muito tempo, os civilistas estiveram presos à idéia de *vínculo*, denotada pela imagem descritiva que vinha do Direito Romano: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitatis adstringimur aliucius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*. Mas a palavra “vínculo” expressa uma estaticidade incompatível com a riqueza e o dinamismo do fenômeno obrigacional. Por isso a dogmática propõe, contemporaneamente, a idéia da relação obrigacional como *processo* e como *totalidade concreta*, para evidenciar que não se trata meramente de um laço a ligar, estaticamente, crédito e débito: em seu substrato convivem as noções de *estrutura, processo e função*, as quais denotam os aspectos dinâmicos e teleológicos da relação. Na definição de relação obrigacional avulta a *valoração dos interesses regulados pela própria relação*⁵¹, que se define, fundamentalmente, como uma complexa *relação de cooperação*⁵².

51 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971. p. 33.

52 Para compreender essa concepção é preciso lembrar a distinção operada por Emílio BETTI por volta dos anos 60 do século XX entre a relação obrigacional e a relação de direito real. Em apertada síntese, esclareceu BETTI que nas relações de Direito real, resolve-se um problema de *atribuição* de bens, enquanto nas relações de Direito obrigacional, resolve-se um problema de *cooperação ou de reparação* nas hipóteses de responsabilidade civil. No primeiro caso, trata-se de atribuir bens a uma pessoa, ou da correlativa exclusão; no segundo caso, trata-se de cooperação,

Porém, a cooperação, ligada à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do *dever principal de prestação*⁵³: ela requer, em variados graus e infundável tipologia, a observância de outros deveres, secundários, anexos, colaterais ou instrumentais⁵⁴, que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal, ou em cláusula contratual, ou no princípio da boa-fé. É que, se em toda a ordem jurídica a cooperação é pressuposto abstrato e geral, no Direito das Obrigações, centrado na noção de prestação como *conduta humana devida*, a cooperação é nuclear, pois através da relação obrigacional “o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da conduta doutra pessoa⁵⁵” de modo que a “colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional —

devida por um membro do conjunto social no interesse típico de outro membro do conjunto social. Isto porque têm as relações obrigacionais, como elemento nuclear, uma prestação, positiva ou negativa, que se revela como desenvolvimento de uma conduta, como resultado de um obrar ou como assunção de uma garantia por riscos ou por vícios. Na sua tríplice dimensão, explica BETTI, distingue-se, na prestação, um momento subjetivo, que se refere à *conduta de cooperação* imputada ao devedor, e um momento objetivo, o qual se refere à *utilidade* que a prestação é chamada a trazer ao credor, utilidade de caráter típico e que normalmente coincide com cada conduta de cooperação, entendida positivamente como “atitude devida” e, portanto, possível, à vista das concretas circunstâncias da relação (BETTI, Emilio. *Teoria Geral de las Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. Tomo I.)

53 Assim entendido aquele que define o “tipo”, correspondendo ao direito de crédito.

54 Sob o ponto de vista dos interesses regulados, toda a relação obrigacional é “complexa”, no sentido de configurar um conjunto de situações jurídicas subjetivas, traduzido, normativamente, pela composição de um conflito de interesses mediante um regulamento, legal ou contratual, ou ambos. Isto significa dizer que a relação obrigacional é, antes de mais, *regulamento de interesses*, de situações jurídicas subjetivas *correlatas*, seja por contraposição, seja por comunhão de escopo⁵³, sendo, portanto, redutora a visão que pretende defini-la como mero vínculo entre direito de crédito, de um lado, e dever de prestação, de outro.

55 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 142.

a colaboração intersubjetiva — é uma constante intrínseca das situações⁵⁶”. Deste modo, o dever de colaboração está no núcleo da *conduta devida*, servindo para *possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento*.

A colaboração *possibilita* o adimplemento porque para que este seja eficazmente atingido, é necessário que as partes atuem ambas, em vista do *interesse legítimo* do *alter*. As partes de uma relação obrigacional não são entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas⁵⁷: pelo contrário, entraram em contato social juridicamente qualificado por graus⁵⁸, estão entre si relacionadas razão pela qual a necessidade de colaboração intersubjetiva constitui, como afirmou Menezes Cordeiro, “*principio geral da disciplina obrigacional*”⁵⁹.

Exemplifique-se com a hipótese de *mora accipiendi*, ou mora do credor. Considerando-se que a relação jurídica obrigacional é relação entre situações jurídicas⁶⁰ correlatas,

56 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 142.

57 Nesse sentido o meu *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 393-396.

58 Acerca da categoria sociológica do “contato social” como categoria juridicamente relevante, COUTO E SILVA, Clóvis, *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Drot Brésilien et Comparé*, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.

59 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 143.

60 Relembre-se que a idéia de “situação jurídica” leva em conta a complexidade interna das relações jurídicas podendo ser vista sob um aspecto passivo e um ativo. Situações jurídicas subjetivas passivas englobam deveres, obrigações, sujeições e ônus jurídicos; situações jurídicas ativas compreendem direitos, pretensões, poderes, poderes-deveres ou “direitos função”, faculdades e expectativas legítimas.

e não apenas entre direitos e deveres, chegaremos facilmente à conclusão de não só o devedor estar numa situação subjetiva de dever, em relação ao credor: este também está em situação de dever em relação ao devedor⁶¹. Por isto mesmo, ocorre a mora do credor quando este não cumpre com o dever de cooperação que lhe concerne, deixando de colaborar para que a dívida seja solvida.

Incide à espécie o princípio da boa-fé, sendo a intensidade da sua incidência modulada pela natureza do vínculo que une as partes. Em algumas prestações é necessário que o credor receba, em outras lhe são exigidos atos antecedentes ao recebimento, para que a solução da dívida seja corretamente alcançada (v.g, dar instruções ou esclarecimentos ao devedor). Também assim nas obrigações alternativas em que a escolha seja de competência do credor, e este não a escolhe.

Assim sendo, e tanto quanto o incumprimento por parte do devedor, a mora do credor deve ser avaliada à vista da totalidade concreta da relação. Se o credor deixou de cumprir parte insignificante da prestação, cuja falta não justifica o incumprimento por parte do devedor, não fica o credor privado do direito a resolver⁶².

A necessária colaboração intersubjetiva, informada pela boa-fé, é a matriz de deveres que se põem instrumentalmente para possibilitar o adimplemento satisfatório. São os já aludidos

61 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971. p. 45 46.

62 AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 167.

deveres instrumentais ou “deveres de proteção⁶³” que convivem com o crédito e o débito⁶⁴.

Admite-se que, se o crédito e o débito são considerados como os principais “elementos” da relação, não são, porém, os únicos, convivendo com poderes, faculdades, expectativas, sujeições, ônus, etc, os quais não são de modo algum fixos e imutáveis, todos podendo concorrer para, concretamente, completar a situação creditória e para,

63 Os *deveres instrumentais* adquirem diversa terminologia. Ditos *Nebenpflichten*, na terminologia alemã, e por vezes mesmo chamados de anexos, ou laterais, ou acessórios, têm como particularidade o seu *escopo*, que diz com o *exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente e considerados os legítimos interesses do alter*. Nesta medida, são deveres marcados pela instrumentalidade, razão pelo qual denominei-os “deveres instrumentais”, por parecer-me mais significativa do que a de “deveres anexos” ou “deveres laterais”, já que enfatiza o caráter instrumental dos deveres, e também mais abrangente, pois sinaliza a possibilidade de sua existência mesmo quando não há, ainda, “obrigação principal” a que possam estar anexos ou lateralmente colocados, como ocorre na fase pré-contratual e na fase pós-contratual (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 438).

64 Embora cada relação obrigacional surja, normalmente, polarizada em torno de uma ou mais prestações que definem a sua configuração típica (*deveres principais ou primários de prestação*) – tais deveres não se apresentam com exclusividade. Os deveres principais de prestação são acompanhados, de regra, por deveres *secundários* ou *acidentais*, o que comporta, por sua vez, outra subdivisão. Distinguem-se os *deveres de prestação secundários meramente acessórios ou anexos da obrigação principal dos deveres secundários com prestação autônoma*. Os primeiros se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a sua perfeita realização, como, na compra-venda de coisa que deva ser transportada, o dever de bem embalar a coisa e transportá-la, com segurança, ao local de destino. Os segundos, por sua vez, se apresentam como um *sucedâneo* da obrigação principal (como o dever de indenização, que surge diante da impossibilidade de prestar o prometido) ou de maneira *coexistente* com o dever principal (o caso de indenização por mora, que coexiste com o dever principal) Para estas observações consultei, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 9ª edição, p. 66 e ss. Assim também o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., p.p. 437 a 454 e CARNEIRO DA FRADA, Manuel, “*Contrato e Deveres de Proteção*”, COIMBRA, 1994, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 36 e ss.

correlatamente, completar a situação debitória⁶⁵. Daí a idéia de relação obrigacional complexa, que é aquela que agrega, aos deveres de prestação, outros deveres, direcionados a estabelecer o “como” a conduta devida deve ser prestada para ser, efetivamente, satisfativa (deveres instrumentais, ou de proteção). Sua fonte está na boa-fé objetiva.

Estes deveres, diz Carneiro da Frada, não estão “virados, pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação⁶⁶”. Embora não se possa apresentar uma listagem taxativa dos deveres instrumentais o estágio da doutrina e da jurisprudência já permite sinalizar dois grandes tipos ou grupos: a distinção opera entre os que têm um fim marcadamente *positivo* e os que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados *deveres de proteção*. Exemplificativamente, constituem deveres instrumentais (positivos e de proteção) os deveres de lealdade⁶⁷, de

65 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971. p. 46.

66 CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Proteção*, COIMBRA, 1994, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 39.

67 TJRS, Ap. Civ. n° 596251181, 1ª C. Civ. Rel. Des. Armínio José de Abreu LIMA DA ROSA, j. em 18.3.98 em cuja ementa se lê: “Ação Reivindicatória. Imóvel que integra loteamento industrial e alienado a preço subsidiado à reivindicante, com a condição de ser implementada construção, o que não o foi em tempo hábil. Resolução do negócio jurídico. Boa-Fé Objetiva. Improcedência da Ação e da Denúnciação. Apelos Providos”. Por igual, TJRS, Ap. Civ 596131060 Rel. Des. Moacyr ADIERS, j. em 26.6.97, nos seguintes termos: “[...] Infringe a boa-fé objetiva a médica que, tendo sido licenciada para tratamento de sua saúde no cargo público que ocupa, vem, no período da licença, a atender paciente particular ou a trabalhar em instituição hospitalar particular, comprometendo a sua plena recuperação, objetivo da licença deferida”.

cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses.

Assim como ocorre a criação de deveres, pode ainda verificar-se, pela incidência da boa-fé objetiva, a limitação do exercício de direitos subjetivos ou de direitos formativos. Isto acontece, por exemplo, quando a boa-fé enseja a aplicação da Teoria dos Atos Próprios, pela invocação da regra que veda *venire contra factum proprium*⁶⁸; quando coíbe a abusiva invocação da exceção de contrato não cumprido ou da *exceptio non rite adimpleti contractus*; quando afasta o exercício do poder formativo extintivo de resolução, quando ocorreu o adimplemento substancial da obrigação; quando veda a exigibilidade, por inadimplemento antecipado da obrigação⁶⁹; ou, ainda, quando impede a

68 Exemplificativamente, TJRS Ap. Civ. n° 196182760, 9a. Câ. Civ., Rel. Des. Maria Izabel de AZEVEDO SOUSA, j. em 19.11.96, in Revista Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, vol. 101, pág. 360; TJRS, Ap. Civ. n° 589073956, 5ª Câ. Civ., unânime, Rel. Des. RUY ROSADO DE AGUIAR Jr, 19. 12.1989, public. in RJTJRS 145/320; RESP n° 141879-SP, STJ, 4ª T. Rel. Ministro Ruy ROSADO DE AGUIAR, unânime, j. 17. 03.98.

69 TJRS, Ap. Civ. n° 596071530, 5ª C. Civ., Rel. Des. Paulo Augusto MONTE LOPES, j. 23.5.96. Muito embora tenha o Relator fundamentado a decisão na violação do dever de lealdade, o caso poderia ser fundamentado na doutrina do inadimplemento antecipado, pois, não tendo sido realizadas as obras de infra-estrutura, o contrato não poderia ser adimplido no seu termo, como pode se ver da ementa: “Contrato. Resolução. Boa-Fé Objetiva. À medida que a oferta não coincidia com a realidade, mormente no acesso ao loteamento e no trato urbanístico, razão igualmente do afastamento da corretora que procedia às vendas, violou preceito de boa-fé objetiva, não elidindo a demanda sua responsabilidade com a regularização do empreendimento no Registro de Imóveis e na Municipalidade, todavia, deve ser afastada da condenação a primeira parcela, que não integrou o patrimônio da demandada, tratando-se da comissão da corretora que também contribuiu para o ajuste. Apelo provido, em parte”.

exigibilidade de um direito se o titular permaneceu inerte por longo tempo, por forma a criar na contraparte a legítima expectativa de que o mesmo não mais seria exercido (*supressio*), ou vedando a contraditoriedade da conduta contratual, hipótese designada pela expressão *tu quoque*⁷⁰, ou ainda carreando à antiga *fattispecie* do abuso de direito uma conotação objetiva, assim como procede, agora, o art. 187 do Código Civil Brasileiro⁷¹.

Estes deveres e limitações serão aqueles que resultam necessários para a realização do “programa contratual” entendido no aspecto objetivo e econômico-social⁷² concretamente considerado. Portanto, sua especificação depende de cada contrato, à vista da sua relação econômica de base. Examinemos a incidência desses deveres em

70 Para o exame dessas hipóteses, MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1989; e o meu *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 455 et seq.

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

72 UDA, Giovanni Maria. *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni*. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1990, p. 306. Fazendo expressa referência, nos fundamentos do voto, ao “programa contratual”, e bem examinando a sua relevância ao deslinde da questão, o acórdão TJRS, Ap. Civ. n° 597093707, 5ª C. Civ., Rel. Des. Araken DE ASSIS, J. 7.8.97, em cuja ementa se lê: “Consumidor. Seguro Saúde. Recusa da Seguradora de liberar senha ao segurado. Inexistência de infração ao princípio da boa-fé. Inadmissibilidade do dano moral pelo descumprimento de dever contratual. 1. Não há ilícito relativo, nem quebra do princípio da boa-fé, quando a seguradora, à vista de exame não coberto no contrato, se recusa a liberar senha ao segurado, tanto que somente obrigada ao reembolso das despesas médico-hospitalares. Em princípio, o inadimplemento de dever contratual - ilícito relativo -, consistente em prestação pecuniária, não autoriza indenização de dano moral, vez que, para tal caso, incide regra limitadora da liquidação do dano (CC, Art. 1061). 2. Apelação Desprovida”.

algumas situações específicas caracterizadoras do adimplemento ou, reversamente, do inadimplemento.

B) Boa-fé e o princípio da exatidão ao prestar

Constitui princípio fundamental do adimplemento o princípio da correspondência⁷³, também chamado de “princípio da identidade” ou “princípio da pontualidade”, que se especifica no “princípio da exatidão ao prestar”. Indica-se caber, ao *solvens*, efetuar a prestação “ponto por ponto”, “exatamente”, e em todos os sentidos, e não apenas no aspecto temporal⁷⁴, o que significa dizer que, relativamente à natureza do que é devido e à sua extensão, o devedor não se pode permitir nenhuma modificação, seja ela mais vantajosa para o credor ou não, como está nos arts. 313 e 314 do novo Código Civil Brasileiro⁷⁵.

Para acentuar a importância do *modo* do cumprimento - que o Código Civil ora denomina de “forma”⁷⁶, o princípio da

73 O princípio da correspondência diz respeito à proposição segundo a qual o comportamento devido deve reproduzir, qualitativamente, o figurino abstrato de comportamento humano dado pelo binômio “direito à prestação – dever de prestar”, como indica Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. p. 187. Na doutrina brasileira vem comumente expresso pelas denominações “identidade” ou “pontualidade”

74 AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 91.

75 Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

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

exatidão é entendido como uma especificação do princípio da correspondência, para acentuar o “como” da prestação devida, reforçando o fato de a prestação dever ser adimplida exatamente como contraída ou como determina, *in concreto*, a progressão do sinalagma funcional, considerada a incidência, articulada, do princípio da boa-fé: as partes, afirma Ruy Rosado de Aguiar Jr, “não devem só aquilo que elas mesmo estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé⁷⁷”, de modo que a sua incidência será traduzida na forma do adimplemento, “ora limitando a obrigação de prestação, ora ampliando-a⁷⁸”.

Assim a boa-fé conduz a uma concepção substancial – e não meramente formal – do princípio da exatidão, consentindo na possibilidade de adoção de um critério mais elástico, a ser apreciado nos limites de uma tolerabilidade considerada “normal” à vista da funcionalidade do prestado⁷⁹.

Essa “tolerabilidade” está traduzida, por exemplo, na doutrina do *adimplemento substancial*⁸⁰ que, no Brasil,

77 AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 91-92.

78 AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 92, com apoio em DIEZ-PICAZO, “Prólogo” a WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Jose Luis de los Mozos. Madri: Civitas, 1976. p. 19 e de WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Jose Luis de los Mozos. Madri: Civitas, 1976. p. 90.

79 BLIGLIAZZI GERI, L.; BRECCIA, U.; BUSNELLI, F. D.; NATOLI, U. *Diritto Civile: 3 – Obbligazioni e Contrati*. Turim: UTET, 1995. p. 76.

80 COUTO E SILVA, Clóvis. *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado Brasileiro*

vem sendo acolhida pelos Tribunais com base no princípio da boa-fé objetiva⁸¹.

Os Códigos civis, modo geral, não admitem, para operar o efeito extintivo, o adimplemento parcial da prestação, assim

na Visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58; BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 9, 1993, p. 60-70; ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 109-113.

81 Exemplar é o acórdão TJRS no AGI nº 70000023633, 1ª C. de Férias, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO, j. em 18. 11. 99; *verbis*: “Ação de Busca e Apreensão. Alienação Fiduciária. Função de Controle Da Boa-Fé Objetiva. Adimplemento Substancial. Tendo o devedor cumprido substancialmente sua obrigação, imperiosa se revela a manutenção do contrato entabulado. Atentatório ao princípio da boa-fé objetiva almejar-se a reintegração de posse do bem alienado fiduciariamente quando o devedor adimpliu a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte quatro prestações), faltando apenas três parcelas a serem solvidas. Limitação do direito formativo extintivo do credor de resolução do contrato de financiamento pela incidência do princípio da boa-fé objetiva em sua função de controle. Exercício abusivo do direito subjetivo de resolução, máxime quando o veículo é utilizado como instrumento de trabalho para o agravante (transporte escolar). Agravo provido”. No mesmo sentido, as seguintes decisões : TJRS, Ap. Civ. nº 70001605252, 5ª Câm. Civ., Relator: Des. Sérgio PILLA DA SILVA, j. em 09/11/2000, *verbis*: “Seguro. Falta de pagamento de duas prestações pelo segurado. Irrelevância. Cobertura devida no mesmo percentual do prêmio pago. Mesmo que o segurado não tenha pago as duas últimas prestações é devida a cobertura de sinistro, já que ocorreu adimplemento substancial”. E ainda: TJRS, AGI. nº 70001005586, 14ª Câm. Civ., Relator: Des. Aymoré Roque POTTES DE MELLO, j. em 29/06/2000, *verbis*: “Agravo de Instrumento. Ação de reintegração de posse com pedido liminar em contrato de arrendamento mercantil. Teoria do adimplemento substancial do contrato. Não provados o “fumus boni juris” e o “periculum in mora” no pedido liminar de reintegração de posse de bem sob arrendamento mercantil, descabe a concessão da cautela. Só o fato da apresentação, pela arrendante, de instrumento de notificação moratória da arrendatária, mormente quando já pagou 22 das 24 parcelas avençadas no âmbito do contrato de leasing firmado, cujas cláusulas podem ensejar a sua descaracterização, com a conseqüente carência da ação possessória ajuizada. A aplicação da teoria do adimplemento substancial ao contrato sob exame afasta a pretensão de desapossamento liminar do bem arrendado, observando-se o princípio da boa-fé objetiva. Agravo Improvido”.

proibindo o novo Código Civil Brasileiro no art. 314, segunda parte⁸². Por conseqüência, o credor não está obrigado a receber uma prestação parcial, podendo exigir que o devedor cumpra por inteiro o que é devido. Porém, nas prestações derivadas de contratos bilaterais e comutativos, conforme o conteúdo especial do contrato ou de sua natureza, se tem admitido uma especial eficácia do cumprimento mediante prestação parcial, o que decorre do princípio da boa-fé em sua funcionalidade limitativa do direito do credor, para se obstar certos efeitos, quais sejam, a resolução por inadimplemento ou o desapossamento do bem.

O adimplemento substancial (*substancial performance*), ensina Couto e Silva, constitui o “adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão-somente o pedido de indenização”⁸³, suposta, naturalmente, a execução. Isto significa dizer que o essencial da prestação foi cumprido, sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor que, ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório. Porém, é reconhecido ao credor o direito a perdas e danos, para que se mantenha o equilíbrio contratual, ao se compensarem as diferenças ou prejuízos relativos à prestação imperfeita e,

82 Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

83 COUTO E SILVA, Clóvis. *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58. p. 45.

se possível, o pedido de adimplemento⁸⁴. Assim o caso do comprador de imóvel a prestações, que paga cinquenta e nove (59) de sessenta (60) das prestações devidas, como já decidiu a jurisprudência⁸⁵.

O que se observa no exame dos casos concretos já julgados pela jurisprudência brasileira, é que a doutrina do Adimplemento Substancial sinaliza uma *ponderação de bens, de interesses jurídicos*: entre o interesse do credor em ver cumprida a prestação exatamente como pactuada, e o interesse do devedor em evitar o drástico remédio resolutivo, prevalece o segundo. A boa-fé então apresenta a sua feição de consideração com os legítimos interesses econômicos da contraparte.

O princípio da exatidão também abrange o *lugar da prestação*. Em linha de princípio, tem-se que a prestação deve ser cumprida no local onde ajustada. Porém, há hipóteses em que a boa-fé excepciona essa regra, limitando o exercício de direitos subjetivos e de posições jurídicas em atenção à confiança despertada na esfera jurídica alheia por nossa conduta. Assim a hipótese da *supressio*, expressão que indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a *confiança*: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que

84 BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, vol. 9, 1993, p. 60-70. p. 61.

85 TJRS, Ap. Civ. nº 70000263020, 14ª Câm. Civ., Relator: Des. Henrique Osvaldo Poeta ROENICK, j. em 25/11/1999. “Ação de busca e apreensão convertida em depósito. Contrato de garantia de alienação fiduciária. Prisão civil. Teoria do adimplemento substancial do contrato. O cumprimento da quase totalidade do contrato (59 de 60 prestações), afasta a pretensão de desapossamento do bem, devendo ser observado o princípio da boa-fé. Improcedência da ação”.

não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o não-exercício tenha causado, à contraparte, um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado.

Na origem da *supressio* está a *Verwirkung*⁸⁶, criação jurisprudencial alemã que abrange várias hipóteses, mas cujo efeito consiste na *paralisação do exercício de um direito* como meio sancionatório da deslealdade e da torpeza. Como esclarece Bohemer, “*la Verwirkung opera con eficacia negativa: deniega la existencia de un derecho al impedir que se realice a pesar de que todavía subsiste según las normas legales*”⁸⁷.

Assim sendo, mesmo que o direito subjetivo exista, segundo as regras legais, o seu exercício é vedado, paralisado, pois valer-se da norma legal quando se agiu torpe ou deslealmente, importa em atentar contra a boa-fé e lesar a confiança no tráfico jurídico. O seu fundamento, esclarece ainda Boehmer, aparece como “*un atentado contra la buena fe (Vestoss gegen Treu und Glauben) en vista de la situación concreta de que se trata y, por lo tanto, como un abuso de una disposición legal fundada en una valoración sólo justificada in abstracto*”⁸⁸.

86 Para o exame da figura, BOHEMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia – su aplicación y creación*. Tradução espanhola de PUIG BRUTAU, J., Barcelona: Bosch, 1959, págs. 242 a 292.

87 BOHEMER, Gustav. *El Derecho a través de la jurisprudencia – su aplicación y creación*. Tradução espanhola de PUIG BRUTAU, J., Barcelona: Bosch, 1959, p. 247, grifos originais.

88 BOHEMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia – su aplicación y creación*. Tradução espanhola de PUIG BRUTAU, J., Barcelona: Bosch, 1959, p. 247.

A denominação “*supressio*” foi primeiramente utilizada pelo jurista português António Menezes Cordeiro⁸⁹ que assinala o emprego, em língua latina, de outras denominações, como “decadência”, “inibição”, “paralisação”, “preclusão” ou “perda”. Porém Menezes Cordeiro aponta a sua impropriedade, ou por misturarem conceitos de direito material e de direito processual, ou por conotarem o instituto da caducidade, ou, ainda, por não refletirem o sentido do instituto, que é, justamente, o de *suprimir a situação de direito* que, em certas circunstâncias, não tendo sido exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé⁹⁰.

Na Alemanha, onde o instituto nasceu, as primeiras decisões consagradoras da *supressio* datam de 1873⁹¹, sendo atribuídas à hipótese de uma “demora desleal no exercício de direitos”. Com o passar do tempo, vieram as decisões a ser reconduzidas ao princípio da boa-fé, centrando-se o seu núcleo na proteção das expectativas do devedor de ver prosseguido um estado de fato gerado pela pessoa que, tendo criado uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado. Seu escopo é mais o de proteger a situação da contraparte do que vedar o comportamento do titular do direito⁹². O beneficiário a ser tutelado é justamente quem,

89 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 797-836. A expressão *Verwirkung* designa a perda de um direito associada, pela lei, a determinados comportamentos do seu titular.

90 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 797.

91 Para indicações históricas, MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 799 et seq.

92 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 815.

se tendo livrado de uma adstrição antes existente, recuperou uma permissão genérica de aproveitamento, ou *quem, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjetivo*⁹³. É por isto que, à *supressio*, corresponde, ativamente, a *surrectio*, que é o nascimento do direito subjetivo em razão da inércia da contraparte.

Essa é justamente a situação de fato considerada pela regra do art. 330⁹⁴ do novo Código Civil brasileiro, segundo o qual o pagamento “reiteradamente feito em outro local faz presumir a renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Das três condições de incidência da regra⁹⁵ cabe ressaltar a reiteração, no tempo, pois o decurso de um razoável lapso temporal é condição necessária para gerar a legítima confiança. Se o credor deu, em algumas ocasiões, espaçadamente, permissão excepcional para que o pagamento fosse realizado em local diverso do estabelecido, não há como falar em “pagamento reiteradamente feito”. É necessário, como diz Canaris, “a presença de uma previsão de confiança”, no sentido de o beneficiado ter, pelo menos como provável, a regularidade da situação⁹⁶.

93 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 821.

94 Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

95 A saber: a determinação, ou determinabilidade, do local, em virtude de contrato; a sua alteração, por período de tempo reiterado; a presunção de renúncia do credor ao direito que lhe fora estabelecido no contrato.

96 CANARIS, C. W. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. Munich, 1971, p. 372 e 373, *apud* MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 822.

Este lapso temporal não é, todavia, determinável *a priori*, necessitando concretizar-se à vista das circunstâncias. Como assinala Menezes Cordeiro ao analisar a extensa jurisprudência alemã, traço que ressalta é a irregularidade dos lapsos de tempo requeridos pelos Tribunais para a verificação da *supressio*, o que indicia que as circunstâncias do tempo requerido se vinculam à situação do beneficiário. As circunstâncias temporais, desse modo,

“devem informar uma situação tal que o exercício retardado do direito surja, para a contraparte, como injustiça, seja, em sentido distributivo, por lhe infringir uma desvantagem desconexa da panorâmica geral do espaço jurídico, seja, em sentido comutativo, por lhe acarretar um prejuízo não proporcional ao benefício arrecadado pelo exercente, tendo em conta a distribuição normal a operar pelo direito implicado. A chave da supressio está, pois, na alteração registrada na esfera da contraparte, perante o não-exercício. Protege-se a confiança desta, em que não haverá mais exercícios”⁹⁷.

Assim como mensura e qualifica o adimplemento, a boa-fé também dá o critério para qualificar a medida do inadimplemento, principalmente naqueles casos situados numa espécie de “zona cinzenta”, isto é, quando não se tratarem de um claro e inequívoco descumprimento da obrigação principal de prestação.

C) Boa-Fé e Mora: a “medida do esforço exigível”

A boa-fé exerce um papel relevantíssimo em tema de mora, como critério concretizador da *medida do esforço exigível*. Mas mesmo antes de informar esse específico tópico, já atua

97 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Tomo II. p. 820.

a boa-fé como critério distintivo das próprias modalidades da mora, permitindo separar as hipóteses de incumprimento relativo dos *deveres de prestação* e incumprimento dos *deveres acessórios, anexos ou instrumentais*.

Em regra, a mora é de dever de prestação. Mas os deveres acessórios, instrumentalmente necessários para caracterizar a *prestação devida*, também podem ser inadimplidos, v.g, uma garantia concedida à prestação (dever acessório à prestação principal), como uma fiança: se o obrigado deixa de substituir o fiador incapaz, ou insolvente, a mora se transforma em incumprimento definitivo⁹⁸. Também assim se é inadimplido dever instrumental, como o dever de informação que seja necessário ao bom cumprimento da prestação. Trata-se, então, de uma espécie de inadimplemento denominado pela doutrina de adimplemento insatisfatório, também chamado de “adimplemento ruim”⁹⁹, ou de “cumprimento defeituoso”¹⁰⁰.

Essa modalidade é espécie de inadimplemento¹⁰¹, porém não diz respeito à hipótese de parte da prestação não ter sido

98 O exemplo é lembrado por ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 94.

99 A denominação é de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. Tomo XXVI. § 3.103, p. 15.

100 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001. p. 986.

101 O cumprimento defeituoso recobre os casos de violação positiva do contrato, denominação que advém da doutrina alemã de Hermann STAUB (*positive Vertragsverletzung*) para indicar os casos em que o dano advém não do atraso ou omissão no cumprimento, mas dos vícios ou deficiências da prestação efetuada. Portanto, a prestação é realizada, *mas não tal qual se impunha*. Essa inexactidão, precisa ALMEIDA COSTA, “se traduz num defeito ou vício da prestação que

cumprida (inadimplemento parcial), mas à *espécie de dever descumprido*¹⁰². Recobre, pois, os *deveres secundários, laterais, acessórios*¹⁰³ e *instrumentais*, notadamente os deveres derivados do princípio que manda agir segundo a boa-fé. Um exemplo, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tratou do caso de prestação de serviços de advocacia: o advogado, podendo escolher procedimento judicial mais rápido e menos oneroso ao seu cliente, escolheu, contudo, via mais onerosa, pois assim aumentaria o valor dos seus honorários. Decidiu-se, então, que

não envolve uma sua falta de identidade ou quantidade”. Daí configurar “um conceito residual, que abrange a execução defeituosa e a violação de deveres acessórios ou laterais. Acrescenta-se à sua própria configuração, como elemento individualizante, a tipicidade dos danos causados ao credor, visto que ele os não sofreria se o devedor de todo não houvesse efectuado a prestação; dito de maneira diversa, o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir tais danos. Na verdade, tratando-se de danos derivados da falta de cumprimento perfeito e não de danos específicos ocasionados pelo cumprimento defeituoso, a situação reconduz-se a incumprimento definitivo ou mora” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001. p. 987 e 988. Na doutrina brasileira ver, por todos, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Também versaram o tema FRADERA, Vera Maria Jacob de. Quebra Positiva do Contrato. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, vol. 44, nov. 1988, p. 144-152; OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra Positiva do Contrato. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 72, p. 102-126, março 1998.

102 TJRS, Ap. Civ. n° 70001648716, 6ª C6am. Civ, Rel. Des. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, j. em 22/11/2000. Ementa: “Danos Materiais. Indenização. Mercadorias exportadas para a Inglaterra. Presença de defeitos. Prescrição. A hipótese dos autos é de inadimplemento ruim do contrato, não de vício redibitório. A demandante não deseja rescindir o contrato, nem pedir o abatimento do preço, mas sim indenização, pretensão esta que se submete a prescrição vintenária. Inaplicabilidade do prazo previsto no art. 178, § 2º, do CC. Dever de indenizar. Ausente demonstração dos danos e de sua extensão, incabível a reparação pretendida. Apelação a que se nega provimento”.

103 ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 105.

“o advogado que recomenda providência judicial onerosa para o cliente e benéfica a ele, estipulando-a no contrato de honorários, age com deslealdade, violando o princípio da boa-fé contratual¹⁰⁴”.

Aí houve inadimplemento de dever lateral de proteção, instrumentalmente necessário à maximização do adimplemento, que consiste na realização da prestação concretamente devida, satisfatoriamente, tendo as partes observado os deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias. Em outro caso, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu-se, diante do adimplemento insatisfatório, que a prestações, já pagas, deveriam ser devolvidas, inclusive com correção monetária¹⁰⁵.

Considerando os aspectos qualitativos e quantitativos da prestação, ocorre mora, por *cumprimento inexato* (ou

104 TJRS, Ap. Civ.194.045.472 - 9ª C. Civ., j.26.4.94, Rel. Des. Antônio Guilherme Tanger JARDIM, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 173. A solução encontrada, à vista das características concretas, foi a de nulificar a cláusula do contrato de honorários, por abusiva, mas, em tese, poderia ser alcançado o adimplemento insatisfatório, com o conseqüente pagamento de perdas e danos sem sequer fazer-se referência à culpa. No caso, tratando-se de contrato enucleado na fidúcia (como é a relação entre o advogado e o seu constituinte), a mera violação dos deveres decorrentes da boa-fé (cooperação, lealdade, consideração aos legítimos interesses do *alter*) que se manifestariam com grande intensidade, levaria à configuração do inadimplemento imputável.

105 TJRS, EMI nº 70001253053, 3º Gr. Câm. Civ, Relator Des. Marco Aurélio dos SANTOS CAMINHA, j. em 06/10/2000. Ementa: “Previdência Privada. CAPEMI. Devolução das contribuições. Correção monetária. Existência de mecanismos econômicos para repor a moeda no seu valor de compra. Fatores outros que levaram a estagnar, por vezes, a correção monetária oficial, com a adoção da prática econômica dos expurgos inflacionários. Restituição das prestações pagas com reajuste monetário diante do adimplemento insatisfatório. art-1056, do CC. Embargos desacolhidos.”

adimplemento mau, ou defeituoso) sempre que a prestação for efetivada em termos não-correspondentes à conduta devida. Em casos extremos, será fácil distinguir o cumprimento inexato do não-cumprimento, por exemplo: se A, encarregado de prestar serviço a B, simplesmente não presta. Mas se A foi contratado para adquirir, para B, 100 toneladas de arroz e entrega apenas 90, podemos falar em cumprimento inexato. É preciso, para que um cumprimento seja denominado “inexato”, que ele tenha um mínimo de correspondência com a prestação devida¹⁰⁶. Como, porém estabelecer esse “mínimo de correspondência”? Responde Menezes Cordeiro:

“A distinção terá de ser extrajurídica: um certo comportamento poderá considerar-se como cumprimento, se bem que inexato, quando, à luz do bom senso e de critérios de normalidade social, ele ainda possa ser aproximado do cumprimento devido. Quando tal não suceda, há, pura e simplesmente, incumprimento. Os resultados obtidos desta forma devem, em todo o caso, passar pelo crivo da boa-fé¹⁰⁷”.

O “bom senso” e os “critérios de normalidade social” que estão acolhidos pelos princípios do art. 113 do Código Civil¹⁰⁸, mediados pelo crivo jurídico da boa-fé, poderão indicar que um pequeno vício na prestação, a falta de uma pequena parcela ou “inexatidões” que tais, não podem consentir que o credor recuse a prestação, ou proponha a resolução do contrato, *se a falta for totalmente desproporcional ao complexo dos interesses envolvidos.*

106 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 2, 1980. p. 440.

107 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 2, 1980. p. 440 e 441, grifos do autor.

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

Nestes casos verifica-se um conflito de direitos: de um lado, o direito do credor a exigir a prestação devida; de outro, a pretensão do devedor de não sofrer um prejuízo totalmente desproporcional à sua pequena falta. À luz da situação concreta, o intérprete deve *ponderar* qual das situações é a mais pesadamente atingida, “em termos de fazer ceder a outra¹⁰⁹”. Porém, não devemos também esquecer que, raramente, o Direito Privado apresenta soluções radicais, do tipo “tudo ou nada”, e o exemplo da Teoria do Adimplemento Substancial, antes lembrado, bem mostra que, por vezes, a virtude está no meio: nem o contrato é resolvido nem o credor é prejudicado, pois o devedor deve pagar perdas e danos pelos prejuízos causados pela mora.

CONCLUSÃO

Outros exemplos da operabilidade da boa-fé em tema de adimplemento poderiam ser lembrados. Contudo, creio que os casos acima recordados podem evidenciar que, em paralelo aos deveres derivados do exercício da autonomia negocial e daqueles especificamente cominados na lei, os deveres decorrentes da boa-fé, concretizados por via da atividade jurisdicional no campo de função demarcado pela relação obrigacional, sinalizam o adequado adimplemento, apontando, correspectivamente, às hipóteses de inadimplemento, cujo conceito resta, assim, correspondentemente alargado, pois pode ser ocasionado não só pela quebra dos deveres de prestação como pela violação dos deveres instrumentais e de modo especial pelos deveres de proteção.

109 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. 2, 1980. cit., p. 441.

Por esta via compreende-se a íntima ligação entre o adimplemento (e, reversamente, o inadimplemento) e os deveres e limitações impostos pela boa-fé, considerada em sua feição objetiva. Esta, na medida em que implica a efetiva prossecução do fim da obrigação - isto é, o adimplemento *com satisfação* - “complementa as formulações, por vezes lacônicas, dos vínculos creditícios¹¹⁰”, ao provocar, para ambos os integrantes da relação jurídica, a já aludida assunção de deveres instrumentais e ao impor, por vezes, limitações a direitos subjetivos e a poderes formativos, revestindo com uma nova ética o Direito das Obrigações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 167.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 9 edição, 2001.

ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 9, 1993, p. 60-70;

BETTI, Emilio. *Teoria Geral de las Obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

BIANCA, Massimo. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, *Revista di Diritto Civile*, n. 3, 1983.

BLIGLIAZZI GERI, L.; BRECCIA, U.; BUSNELLI, F. D.; NATOLI, U. *Diritto Civile: 3 – Obligazioni e Contrati*. Turim: UTET, 1995.

110 MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 1. p. 149.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, “Los Métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica”, in *Escritos sobre Derechos Fundamentales-Nomos Verlagsgesellschaft*, tradução espanhola de Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Baden-Baden, 1993.

BOHEMER, Gustav, *El Derecho a través de la jurisprudencia – su aplicación y creación*. Tradução espanhola de PUIG BRUTAU, J., Barcelona: Bosch, 1959.

BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Proprios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000.

BUSNELLI, Francesco Donato, *Note in tema di Buona Fede ed Equità*, Rivista di Diritto Civile, anno XLVII, n. 5, 2001, pp.537-559.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel, *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1994, Separata do vol. XXXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CASTRONOVO, C. *L'avventura delle clausole generale*, in Rivista Critica del Diritto Privato, anno IV, 1986.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis, *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Droit Brésilien et Comparé*, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.

COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

CUNHA, Alexandre dos Santos, *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil*, in MARTINS-COSTA, J. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 230-263.

DAVID-CONSTANT, Simone. *La bonne foi: une mer sans ravages*, in *La Bonne Foi – actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège*, ASBL, 1990.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. Tese apresentada ao concurso para Professor Titular de Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 1999. p. 304.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Quebra Positiva do Contrato. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, vol. 44, nov. 1988. p. 144-152.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

GRISI, Giuseppe. *L'Autonomia Privata – Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999.

IZORCHE, Marie-Laure, *La liberté contractuelle*. In “*Droits et Libertés Fondamentaux*”, Paris: Dalloz, 1997.

LUDWIG, Marcos de Campos. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro*, in MARTINS-COSTA, J. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 265-305.

MARQUES, Claudia Lima. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código do Consumidor – a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 19, Porto Alegre, 2000, pp.35 a 76.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

———. *A Boa-Fé como Modelo*, in MARTINS-COSTA, J. e BRANCO, G., *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002.

———. *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, garantias e direitos constitucionais fundamentais no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

———. *A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares*, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 21, Porto Alegre, 2002.

MENGONI, Luigi. Responsabilità Contrattuale (diritto vigente). In: *Enciclopedia del Diritto*, V. XXXIX, Milão, Giuffrè 1988, p. 1077.

MENEZES CORDEIRO, A. M. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

MENEZES CORDEIRO, A. M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. *Revista Roma e América: Diritto Romano Comune*, Roma, vol. 7, p. 187-204, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos, As normas de proteção ao devedor e o *favor debitoris* – do direito romano ao direito latinoamericano, in *Principi Generali del Diritto e Iniquità dei rapporti Obbligatori*, Ricerche Giuridiche e Politiche – Materiali VII/1, ed. Università di Roma, Centro di Studi Latino-americi e Consiglio Nazionali delle Ricerche, Roma, 1991, pp. 193 a 251.

MOTA PINTO, Paulo, *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *A Constituição Concretizada – construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*, tradução francesa de Olivier Jouanjan, Paris, PUF, 1996.

MÜLLER, Friedrich, *Métodos de Trabalho Constitucional*, tradução de Paulo Bonavides. São Paulo, Max Limonad, 2ª e., 2000.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra Positiva do Contrato. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, vol. 72, p. 102-126, março 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: Jovene Editore, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. Tomo XXVI.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil”, 1975, ora in *O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1984.

RODOTÀ, Stefano. *Il tempo delle clausole generale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno IV, 1987.

TIMM, Luciano Benetti. *A Prestação de Serviços: Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

UDA, Giovanni Maria. *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsività delle prestazioni*. *Rivista di Diritto Commerciale*, 1990.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. Jose Luis de los Mozos. Madri: Civitas, 1976.

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA REFERIDA

(acessível em <http://www.senado.gov.br>)

Código Civil Brasileiro (Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078, de 11.9.90)

Lei n° 8.884/94.

DECISÕES JUDICIAIS

Superior Tribunal de Justiça

(jurisprudência acessível em <http://www.stj.gov.br>)

REMS n° 6183-MG, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, j. 14.12.1995, p. DJ 8.12.95.

RESP n° 141879-SP, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, unânime, j. 17. 03.98.

RESP n° 256456, 4ª T., Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, j. em 22.03.2001, in DJ de 07.05.2001, p. 147.

RESP n° 356821/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy ANDRIGUI, in DJ de 05.08.2002, p. 334.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

(jurisprudência acessível in <http://www.tj.rs.gov.br>)

Ap. Civ. n° 589073956, 5ª Câ. Civ., Rel. Des. Ruy ROSADO DE AGUIAR, j. 19. 12.1989, in RJTJRS 145/320.

Ap. Civ. 194.045.472 - 9ª C. Civ., Rel. Des. Antônio Guilherme Tanger JARDIM, j. 26.4.94, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 173.

Ap. Civ. n° 596071530, 5ª C. Civ., Rel. Des. Paulo Augusto MONTE LOPES, j. 23.5.96.

Ap. Civ. n° 196182760, 9ª. Câ. Civ., Rel. Des. Maria Izabel de AZEVEDO SOUSA, j. em 19.11.96, in *Revista Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul*, vol. 101, pág. 360.

Ap. Civ 596131060, Rel. Des. Moacyr ADIERS, j. em 26.6.97.

Ap. Civ. n° 597093707, 5ª C. Civ., Rel. Des. Araken DE ASSIS, J. 7.8.97.

Ap. Civ. n° 596251181, 1ª C. Civ. Rel. Des. Armínio José de Abreu LIMA DA ROSA, j. em 18.3.98.

Ap. Civ. n° 70001605252, 5ª Câm. Civ., Relator: Des. Sérgio PILLA DA SILVA, j. em 09.11.2000.

AGI n° 70000023633, 1ª C. de Férias, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira SANSEVERINO, j. em 18. 11. 99.

Ap. Civ. n° 70000263020, 14ª Câm. Civ., Relator: Des. Henrique Osvaldo Poeta ROENICK, j. em 25/11/1999.

AGI n° 70001005586, 14ª Câm. Civ., Relator: Des. Aymore Roque POTTES DE MELLO, j. em 29/06/2000.

EMI N° 70001253053, 3 Gr. Câm. Civ, Relator Des. Marco Aurélio dos SANTOS CAMINHA, j. em 06.10.2000.

Ap. Civ. n° 70001648716, 6ª Câm. Civ, Rel. Des. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, j. em 22/11/2000.

Ap. Civ. 70001123645, 16ª C. Civ., Rel. Des. João Pedro Freire, j. 08.05.2002.

SIGLAS E ABREVIATURAS UTILIZADAS

AGI - Agravo de Instrumento

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

Ap. Civ. – Apelação Cível

Art. – artigo

Arts. – artigos

Câm. Civ. – Câmara Cível

CC- Código Civil

C Com – Código Comercial

CDC- Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

D.- Digesto

Des. – Desembargador

Dec. – Decreto

DJ – Diário da Justiça

Ed.- edição

EMI. – Embargos Infringentes

Gr. Grupo

j. – julgado

L – Lei

Min. – Ministro

REMS. Recurso Especial em Mandado de Segurança

Rel.- Relator

RESP – Recurso Especial

Rev.- Revista

RS ou RGS - Rio Grande do Sul

RSTJ- Revista do Superior Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul