

DEVERES DE CONSIDERAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP; Procurador do Estado do Espírito Santo; Assessor do Relator da Comissão Especial de Atualização do CDC no Senado Federal; Professor de diversos cursos de pós-graduação; Membro do Condecon do Espírito Santo; Diretor do Brasilcon.

Área do Direito: Consumidor; Civil.

Resumo: o presente artigo aborda a relação obrigacional, em especial com enfoque no princípio da boa-fé objetiva. Examina-se a importância da análise da obrigação como um processo, e a aplicação da boa-fé neste contexto. Para isso, demonstra-se como a doutrina tem sistematizado este princípio através das suas diversas funções, em especial os chamados “deveres de consideração.”

Palavras-chave: Relação obrigacional - Boa-fé subjetiva - Princípio da boa-fé objetiva — Funções da boa-fé objetiva – Deveres de consideração

Sumário: 1. Relação obrigacional: 1.1 Obrigação: conceito e evolução histórica; 1.2. A relação obrigacional complexa - 2. Boa-fé: 2.1. Histórico; 2.2. Boa-fé subjetiva e objetiva; 2.3. A boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro; 2.4. Sistematização da boa-fé objetiva: 2.4.1. Função Interpretativa; 2.4.2. Função de controle (limite); 2.4.2.1. Venire contra factum proprium; 2.4.2.2. Supressio/surrectio; 2.4.2.3. Inadimplemento substancial; 2.4.2.4. Tu quoque; 2.4.3. Função integradora (deveres anexos, laterais ou de consideração): 2.4.3.1.1. Deveres de proteção; 2.4.3.1.2. Deveres de esclarecimento (informação); 2.4.3.1.3. Deveres de lealdade (cooperação recíproca)

1. Relação obrigacional

1.1 Obrigação: conceito e evolução histórica

O conceito de obrigação e, portanto, de relação obrigacional, sofreu mudanças no decorrer dos tempos. O direito privado sofreu o impacto da transformação cultural, passando a ter uma orientação mais social e ética. É assim que a concepção savigniana de obrigação como *poder do credor sobre a pessoa do devedor*, remetendo ao direito romano anterior à *lex poetelia papiria*¹, época em que admitia a atuação corpórea do devedor inadimplente, não mais prevalece. Assim, anteriormente, a personalidade era o centro das obrigações, com submissão corpórea do devedor. Com o tempo, o patrimônio, ao invés da pessoa, assume o posto principal da relação obrigacional, sendo característica irrefutável desta.

¹ A obrigação caracteriza-se como direito de garantia sobre a pessoa física do obrigado. Tal submissão do devedor ao credor só veio a cessar com a *Lex Poetelia Papiria* que, no século IV a. C., substituiu o vínculo corporal pela responsabilidade patrimonial onde os bens e, não o corpo do devedor deveriam responder pelas suas dívidas.

Também, para alguns, a obrigação passou a ser vista como o *poder do credor sobre os bens do devedor*. Antunes Varela, criticando esta posição, anota que esta noção pode ser apenas aplicada aos direitos reais, em que há o poder direto e imediato da pessoa sobre os bens, através dos atributos da preferência e sequela.² Por fim o professor de Coimbra também irá criticar os que situam a obrigação como relação entre dois patrimônios, uma vez que a relação jurídica exige a presença de dois sujeitos.³

Para a maior parte dos autores da atualidade, a obrigação tem sido compreendida como *um direito do credor a um comportamento do devedor* através da prestação de dar, fazer e não fazer.

A estrutura da relação obrigacional pode ser decomposta em dois elementos: o débito (*schuld*) e a responsabilidade (*haftung*). O débito consiste na prestação, no comportamento a ser efetuado pelo devedor. Já a responsabilidade somente surge no descumprimento do débito, com a sujeição do patrimônio. Esta divisão é interessante para a compreensão das hipóteses de débito sem responsabilidade – nas obrigações naturais e dívidas prescritas – e responsabilidade sem débito – quando uma pessoa oferece seus bens como garantia de débito alheio. Desta forma, o patrimônio está mais ligado à ideia de sanção (pelo descumprimento) do que a prestação.

1.2. A relação obrigacional complexa

Atualmente, a obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas. A obrigação é um processo, uma séria de atos inter-relacionados, que caminham para o mesmo fim: a satisfação de ambas as partes através do cumprimento da prestação.⁴

Nesta nova concepção da obrigação, Clóvis do Couto e Silva aponta que credor e devedor não ocupam posições antagônicas. O que deve permear a obrigação deve ser sua finalidade, em uma ordem de cooperação visando o adimplemento de forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. Assim, nos dizeres do professor gaúcho, “é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.”⁵ Prestigia-se a solidariedade mediante a cooperação das partes para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, preservando os direitos da personalidade. Nesse sentido é que Pietro Perlingieri aduz pela necessidade de uma “apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional.”⁶

É necessário ultrapassar a análise externa da relação obrigacional, ou seja, uma relação entre devedor e credor unidos por direitos e deveres somente, e penetrarmos em sua

² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, pg.141.

³ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit. pg. 143.

⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 38.

⁵ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 8.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pg.211.

análise interna, dando concretude à obrigação.⁷ Devem-se investigar as peculiaridades das pessoas na relação e os diferentes graus de intensidade de atuação entre eles. Não há mais espaço para uma tutela jurídica baseada meramente em juízo de plena subsunção. É necessário, portanto, verificar “a ética da situação” na famosa concepção de Larenz.

Nesta relação obrigacional complexa, será a boa-fé que irá legitimar o intuito dos parceiros na relação obrigacional.

2. Boa-fé

2.1. Histórico

O início da boa-fé está associado ao direito romano. O sistema romano se caracterizava como um sistema de ações e não de direitos, sobretudo no período clássico em que surgem os *iudicia bonae fidei*. Quando não havia texto expresso em lei, o magistrado decidia o caso de acordo com as circunstâncias concretas. Desta forma, os *bonae fidei iudicia* permitiram que o juiz utilizasse da boa-fé alargando, assim, seu poder de decisão.

A passagem também da *jus civile* (restrito aos cidadãos romanos – sistema mais rígido, fechado), para o *jus gentium* (aplicável à romanos e estrangeiros - baseado nos usos e costumes comerciais), em razão da necessidade de comércio com outros povos, representou o campo propício ao incremento da boa-fé, pois nas relações comerciais era fundamental a lealdade à palavra empenhada.

Embora de origem remota, a boa-fé apenas reaparece no Código Napoleônico de 1804.⁸⁹ Entretanto, a menção explícita da boa-fé não foi suficiente no Direito Francês para o seu adequado desenvolvimento, uma vez que o sistema privava o magistrado da possibilidade de interpretar. A ciência do direito estava reduzida a um diálogo com o texto da lei. Em razão da forte influência da burguesia no período, o princípio da boa-fé objetiva restou inteiramente absorvido pela atuação do dogma da autonomia da vontade. Como acentuado por Nelson Rosenvald, era evidente “o fascínio dos cultores do direito pela primeira parte do art. 1.134 – ‘as convenções legalmente formadas têm lugar de lei entre as partes’ (alínea a) –, com o desprezo pela parte final do dispositivo (alínea c), que fazia alusão à boa-fé.”¹⁰

Assim, a ideologia positivista da época com o anseio da burguesia de contratar protelou o desenvolvimento da boa-fé objetiva, o que se deu apenas no direito germânico.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *O adimplemento e o inadimplemento das obrigações*. In Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho (coord.), *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 331/332.

⁸ O art. 1134 do Código de Napoleão prescrevia que “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*” Em livre tradução: “Acordos legalmente celebrados possuem caráter de lei para aqueles que o assumem. Eles devem ser executados de boa-fé.”

⁹ Nesse sentido, Antonio Menezes Cordeiro destaca que, “depois do Digesto, em 529, o acontecimento jurídico mais marcante foi o aparecimento do Código Napoleônico, em 1804. A referência a ambas essas datas tem um sentido formal: o Digesto é a cristalização, em certos moldes, do Direito romano; o código de Napoleão é o formar, também em parâmetros determinados, do Direito europeu anterior” (*Da boa-fé no direito civil*, p. 226).

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.77.

Com efeito, é na Alemanha da Idade Média que nasce a boa-fé, perdurando até a codificação de 1900 através da “fórmula par”¹¹ *treu und glauben*. No BGB de 1900, foi inserida através do § 242: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”, influenciado posteriormente outras legislações.

O BGB foi concebido como um sistema fechado. Assim, em um primeiro momento, a boa-fé não logrou aplicabilidade. Isso porque jamais se cogitou em conceder ao juiz a função de criar o direito. O § 242 do BGB somente foi concebido como reforço material aos contratos.

Por influência da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência alemã posteriormente à primeira guerra mundial, o princípio da boa-fé vai assumindo o seu papel de cláusula geral, através da atuação dos tribunais, se libertando da concepção axiomática originária.

Menezes Cordeiro traz lição segundo a qual a evolução da boa-fé consagrada pelo BGB teria se operado em três fases:

a) até a primeira guerra mundial, ter-se-ia em curso a fase concepcional, na qual se buscou o fundamento, o âmbito e a bitola da sua atuação na relação obrigacional.

b) no período compreendido entre o pós-guerra até o final dos anos 30, ter-se-ia desenvolvido a fase do preenchimento quantitativo do conceito antes firmado e dado início as primeiras tentativas de sistematização da matéria;

c) a terceira fase, ainda em curso, prossegue-se nessa sistematização, “com ordenação de âmbitos de regulação do § 242 e com novas codificações do seu conteúdo”. É partir de então que se vê o desenvolvimento da sistematização por meio da criação de institutos típicos de soluções de problemas com base na atuação da boa-fé objetiva, tais como a sua incidência na formação, no cumprimento e depois do cumprimento da obrigação, os deveres acessórios, o abuso de direito, o *venire contra factum proprium*, a mudança objetiva das bases do negócio etc.¹²

Por fim, por influência do BGB, vários códigos europeus irão, posteriormente, incorporar o princípio da boa-fé.

2.2. Boa-fé subjetiva e objetiva

Existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. Por muito tempo predominou no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção estritamente subjetiva de boa-fé, inclusive nas relações contratuais.

A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que há uma convicção interna sobre a realidade dos fatos (ex: convicção interna do possuidor sobre a ausência de defeitos em sua posse ou ignorância do cônjuge sobre a invalidade do

¹¹ Ela objetiva reforçar o sentido comum dos termos ou alterar o sentido de um deles ou ainda criar um novo sentido, sendo este último o que ocorreu com a expressão *Treu und Glauben*, que possui sentido diverso do significado atual de seus termos constitutivos.

¹² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.332-333

matrimônio em decorrência da atuação do outro cônjuge.). A boa-fé subjetiva traduz uma circunstância fática, um determinado estado de ânimo que se contrapõe à ideia de má-fé.

Já a boa-fé objetiva compreende um modelo ético de conduta social, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte. Constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção. Por meio dela, exige-se uma atividade de cooperação, constituindo-se, assim, uma fonte normativa impositiva de comportamentos “que se devem pautar por um específico *standard* ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé”¹³.

De maneira precisa, Fernando Noronha distingue a boa-fé subjetiva da objetiva, aduzindo que “ primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio.”¹⁴

Assim, é possível alguém estar agindo de boa-fé (subjetiva) (ignorando o indevido de sua conduta), mas não segundo a boa-fé objetiva (afere-se a correção da conduta/comportamento do indivíduo, pouco importando a sua convicção).¹⁵

2.3. A boa-fé objetiva no ordenamento brasileiro

O Código Comercial de 1850 previa a boa-fé objetiva como cláusula geral no art. 131, I. Dispunha que 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 a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e a natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras [...].*”

Havia também o art. 1.443 do Código Civil de 1916 que tratava da boa-fé objetiva, não como cláusula geral, mas com aplicação específica aos contratos de seguro, restringindo o seu alcance. Dispunha que “*o segurador e o segurado são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes*”.

Porém, o modelo fechado e dedutivo dos códigos comercial e civil não era capacitado a alcançar os anseios éticos que propiciariam o desenvolvimento da boa-fé.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor foi a primeira norma a prever expressamente a boa-fé objetiva e efetivamente aplicá-la de modo correto no campo das

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Tomo II. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.21.

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 132.

¹⁵ O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé. Já na objetiva, o seu contrário é entendido como carecedor de boa-fé objetiva (o agir despido de lealdade e correção).

obrigações entre consumidores e fornecedores. A edição do Código de Defesa do Consumidor representou um marco, pois a boa-fé assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro – como princípio norteador da Política Nacional das Relações de Consumo no art. 4º, III e com cláusula geral no art. 51, IV.

A boa-fé objetiva também foi inserida no Código Civil de 2002, como cláusula geral, irradiando seus efeitos por todo o sistema civilista. Nelson Rosenthal, ao destacar as funções deste princípio e sua correlação com os artigos do Código Civil, observa que “a boa-fé é multifuncional. Para fins didáticos, é interessante delimitar as três áreas de operatividade da boa-fé no novo Código Civil: desempenha papel de paradigma interpretativo na teoria dos negócios jurídicos (art. 113); assume caráter de controle, impedindo o abuso do direito subjetivo, qualificando-o como ato ilícito (art. 187); e, finalmente, desempenha atribuição integrativa, pois dela emanam deveres que serão catalogados pela reiteração de precedentes jurisprudenciais (art. 422 do CC)”.¹⁶¹⁷

Assim, no Código Civil de 2002, sobressai-se a expressa adoção da boa-fé objetiva, enquanto princípio, do qual emanam comportamentos retos, probos e leais, por meio das cláusulas gerais previstas nos arts. 113, 187 e 422, conformando-se, assim, ao texto constitucional.

Isso porque, com efeito, a partir da Constituição Federal de 1988, a boa-fé objetiva é implicitamente acolhida na ordem jurídica constitucional como princípio decorrente da igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana.¹⁸

2.4. Sistematização da boa-fé objetiva

A doutrina brasileira tem classificado, de maneira sistemática e didática, a boa-fé objetiva de acordo com as três funções que exerce em nosso ordenamento: i) serve de cânone hermenêutico integrativo dos negócios jurídicos (função interpretativa); ii) serve de norma instituidora ou criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal (função integradora); e, por fim, iii) serve de norma limitadora ao exercício de direitos subjetivos (função de controle).¹⁹

¹⁶ *Direito das Obrigações*. 3a ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 33.

¹⁷ São eles: Art. 113 do CC: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." Art. 187 do CC: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." Art. 422 do CC: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

¹⁸ Conferir, a esse respeito: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.117-118; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.9-23, 146-183 e 192-224; ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.171-186; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios contratuais*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (Coords.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p.9-23.

¹⁹ Entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.427-428; NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.153-190; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.76-85; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-*

A tridimensionalidade das funções da boa-fé não pode ser aferida de maneira pontual. Eventualmente, rompem-se as fronteiras entre a atividade meramente interpretativa e aquela integrativa e, em outros casos, a atividade hermenêutica culmina na supressão do exercício de determinado direito subjetivo.²⁰

2.4.1. Função Interpretativa

A função interpretativa da boa-fé, a mais utilizada pela jurisprudência, serve de orientação para o juiz, devendo este sempre prestigiar, diante de convenções e contratos, a teoria da confiança, segundo a qual as partes agem com lealdade na busca do adimplemento contratual.

O Código Civil de 2002 consagrou expressamente a boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo, no texto seu art. 113, segundo o qual “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”.

Segundo Judith Martins-Costa, o passo essencial à plena realização desta técnica hermenêutica, consagrada no art. 113 do Código Civil de 2002, perpassa pela constatação de que, na interpretação das normas contratuais, o juiz deve tomá-las em seu “conjunto significativo”, ou seja, partindo-se do complexo de direitos, deveres e situações jurídicas, compreendendo-os como situações funcionalmente postas ao alcance de determinada finalidade, assim como, igualmente, as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual, tomada no seu todo.²¹

Gustavo Tepedino nos lembra que o dever de interpretar os negócios conforme a boa-fé objetiva encontra-se irremediavelmente informado pelos quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada: 1) A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); 2) O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3) A solidariedade social (art. 3º, I, CF); 4) A igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Os dois primeiros encontram-se inseridos no Texto Maior como fundamento da República, enquanto os últimos são objetivos da República.²²

Através da boa-fé objetiva, o juiz deve interpretar as cláusulas contratuais de modo a desconsiderar a malícia da parte que se vale de evasivas para criar convenções duvidosas, a fim de obter vantagens incomuns; bem como as cláusulas lacunosas ou imprecisas deverão ser interpretadas de acordo com o que, normalmente, são entendidas pelos indivíduos.

Assim, na seara consumerista, é muito comum os planos de saúde inserirem nos contratos expressões de pouco conhecimento geral ou lacunosas, como, por exemplo, a cláusula contratual que prevê que as doenças infectocontagiosas não serão cobertas pelo plano. E a pergunta que se faz é: quais são as doenças infectocontagiosas? Percebe-se que quando o consumidor adere ao plano de saúde, cria a expectativa e confia que, caso seja acometido

Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.35; ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.87-143; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.224-251.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.87.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.432.

²² *A Parte Geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXXI.

de alguma doença, terá o tratamento devido e coberto pelo plano. Mas, muitas vezes, o consumidor somente tem notícia de que aquela doença que está sofrendo não está coberta pelo plano, por se tratar de doença infectocontagiosa, no momento em que necessita do tratamento. Ora, em casos como esse, o fornecedor deveria informar previamente ao consumidor quais doenças, especificamente, não estariam cobertas pelo plano. Mas, ao contrário, o fornecedor se vale de expressões vagas e imprecisas para angariar o consumidor e após a contratação, justamente quando o consumidor mais precisa, frustra sua confiança e age deslealmente negando cobertura ao tratamento.

2.4.2. Função de controle (limite)

A função de controle da boa-fé visa evitar o abuso do direito subjetivo, limitando condutas e práticas comerciais abusivas, reduzindo, de certa forma, a autonomia dos contratantes.

A noção de atos abusivos tem relação com a teoria do abuso do direito, encampada pelo art. 187 do CC: “*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.*”

Dessa forma, não se admite no ordenamento brasileiro o exercício de direito de modo absoluto. O direito somente será reconhecido quando exercido de modo leal, não frustrando as legítimas expectativas criadas em outrem. Caso contrário, será considerado ato ilícito ainda que o titular não ofenda a norma em si (legalidade estrita), mas ofenda a sua valoração.

Assim, o princípio da boa-fé objetiva será o parâmetro utilizado para aferir os limites do abuso do direito (função de controle). Portanto, quando não houver lealdade no exercício do direito subjetivo, de forma a frustrar a confiança criada em outrem, o ato será abusivo e considerado ilícito.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva servirá para estipular o momento em que o exercício do ato, considerado, a princípio, lícito, converter-se-á em ato ilícito em razão do abuso do direito.

Sobre este enfoque é que foi editada a súmula nº 302 do STJ prescrevendo a abusividade da cláusula restritiva de internação em contratos de plano de saúde. Prevê a referida súmula que “*é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado*”.

O plano de saúde, quando impõe a referida cláusula, comete abuso do direito, desrespeitando o dever anexo de lealdade e, com isso, ofende a boa-fé objetiva que se espera nas relações negociais.

Cumprе ressaltar algumas espécies de atos abusivos elencados pela doutrina.

2.4.2.1. *Venire contra factum proprium*

O mais conhecido deles é o chamado *venire contra factum proprium* (proibição do comportamento contraditório). O *venire* se insere na “teoria dos atos próprios”, segundo a qual a ninguém é dado retornar sobre os próprios passos, depois de criar, com sua

conduta inequívoca anterior, expectativa segura quanto ao futuro, quebrando princípios de lealdade e de confiança. Assim, é abusivo contradizer seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma legítima expectativa. Cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo (*venire*).

O interessante é que, no *venire*, cada um dos comportamentos, individualmente considerado, mostra-se válido, mesmo porque, não sendo assim, não estaríamos no campo do *venire contra factum proprium*, mas no puro e simples campo da ilegalidade (ato ilícito subjetivo). O ilícito, portanto, não é a atitude isolada de qualquer dos dois comportamentos, mas a conduta considerada de modo global, ou seja, a conduta considerada no conjunto dos dois comportamentos. Quando a conduta, a teor do art. 187 do CC, *excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*, comete o que chamamos de ato ilícito objetivo.

Hipótese que ilustra bem o *venire* na jurisprudência é o famoso “caso dos tomates”, ocorrido no Rio Grande do Sul.

A fábrica de extrato de tomates Cica, procurando incentivar o plantio de tomate na região, forneceu aos produtores rurais sementes para, posteriormente, adquirir a safra para industrialização. Porém, em determinado ano, depois de ter distribuído as sementes, como vinha fazendo em diversos anos, após a colheita da safra, a fábrica, atendendo aos seus exclusivos interesses, simplesmente recusou-se a comprar a produção dos agricultores, alegando que havia sido detectada uma redução no consumo.

Nesse sentido, percebe-se que o primeiro comportamento – a distribuição das sementes – (o *factum proprium*), foi contrariado pelo segundo – a recusa quanto à compra da safra – (o *venire*), sendo certo que a partir da primeira conduta e levando-se em consideração o histórico dos negócios jurídicos celebrados entre as partes nos anos anteriores, os agricultores confiaram, justificadamente, que toda a produção seria adquirida pela fábrica, e essa confiança foi quebrada, não tendo a quem vender todo o tomate colhido.

Assim, diante de tal situação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou a fábrica Cica a indenizar os danos sofridos pelos agricultores em razão da ofensa à boa-fé objetiva, mais especificamente, pela quebra da confiança gerada na relação.²³²⁴

²³ A ementa do julgado ficou assim: “CONTRATO. TRATATIVAS.” *CULPA IN CONTRAHENDO*. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTÍCIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO A METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGÊNERE, AS INSTÂNCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO.” (Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991)

²⁴ O STJ já aplicou a teoria do “*venire contra factum proprium*”: “Parte que autoriza a juntada, pela parte contrária, de documento contendo informações pessoais suas, não pode depois ingressar com ação pedindo indenização, alegando violação do direito à privacidade pelo fato da juntada do documento. Doutrina dos atos próprios” (STJ, REsp. 605687/AM, Rel. Mina. Nancy Andrighi, DJ 20/06/2005). “A seguradora que aceita o contrato e recebe durante anos as contribuições da beneficiária do seguro em grupo não pode

2.4.2.2. *Supressio/surrectio*

Outro tipo de ato abusivo é a *supressio* (*Verwirkung*) e a *surrectio* (*Erwirkung*). Pela *supressio*, constata-se que o não exercício de um direito durante longo tempo poderá significar a extinção desse direito, quando contrariar o princípio da boa-fé. O não exercício de um direito pelo decurso do tempo pode gerar a expectativa na outra parte de que o direito não mais será exercido. Deste modo, caso venha a ser exercido, mesmo posteriormente, será considerado abusivo e, portanto, ilícito, já que frustrou a confiança gerada na outra parte de que não seria mais exercido.²⁵

A configuração da *supressio* não depende da análise de dolo ou má-fé do titular do direito, pois o objetivo primordial do instituto não é punir a inércia do sujeito, mas sim proteger a outra parte, em virtude da boa-fé objetiva, pela confiança criada na relação.

Importante frisar que para caracterizar a *supressio* não é suficiente o simples retardamento no exercício do direito. Além disso, é indispensável que em virtude do retardamento tenha surgido na outra parte a confiança, em termos objetivos, de que não mais haveria o seu exercício. É fundamental que o lapso temporal venha acompanhado de outras circunstâncias objetivas capazes de fazer surgir a confiança (de que não mais seria exercido), de modo tal que o exercício posterior e súbito do direito venha a contrariar a boa-fé.

Assim, são três os requisitos necessários para a caracterização da *supressio*: a) a omissão no exercício do direito; b) o transcurso de um determinado período, geralmente variável, e c) indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido.

Percebe-se que a *supressio* guarda semelhanças com outros institutos que relacionam os efeitos do tempo sobre os direitos, como a prescrição e a decadência. Todavia, tratam-se de institutos diferentes, pois, enquanto na prescrição e decadência basta o mero transcurso do tempo previsto na lei e a inatividade do titular, sendo despidendo a análise de outras circunstâncias; a *supressio* demanda a análise da confiança despertada na outra parte de que o direito não mais seria exercido, não bastando um determinado período de tempo. Assim, é justamente a presença das circunstâncias objetivas da *supressio* que a distinguem da prescrição e da decadência.

Além disso, no caso da prescrição e da decadência, a lei fixa o momento exato da ocorrência. No caso da *supressio*, ao contrário, não há como prever o tempo necessário para se caracterizar a inadmissibilidade do exercício do direito pelo titular, uma vez que tal lapso temporal apenas poderá ser aferido em virtude das circunstâncias (objetivas) do caso concreto.

recusar o pagamento da indenização, quando comprovada a invalidez, sob a alegação de que a tenossinovite já se manifestara anteriormente.” (STJ, REsp. 258805/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13/08/2001).

²⁵A origem da *supressio* é jurisprudencial. Decorre de julgados dos tribunais alemães logo após o término da Primeira Guerra Mundial. Como se sabe, a guerra resultou em inflação elevadíssima na Alemanha. Dessa forma, quando o credor retardava por algum tempo a exigência do pagamento, isso fazia com que a quantia devida, tendo em vista a enorme inflação, fosse corrigida para valores elevadíssimos, impossibilitando que o devedor cumprisse com a obrigação. Assim, passaram os tribunais a entender que a demora no exercício do direito era causadora de inaceitável desequilíbrio entre as prestações, contrariando a boa-fé, podendo levar à perda da possibilidade de exercício tardio do direito.

Exemplificando, quando o fornecedor aceita que o pagamento do financiamento concedido ao consumidor seja efetuado em lugar diferente do previsto no contrato, por um longo período, gerará a confiança no consumidor de que o fornecedor não exercitará mais seu direito contratual (exigir que o pagamento seja efetuado no local previsto no contrato), ocorrendo, assim, a supressão do direito do fornecedor, nascendo um novo direito para o consumidor (efetuar o pagamento no local habitualmente feito).²⁶ O nascimento desse novo direito (em razão da inércia do titular) decorre da *surrectio*. Através da *surrectio*, a prática reiterada de certos atos pode gerar no beneficiário a expectativa de continuidade. Conforme se depreende, *supressio* e *surrectio* são dois lados de uma mesma moeda. Enquanto na *supressio* ocorre a supressão do direito em razão da inércia de seu titular; a *surrectio* gera a aquisição do direito subjetivo em razão de um comportamento continuado.²⁷

No Direito do Trabalho, embora não mencione expressamente, a jurisprudência tem-se valido da utilização da *supressio* através do chamado “perdão-tácito”. Acontece quando o empregador, tendo conhecimento de que o empregado praticou falta grave suficiente para acarretar a resolução do contrato de trabalho por justa causa, deixa passar certo tempo sem exercer seu direito de romper o contrato unilateralmente. Assim, depois desse prazo, caso resolva exercer tal direito, não poderá fazê-lo, por ter se caracterizado a ocorrência da *supressio* (“perdão tácito”).²⁸

2.4.2.3. Inadimplemento substancial

Também como exercício abusivo do direito é vista a figura do adimplemento substancial do contrato. A teoria do adimplemento substancial dos contratos foi construída no direito inglês, onde é conhecida sob o nome de teoria da *substantial performance*. Traduz-se na possibilidade de rejeição judicial da resolução do acordo contratual quando o inadimplemento tem significância diminuta relativamente às parcelas contratuais regularmente cumpridas no âmbito global do contrato.²⁹

²⁶ De modo semelhante, dispõe o art. 330 do CC: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.”

²⁷ O STJ já teve oportunidade de reconhecer a aplicação da *supressio* através do voto do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar: “Tenho como admissível a teoria da *supressio*, segundo a qual o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito, pode levar a que se reconheça a extinção desse direito, com base na boa-fé objetiva.” (STJ, REsp. 207509/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18/08/2003).

²⁸ Nesse sentido: “JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA. A não observância ao princípio da imediatidade na aplicação da penalidade máxima, ante a ocorrência de falta reputada grave pelo empregador, atrai a presunção de perdão tácito. A questão não se caracteriza apenas pelo transcurso do tempo, mas também por qualquer medida adotada pelo empregador reveladora da inequívoca intenção de manter o empregado em seus quadros. “ (TRT 2a Região (SP), 4a T., Acórdão no 20050455057, unânime. Rel. Juiz Paulo Augusto Câmara. DOE EP 22/07/2005). Conforme se extrai do julgamento, foram verificados os três requisitos da *supressio*: 1) a omissão do exercício do direito quando o empregador não resolveu o contrato diante da falta grave do empregado; 2) a omissão se concretizou através de um lapso de tempo; 3) as circunstâncias objetivas protegidas pela boa-fé, configuradas na expressão: “por qualquer medida adotada pelo empregador reveladora da inequívoca intenção de manter o empregado em seus quadros”.

²⁹ Nesse sentido, julgado do STJ: “O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e

2.4.2.4. *Tu quoque*

Por fim, temos a figura do *tu quoque*. A expressão ficou conhecida pela frase de Júlio César ao perceber que seu filho adotivo Brutus estava entre os que atentavam contra sua vida no ano 44 a.C.: “*Tu quoque, Brute, tu quoque fili mi?*” (Até tu, Brutus, até tu, filho meu). Assim o *tu quoque* é a ideia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las. Por isso é que a expressão *tu quoque* significa literalmente “*até tu*”, indicando o sentimento de surpresa pelo fato de alguém tentar se beneficiar de sua própria irregularidade no agir.

Um exemplo é a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) que está previsto no art. 476 do Código Civil. Se uma parte não executou a sua prestação no contrato sinalagmático, não poderá exigir da outra parte a contraprestação. Assim, não poderá invocar a regra que descumpriu em seu benefício.

Outro exemplo que tem ocorrido com frequência no campo tributário diz respeito às restituições de tributos cobrados indevidamente ou em quantia maior do que o devido. A Fazenda Pública utiliza a taxa Selic para a atualização dos tributos devidos pelo contribuinte. No entanto, quando o contribuinte requer a repetição, em relação a tributo que tenha sido indevidamente cobrado, a Fazenda Pública sustenta a inaplicabilidade da taxa Selic, pretendendo fazer a devolução corrigida por outros índices de atualização, que são menores do que os da Selic. Nesse sentido, caracterizado está o *tu quoque*, uma vez que: como pode a Fazenda Pública exigir uma taxa de atualização na cobrança e aplicar outra quando da restituição?³⁰

2.4.3. Função integradora (deveres anexos, laterais ou de consideração)

A função integrativa da boa-fé insere novos deveres para as partes, pois além da verificação da obrigação principal, surgem novas condutas a serem também observadas. Na relação obrigacional complexa avultam os “deveres principais ou primários da prestação”. Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos *deveres de conduta*³¹, também conhecidos como de *deveres de consideração, deveres anexos, instrumentais, laterais, acessórios, de proteção e de tutela, deveres avoluntaristas, danos de acompanhamento*.

A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual.³² A violação desses deveres anexos ou laterais é chamada pela doutrina de “violação positiva

apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse.” (STJ, REsp. 272739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 02/ 04/2001).

³⁰ O STJ, mesmo não se valendo expressamente do *tu quoque*, tem repelido os argumentos da Fazenda Pública, aplicando a taxa Selic quando da restituição de tributos: “Na repetição de indébito tributário, incide a Taxa Selic a partir do recolhimento indevido ou, se este for anterior à Lei nº 9.250/1995, a partir de 1º/01/1996. Precedentes. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com nenhum outro índice de atualização” (STJ, REsp. 975408/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ 04/10/2007).

³¹ Expressão pioneira de Karl Larenz.

³² Nesse sentido, o STJ: “o princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação

do contrato” ou também de “adimplemento ruim”.³³ Nas palavras do Professor Rogério Doninni, “os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de não cumprimento de prestações secundárias e de infração dos deveres acessórios ou anexos de conduta fazem parte das hipóteses da violação positiva do contrato. Há, pois, evidente relação entre deveres acessórios e violação positiva do contrato, na medida em que aqueles integram um dos tipos de configuração dessa tese doutrinária.”³⁴

Os deveres laterais não são taxativos. O seu conteúdo é diverso, podendo se referir-se a deveres de informação, conselho, cooperação, de segredo, não concorrência, de lealdade, etc., devendo ser avaliado contextualmente. É nesse sentido a explanação do professor lusitano Carlos Alberto da Motta Pinto quando aponta que “contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leigo na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar.”³⁵

Para fins de breve exposição, recorremos a tripartição entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, conforme adotado por Menezes Cordeiro.³⁶

2.4.3.1.1. Deveres de proteção

Os deveres de proteção foram sugeridos por Heinrich Stoll, como forma de contraposição aos demais deveres de conduta.³⁷ O dever anexo de proteção (ou de cuidado) impõe uma conduta no sentido de preservar a integridade pessoal e patrimonial da outra parte contratante que, quando violados, geram danos materiais e morais.

Manuel A. Carneiro da Frada, com base em Stoll, assevera que os deveres de proteção prosseguem em uma só direção, necessariamente negativa, qual seja, a preservação de danos que resultam ou possam resultar na pessoa ou patrimônio daqueles que estejam envolvidos em uma dada relação.³⁸

Nesse sentido, como exemplo, não pode a parte oferecer estacionamento gratuito aos seus clientes, como meio de atraí-los em razão da comodidade e segurança, e não querer arcar com os danos porventura ocasionados ao veículo. A súmula nº 130 do STJ vem abraçar esta ideia, dispondo que “*a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano*

contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa.”(STJ, REsp. 595631/SC; Rel. Nancy Andrighi, DJ 02/08/2004).

³³ A primeira abordagem do tema da violação positiva do contrato deve-se a Hermann Staub que, em 1902, publicou artigo intitulado “Die positive Vertragsverletzungen”. Neste trabalho, Staub tentou encontrar a fundamentação para “os incontáveis casos nos quais alguém descumpra uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa”, e que, sendo assim, fogem aos quadros da mora ou da impossibilidade. Tais casos foram designados pelo jurista como *quebras positivas do contrato*. In FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pg. 13.

³⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós-Contratual, no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011. pg. 85.

³⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. Coimbra: Almedina, 1982, pg.261.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p.604.

³⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p.41.

³⁸ *Ibidem*, p.80

ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento.” Assim, o fornecedor, quando disponibiliza estacionamento para os veículos dos clientes, assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário.

2.4.3.1.2. Deveres de esclarecimento (informação)

O dever de informação (também chamado dever de esclarecimento) instrumentaliza a relação obrigacional desde a sua origem até o seu encerramento, envolvendo a fase das meras tratativas (conversações preliminares), sobrevivendo até a fase pós-contratual.

Este dever anexo nasce de uma necessidade real: “há um déficit de informações – uma pessoa possui informações e a outra necessita.”³⁹

Nas relações de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor, o princípio ganha destaque, devendo o fornecedor dar a máxima informação possível sobre os dados e riscos do produto ou serviço. A relação contratual deve se mostrar clara para as partes, significando descrição e informação correta sobre o produto ou o serviço a ser prestado.⁴⁰ Este princípio se mostra de imensa importância, principalmente na fase pré-contratual, na qual o fornecedor usa de todos os meios para estimular o consumidor a aderir aos serviços e produtos oferecidos. Assim, o princípio da informação, reflexo do princípio da transparência, acarreta o dever para o fornecedor de esclarecer ao consumidor sobre todos os elementos do produto ou serviço, assim como, também, de esclarecer sobre o conteúdo do contrato que será estipulado, sob pena de ser passível de responder pela falha na informação.⁴¹

³⁹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.108-109.

⁴⁰ Caso interessante ocorreu em relação às compras de TVs de plasma no ano de 2006, motivadas pela copa do mundo de futebol. Quando chegavam em casa e instalavam os televisores, percebiam que, em caso de sinal de TVs por assinatura, havia formação de tarjas pretas grandes nas letras da tela manchando o plasma e causando o chamado efeito ‘burn-in’. No primeiro momento, os consumidores pensavam que os televisores apresentavam algum tipo de defeito. Entretanto, quando retornavam à loja para efetuarem a reclamação, eram surpreendidos com a informação de que a imagem nas TVs de plasma é prejudicada quando o sinal é analógico, e que a imagem somente ficaria perfeita quando o sistema adotado fosse o digital. Importante ressaltar que, quando os consumidores iam às lojas de eletrodomésticos para adquirir a TV de plasma, assistiam a vídeos em DVD. E o “problema” não acontecia em relação ao DVD, uma vez que não necessitava de recepção de sinal. Nesse caso, houve ofensa à boa-fé objetiva, em razão da violação do dever de informação, frustrando a confiança do consumidor. Poderia e deveria o fornecedor informar previamente o consumidor sobre a situação, de modo a que realizasse uma compra consciente. Mas, ao contrário, além de não informar, ainda iludia o consumidor, passando imagens de DVD, criando a expectativa legítima de que assistiria os canais a cabo ou aberto com a mesma qualidade assistida na loja.

⁴¹ Com base no princípio da informação, verifica-se na seara médica o princípio do consentimento esclarecido. Tendo em vista esse princípio, deverá haver diálogo entre paciente e médico, em que ambas as partes trocam perguntas e informações, culminando com o acordo expresso do paciente (em documento firmado) para uma intervenção cirúrgica ou para um determinado tratamento. Por força do Código de Ética Médica e do Código do Consumidor, deve o paciente ser clara e ostensivamente informado de todos os procedimentos que irá suportar e as possíveis consequências. Portanto, ao bem informar seu paciente, o médico estará agindo de maneira ética e juridicamente correta. Para o STJ, “age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva, o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.” (STJ, REsp. 1180815 / MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26/08/2010)

Sobre o dever de informação, Nelson Rosenvald adverte que o mesmo repercute de maneira diferente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.⁴² Isso porque, sendo o CDC o código dos desiguais, a proteção do consumidor no tocante à assimetria de informações, está prevista no próprio CDC em vários momentos. Assim, o dever de informação nas relações consumeristas integra o próprio contrato, gerando obrigações primárias ao fornecedor (v.g. art. 30 do CDC). O dever de informar nas relações de consumo provém da própria lei, sendo despicando falar em dever anexo. O dever de informar torna-se, nestas situações, principal.

2.4.3.1.3. Deveres de lealdade (cooperação recíproca)

As partes deverão, também, cooperar entre si para que possam alcançar as suas expectativas contratuais (dever anexo de cooperação). Desse modo, a cooperação propicia maior chance de conclusão ou de adimplemento contratual.

A respeito da cooperação recíproca, Judith Martins-Costa afirma que as partes de uma dada relação obrigacional não podem ser vistas como entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas,⁴³ mas como partes que atuam em intensa colaboração intersubjetiva.

Ao versar sobre o dever de cooperação e lealdade, a doutrina moderna, inspirada no dogma da eticidade que deve reinar nas relações jurídicas, acentua a existência do dever anexo de o credor mitigar as próprias perdas em virtude do inadimplemento do devedor. É o chamado *duty to mitigate the loss* em matéria contratual.⁴⁴ Foi disposto no Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. É inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias que dispõe: “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das

⁴² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.100.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.393-396.

⁴⁴ O STJ reconheceu recentemente a aplicação do *duty to mitigate the loss*: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento)” (STJ, REsp 758518 / PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 28/06/2010)

perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.”

A autora da proposta do Enunciado nº 169 da CJF, a Prof^a. Vera Jacob Fradera, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, explica como poderia ser recepcionado o *duty to mitigate the loss* no ordenamento jurídico brasileiro. Para a professora, no sistema do Código Civil de 2002, de acordo com o disposto no seu art. 422, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois o legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código Civil, adota uma concepção cooperativa de contrato.

Assim, o *duty to mitigate the loss* consiste na obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor. O credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor quando na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja às menores proporções possíveis.

Se a parte em posição de vantagem negligencia em tomar as providências que possibilita mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

Tal dever anexo poderá ser vislumbrado, especialmente nas relações de consumo, nos contratos bancários em que há descumprimento. Flávio Tartuce expõe com clareza, sobre o enfoque do *duty to mitigate the loss*, que “não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.”⁴⁵

No mesmo sentido, entendemos que, diante da boa-fé objetiva, não pode a instituição bancária permanecer inerte quando o consumidor não encerra a conta corrente e dele é cobrada uma quantia mensal para manutenção da conta. Muitas vezes, o Banco permanece inerte, esperando alcançar um montante razoável para executar o consumidor, quando poderia notificá-lo para providenciar o encerramento.

No tocante à boa-fé objetiva, especialmente no dever anexo de cooperação, importante mencionarmos também os chamados *contratos relacionais*.⁴⁶ Através destes tipos de contratos, criam-se relações jurídicas complexas de longa duração, nas quais o consumidor se vê dependente de sua manutenção. Podem ser citados como exemplos os contratos de plano de saúde, de seguros, de previdência privada, entre outros.

Segundo aponta a Min. Nancy Andrighi, “nesses contratos, para além das cláusulas e disposições expressamente convencionadas pelas partes e introduzidas no instrumento contratual, também é fundamental reconhecer a existência de *deveres anexos*, que não se encontram expressamente previstos mas que igualmente vinculam as

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc.

⁴⁶ Cláudia Lima Marques prefere denominar esta nova relação contratual de *contratos cativos de longa duração*, isto porque se trata de “uma séria de relações contratuais, que utilizam os métodos de contratação em massa, visando a fornecer serviços essenciais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, formada por uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica fundamental: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos consumidores”. (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o regime das relações contratuais”, 3ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 68-80)

partes e devem ser observados. Trata-se da necessidade de observância dos postulados da *cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança*, que deve estar presente, não apenas durante período de desenvolvimento da relação contratual, mas também na fase pré-contratual e após a rescisão da avença.⁴⁷

Assim, a proteção especial que deve ser conferida aos contratos relacionais, sobretudo com base na boa-fé objetiva, nasce da ideia de que, ao longo dos anos de duração da relação contratual, eles vinculam o consumidor de tal forma que torna-se cliente cativo do fornecedor e dependente da manutenção da relação contratual.⁴⁸

⁴⁷Voto proferido no REsp 1073595/MG, Segunda Seção, julgado em 23/03/2011, DJe 29/04/2011.

⁴⁸Significativo é o entendimento do STJ sobre os contratos de seguro de vida. Como se tratam de contratos relacionais, de longa duração, ofende a boa-fé objetiva o aumento abrupto das mensalidades. “No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. 2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. 3. Constatado prejuízo pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados. 4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, Resp 1073595/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 29/04/2011)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto do código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Direito romano*. v.I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002*. Revista Trimestral de Direito Civil, v.28 (out./dez. 2006). Rio de Janeiro: Padma, 2002, p.77-92.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquilina do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. Revista dos Tribunais, Ano 87, n.750, abr.1998, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. v.I. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio Estácio de Sá, 1940.

_____; NALIN, Paulo. *O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito*. In: WAMBIER, Teresa e NERY JR., Nelson (Coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnações de decisões judiciais. v.07. São Paulo: RT, 2003, p.53-109.

CARPENA, Heloísa. *O abuso de direito no Código Civil de 2002 (art. 187)*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na Perspectiva civilconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso de direito*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

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

_____. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso de direito*. Lisboa: Almedina, 1997.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade Pós-Contratual, no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental*. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 9.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

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

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. Tomo II. Trad. (espanhola) Jaime Santos Briz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1959.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Deveres gerais de conduta nas obrigações civis*. In: Novo código civil. Questões controvertidas. Série Grandes Temas de Direito Privado. v.4. São Paulo: Método, 2005.

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

_____. *Mercado e solidariedade social. Entre cosmos e taxis. A boa-fé nas relações de consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). Reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. Coimbra: Almedina, 1982.

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

- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Trad. Maria Cristina Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil. Situação após a aprovação pelo senado federal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushastsky, 1976.
- TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_duty.doc.
- TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. In: *A parte geral do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.