

Jorge Cesa Ferreira da Silva

*Mestre em Direito Civil pela UFRGS,
Professor da Pontifícia Universidade Católica-RS,
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS,
Escola Superior do Ministério Público-RJ e Escola Superior da
Magistratura – AURIS, Procurador-geral Adjunto do
Município de Porto Alegre*

A BOA-FÉ E A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife
2ª tiragem – junho de 2007

todo. Ao lado dessas normas, que podem ser chamadas de regras [rules], o direito congrega pautas que não são jurídicas por se terem originado conforme um padrão pré-fixado de competência (vontade do príncipe, processo legislativo, determinação popular etc.), mas pelo fato de os funcionários deverem, ao decidir sobre um caso, necessariamente levá-los em conta.⁷¹ Essas pautas são os princípios, definidos por DWORKIN como “um standard que deve ser observado não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”.⁷²

Mas não só a origem identifica os princípios. Além dela, ambos também se diferenciam pela *forma*, pela *lógica* com que operam e pelo *conteúdo*.⁷³ No que toca à *forma*, DWORKIN aponta que as regras são precisas e específicas, ao passo que os princípios são vagos e genéricos. Relativamente à *lógica* com que operam, afirma que os princípios, ao contrário das regras, são aplicados conforme o seu peso específico ou relevância para o caso concreto. Já no que toca ao *conteúdo*, indica o autor que os

71. Cf. Talking rights seriously. 6. ed. Cambridge : Harvard University Press, 1997, p. 26.

72. “I call a ‘principle’ a standard that is to observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” Cf. Talking rights, cit., p. 22.

73. A síntese destes pontos de distinção é baseada em Claudio LUZZATI, La vaghezza delle norme: un’analisi del linguaggio giuridico. Milano : Giuffrè, 1990, p. 196-197.

princípios não exprimem um preceito jurídico de exata aplicação, mas fins ou valores a serem sopesados pelo julgador.

Em face disso, demonstrou ROBERT ALEXY, com extrema precisão, que, para a compreensão dos princípios (em DWORKIN), deve-se fixar a atenção na semelhança que eles possuem com aquilo que se costuma denominar de “*valor* (moral)”. Princípios e valores seriam a mesma realidade, considerada ora no seu aspecto *deontológico* (os princípios) ora no *axiológico* (os valores).⁷⁴

A concretização dos princípios no caso, portanto, passa por tornar juridicamente *devido* aquilo que, em outras instâncias, seria considerado bom, justo ou correto. *Em uma palavra, os princípios, nesta concepção, são pautas de dever-ser (normas) fundadas em valores morais não necessariamente positivados conforme os padrões corriqueiros de produção de normas gerais.*

Esta característica pode ser bem verificada no princípio da boa-fé.

b) O princípio da boa-fé como fundamentador de deveres jurídicos e um dos seus principais elementos materiais: a confiança

Como não poderia deixar de ser, todo o histórico vincenciado pela concepção geral de princípio jurídico se aplica ao princípio da boa-fé. Referido no *Code Napoléon*, citado pelo Código Comercial de 1850, somente no século

74. Cf. Sistema jurídico, princípio jurídico y razón práctica. Doxa, v. 5, 1988. p. 145.

XX ele ganhou atribuição normativa própria, deixando de ser mero instrumento retórico ou complemento de outras disposições. Para tanto contribuíram especialmente os desenvolvimentos interpretativos realizados acerca do BGB, sobretudo em decorrência do seu § 242.⁷⁵

Esses desenvolvimentos, porém, não se fizeram logo em seguida à entrada em vigor do código. Ao contrário, o § 242 não foi, de pronto, alvo da atenção dos juristas alemães. Tendo sido concebido pelos redatores do BGB como mero reforço ao § 157, relativo à interpretação do contrato segundo a boa-fé, foi assim recebido pelos operadores jurídicos.⁷⁶ Fugia aos redatores do código qualquer intenção de atribuir ao juiz alemão a função de criador do

75. A Alemanha foi, indubitavelmente, a grande precursora dos mais profundos estudos acerca da boa-fé como verdadeira norma jurídica. Seguiram-na as doutrinas italiana e portuguesa, especialmente em decorrência da conformação do direito das obrigações, orientada pelos novos códigos civis daqueles países, respectivamente de 1942 e 1966. Na França, o grau de refinamento doutrinário não chegou a atingir níveis de distinção dos vários focos de incidência do princípio, sendo a boa-fé apresentada de forma mais vaga, em sede de explicitação dos valores integrantes do sistema. Não obstante, o conteúdo normativo da boa-fé, referido pelas doutrinas alemã, italiana ou portuguesa, pode ser perfeitamente encontrado nos estudos de direito francês, porém, de forma dispersa. Cf., exemplificativamente, Jacques GHESTIN, *Traité de Droit civil: les obligations; le contrat; formation*. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1988, p. 34-35.

76. “§ 157 — *Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben* — *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*” [“Interpretação dos contratos segundo a boa-fé — Os contratos devem ser interpretados como exige a boa-fé, tendo consideração aos usos do tráfico.”]

direito, concretizando nos casos o princípio da boa-fé. Não obstante, o § 242 foi alçado, em seguida, ao posto de um dos dispositivos mais importantes e centrais do direito das obrigações.⁷⁷

Percebida como elemento mitigador de rigorismos e capacitada a desenvolver e impor uma série de deveres jurídicos de conduta, a doutrina e, sobretudo, a jurisprudência passaram a se utilizar da boa-fé como verdadeiro *topos* fundamentador de opiniões (doutrinárias) e decisões (jurisprudenciais).⁷⁸ O trabalho foi, efetivamente, de am-

77. Cf. Clóvis do COUTO E SILVA, O princípio da boa fé, cit., p. 46-57.

78. É importante perceber que o princípio jurídico da boa-fé distingue-se de outras figuras próximas e que podem igualmente apresentar-se como mitigadores de rigores formais. É o caso, dentre outros, dos *bons costumes*, da *equidade* e da *hermenêutica integradora do negócio jurídico*. Os *bons costumes* delimitam, exteriormente à relação, o campo da autonomia privada, restringindo a permissão de produção e fixação de efeitos jurídicos, mas não prescrevem o efeito ou conduta a ser seguida. A boa-fé, por sua vez, prescreve uma forma de atuação das partes, determinando, por si, efeitos e indicando condutas. Em resumo, os bons costumes afastam efeitos; a boa-fé os cria. No que toca à *equidade*, importa perceber que esta é sempre voltada para o particular, o específico caso concreto, afastando-se portanto, de preocupações generalizantes. A equidade, assim, não tem conteúdo prescriptivo. Nisso distingue-se da boa-fé, que, dotada de tal conteúdo, generaliza-se, alargando para outros casos os deveres “descobertos” sobre o seu manto semântico. Já da *hermenêutica integradora*, a boa-fé muitas vezes é dificilmente distinguível. Contudo, é fundamental ter-se em mente que a boa-fé, como determinante de um padrão de conduta, impõe deveres independentemente da vontade das partes, limitando, desta forma, a abrangência da autonomia privada. As normas decorrentes da boa-fé,

bas as partes. A jurisprudência passou, topicamente, a cobrar dos envolvidos em relações negociais a conduta conforme a boa-fé e, com isso, a declarar a existência de uma série de deveres a serem seguidos. Ante a reiteração dos julgados, coube à doutrina ressystematizar o material produzido, aclarando o conteúdo positivo da noção de boa-fé e integrando esse material entre as normas (já postas) do sistema.⁷⁹

À boa-fé foi então conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na idéia de *confiança*, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte ao ponto de gerar, nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações.⁸⁰

portanto, integram o negócio, mesmo que não expressamente. Por sua vez, a hermenêutica integradora se refere à explicitação da vontade das partes quando da constituição do negócio, restringindo-se aos limites da autonomia privada. Consultar, sobre essas distinções, Massimo BIANCA. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. *RDC*, 1983, parte prima. p. 207-211; Clóvis do COUTO E SILVA, Obrigação, cit., p. 32 ss.; Antônio MENEZES CORDEIRO, Da boa-fé, cit., p. 1225 ss..

79. Todo esse processo é minuciosa e conclusivamente analisado, desde suas profundas raízes históricas, por Judith MARTINS-COSTA, Sistema e cláusula geral, cit.

80. Trata-se da responsabilidade pré-contratual, ou *culpa in contrahendo*, “descoberta” jurídica de Jhering e, posteriormente, agregada à boa-fé.

Também foi compreendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado.⁸¹ No mesmo sentido foi entendida a atuação daquele que revela, para o novo contratante, segredos ou processos do antigo.⁸²

Como se percebe, todas essas condutas, contrárias à boa-fé, são diretamente contrárias à noção de *confiança*.

Sociologicamente, a confiança pode ser compreendida como um dos principais fatores de diminuição da complexidade social. A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A confiança, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro.⁸³ Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia — mais do que espera — que não acontecerá.⁸⁴

81. Trata-se da proibição de *venire contra factum proprium*, ou seja, a impossibilidade de alguém ir contra a sua própria conduta anterior. Esta eficácia pode ser subdividida em *suppressio* e *surrectio*. Na *suppressio* — chamada na Alemanha de *Verwirkung* — há a supressão de um direito subjetivo em face da conduta; na *surrectio*, há o nascimento. Cf. Franz WIEACKER, El principio, cit., p. 60-63.

82. Trata-se da responsabilidade pós-contratual, ou *culpa post pactum finitum*.

83. Cf. Antônio MENEZES CORDEIRO, Da boa-fé, cit., p. 1242, que se baseia nas idéias de Niklas Luhmann.

84. Cf. também sobre as relações entre a confiança e o direito, do ponto de vista sociológico, Tércio Sampaio FERRAZ JR., Apresenta-

Com efeito, essa noção de **confiança** é especialmente **protegida pelo direito**, dando mostras de sua compreensão como um **verdadeiro valor jurídico**. Vários exemplos o comprovam. No plano do (chamado) direito privado, talvez nenhum deles seja melhor do que o da disputa, ocorrida no século XIX, entre aqueles que defendiam a chamada “Teoria da Declaração” [*Erklärungstheorie*] em contraposição à “Teoria da Vontade” [*Willenstheorie*], para justificar a criação de obrigações e o nascimento de vínculos. Os adeptos da Teoria da Vontade (Savigny, Thibeaupuchta, Windscheid) advogavam que, viciada a vontade interna, viciado estaria todo o ato, aí incluindo-se, em alguns casos, a reserva mental. Contra ela manifestaram-se os adeptos da Teoria da Declaração, preocupados, sobretudo, com a segurança das relações jurídicas (Brinz, Lotmar, Hartmann, Kohler, Bülow). Segundo seus defensores, o momento de atuação da vontade, no negócio jurídico, deve ser deslocado. Para o Direito não poderia interessar a vontade interna (a vontade do efeito), mas sim a vontade externada, a vontade de declaração.⁸⁵ O resultado

tação. In: Niklas Luhman, *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 1 ss..

85. Cf. sobre a disputa, A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle*. Archives, 1957, p. 127 ss. e Clóvis do COUTO E SILVA, *Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição*. Revista do Grêmio Literário Tobias Barreto, 1954, p. 29-30. É importante perceber que um dos elementos que vinculam a *Erklärungstheorie* à confiança, elemento não devidamente lembrado, encontra-se na tradução do substantivo alemão “Erklärung” que, além da idéia de “declaração”, também porta em si as noções de esclarecimento, tornar as coisas claras, aclarar [Er+klären]. A declaração, neste

do debate pôde ser observado nas codificações que se seguiram. Apesar de não proclamar um grupo vencedor, o BGB dá grande prevalência à declaração, mesmo que contemplando o erro como hipótese de invalidade do negócio. Assim também o Código brasileiro de 1916.⁸⁶ Ou seja, dá-se maior prevalência à segurança do tráfico, protegendo-se a confiança das partes.

No mesmo sentido, encontra-se o nascimento de vários efeitos às situações em que há somente a *aparência* de uma certa legitimidade jurídica. É o caso dos efeitos atribuídos ao casamento putativo ou da extinção do vínculo obrigacional pelo pagamento a credor putativo, situações em que a *confiança* legitimamente gerada sobrepe-se às regras gerais relativas a cada espécie.

Também no (chamado) direito público encontram-se importantes manifestações da *confiança*, especialmente no que toca à possibilidade de a Administração revogar ou anular os seus atos.

Tem-se como regra geral o dever de a Administração anular seus atos ilegais e a faculdade de revogar aqueles que se mostrem contrários ao interesse público. A aplicação concreta dessa regra geral, contudo, apesar de se assentar em argumento absolutamente legítimo do ponto de vista formal, pode gerar um conjunto de efeitos injustos aos administrados destinatários dos respectivos atos, espe-

sentido, não é aquela desconectada de qualquer pressuposto causal, mas aquela que esclarece.

86. No Projeto, o erro é regulado de maneira mais detalhada, atendendo ainda mais à confiança do sujeito passivo da declaração de vontade. Cf, especialmente os dois primeiros artigos acerca do erro ou ignorância, arts. 138 e 139 do Projeto.

cialmente quando as suas características extrínsecas, aliadas à passagem do tempo, gerarem a *confiança* de regularidade jurídica. O administrado organizaria sua vida — e sua expectativa de futuro — com base na correção de um ato, que, posteriormente, é constatado irregular.

Para garantir as legítimas expectativas dos administrados, fundamentou-se na doutrina administrativa o chamado “princípio da segurança jurídica”⁸⁷, cujo efeito básico é trazer ao sistema jurídico não uma *faculdade* de a administração não rever o ato ilegal quando entender que há prejuízo ao administrado, mas sim o *dever* específico de não rever, assim como a extinção da possibilidade de decretar a anulação do ato ilegal, desde que tenha havido, a conjunção da boa-fé subjetiva do administrado com a tolerância da situação pela administração, por razoável espaço de tempo.⁸⁸

Aplicada sobre a relação obrigacional, portanto, a boa-fé — incluindo-se nela a idéia de confiança — envolve uma eficácia que se inicia com os primeiros contatos negociais entre as partes, passa pelo desenvolvimento do vínculo e sua interpretação e atinge os deveres posteriores à prestação.

87. Como aponta J.J. Gomes CANOTILHO, “o cidadão deve poder confiar em que seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas ou relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”. Op. cit., p. 377.

88. Cf. Almiro do COUTO E SILVA, Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *RDP*, n. 84, p. 61.

Antes do nascimento dos deveres de prestação, a boa-fé atua validando juridicamente relações que, em rigor conceitual, não poderiam ser tidas como juridicamente perfeitas, como é o caso das chamadas relações contratuais de fato ou atos existenciais⁸⁹, assim como justifica a responsabilidade pré-contratual. Ao longo do desenvolvimento do vínculo, a boa-fé atua gerando deveres — os chamados deveres laterais — e moldando o conteúdo normativo do vínculo, com o nascimento e extinção de situações jurídicas subjetivas⁹⁰ conforme o desenrolar fático da relação⁹¹. Por outro lado, a boa-fé atua oferecendo a sustenta-

89. Trata-se de relações decorrentes de práticas comuns e reiteradas, decorrentes da vida em sociedade, vinculando-se às necessidades básicas dos indivíduos, tal como a compra e venda feita por crianças, o transporte em ônibus ou táxis, etc. Formalmente negócios jurídicos, essas relações são melhor compreendidas como atos-fatos, visto que não seria materialmente justificável, em casos como estes, perquirir acerca da validade respectiva. Cf. Clóvis do COUTO E SILVA, A obrigação, cit., p. 91-92.

90. Entendo por *situação jurídica subjetiva*, seguindo Paul ROUBIER, “as situações individuais e concretas segundo as quais podem se encontrar as pessoas uma frente às outras, tendo por base as regras jurídicas.” Cf. *Droit subjectifs et situation juridiques*. Paris : Dalloz, 1963, p. 2. Traduzi.

91. A aplicação da boa-fé durante o desenrolar fático da relação pode fazer com que determinados direitos, deveres, ônus, etc. sejam modificados ou suprimidos em razão das circunstâncias concretas. Assim se processa, exemplificativamente, com a proibição de *venire contra factum proprium*, que bem pode ser visualizada, apesar de não se apresentar expressamente referida, no caso julgado pela 6ª CC do 2º TACivSP, em 14.6.89, relatado pelo juiz Ricardo Dipp e assim ementado: “CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO — *Divida da quesível* — Partes que no contrato pactuaram ser a dívida

ção teleológica para a interpretação do contrato, assim como impõe a qualificação positiva do adimplemento, fazendo-o — sem embargo dos direitos e interesses do devedor — o mais satisfativo possível aos interesses do credor.

Dado o caráter *normativo* do princípio da boa-fé, todos esses efeitos não advêm de outras fontes que não a própria incidência do princípio. Disto se retiram dois resultados concretos, complementares e absolutamente importantes para a atual dogmática obrigacional. O primeiro é o inelutável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade. Os deveres decorrentes da boa-fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participação do conteúdo jurídico da relação, assim como participa desse mesmo conteúdo toda normatividade legal (em sentido estrito) não declarada ou querida pelas partes.

Por outro lado, agregando-se à obrigação esse conjunto de deveres, a própria noção de obrigação deve ser alargada, permitindo-se que se observem as interações existentes entre as várias espécies de direitos, deveres, ônus etc., surgidos do vínculo.

portável — Irrelevância — Senhorio que tinha o costume de procurar o inquilino para receber as prestações — Divida que, portanto, transformou-se de "portable" em "quérable", exigindo-se do devedor apenas a prontidão para pagar, sem que tenha a obrigação de oferecer — Impossibilitação no pagamento caracterizada pela inação do credor — Procedência mantida. Neste caso, a conduta concludente e reiterada do credor promoveu a alteração do conteúdo do vínculo, suprimindo um direito subjetivo seu. Cf. RT, n. 647, set/1989, p. 146.

Assim se justifica o estudo da relação jurídica obrigacional complexa.

B — RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA

A idéia de relação jurídica é, como se sabe, padrão metodológico relativamente recente nos estudos jurídicos.⁹² Oferecido pela *Pandectística oitocentista*, o conceito difundiu-se e sedimentou-se como um dos mais importantes e básicos elementos do método dogmático, sendo atualmente compartilhado pelos seus mais diversos ramos, do direito civil ao processual, do direito administrativo ao trabalhista.⁹³ Desde aquela época, vige a concepção —

92. Foi Savigny quem, no seu *Sistema de direito romano atual*, publicado nos meados do século XIX, ofereceu a conformação do conceito de relação jurídica, permitindo, com isso, que a própria dogmática se desenvolvesse com base em conceitos próprios e autônomos. Cf. Salvatore PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*. In: *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO*, t. XXXVIII, p. 289 ss e Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, cap. VII. O conceito de relação jurídica desenvolveu-se o ponto de tornar-se uma espécie de "universal", lente pela qual todo o direito deve ser observado. Porém, é importante perceber que o conceito de relação jurídica encontra *status* de conceito fundamental na análise dogmática do direito. Em sede de filosofia jurídica, como bem demonstrou Kelsen, o conceito pode ser suprimido, sem que isso redunde na extinção da possibilidade de organização de um sistema teórico de análise.

93. A história do Direito Processual é paradigmática para a demonstração da importância do conceito de relação jurídica para a dogmática moderna. Até meados do séc. XIX, os estudos de direito

Uma série de notas características distinguem entre si essas espécies de deveres. Como se viu, eles decorrem de fontes normativas diversas. Daí sucede que os deveres laterais possam nascer antes dos deveres de prestação (casos de responsabilidade pré-contratual) ou se manifestarem ainda após a solvência destes (casos de responsabilidade pós-contratual), além de se subjetivarem tanto na pessoa do devedor como na do credor. De outra parte,

Hans BROX, op. cit., p. 169; Arndt TEICHMANN, Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben. JA, 1984, p. 545; Peter SCHLECHTRIEM, op. cit., p. 174; PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, cit. p. 331 ss., Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, Obrigações, cit., p. 57 e Carlos Alberto da MOTA PINTO, Cessão, cit., p. 290, exemplificativamente. Dieter MEDICUS, op. cit., ora designa-os como *Nebenpflichten*, p. 218, ora como *Schutz- oder weitere Verhaltenspflichten*, p. 194. Esta última expressão (*weitere Verhaltenspflichten*) é utilizada por Karl LARENZ, Lehrbuch, t. I, cit., p. 10-11, que guarda o termo *Nebenleistungspflichten* para os deveres de prestação que não sejam principais. Segue Larenz, João de Matos ANTUNES VARELA, Obrigações, cit., p. 126. Como já exposto, o estudo desses deveres ganhou decisivo impulso com o trabalho de Heinrich STOLL. Este autor, que utiliza já ao longo do seu texto o termo *Nebenpflichten*, refere-os como *Schutzpflichten*, no que é seguido por Stefan MOTZER, Schutzpflichtverletzung und Leistungsmöglichkeit, JZ, 1983, p. 884 e por Wolfgang THIELE, Leistungsstörung und Schutzpflichten, JZ, 1967, p. 649, que ora os refere como *Schutzpflichten*, ora como *Verhaltenspflichten*. Frequentemente tais deveres são ainda designados como “deveres acessórios”, como em Antônio MENEZES CORDEIRO, Violação, cit., p. 131 ss. Na Itália esses deveres são chamados de *doveri di protezione*, enquanto, na França, de *obligation de sécurité* e de *renseignement*. Adoto neste trabalho a designação “deveres laterais”, tradução direta da expressão alemã, por ser ela a mais utilizada.

esses deveres não se ligam à espécie de obrigação ou ao tipo do contrato, mas sim ao conjunto de circunstâncias concretas da relação, sendo, por isso, mais fortes e intensos em algumas delas, como nas obrigações duradouras, do que em outras.¹²⁵

Compreendê-los, contudo, demanda uma atenção um pouco mais aprofundada e, dada a importância desses deveres para os fins deste trabalho, cabe analisá-los de forma apartada.

C — DEVERES LATERAIS

Os deveres laterais podem ser definidos, a título aproximativo, como “todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, *diretamente*, a realização ou a substituição da prestação”. Tem-se que deveres dessa ordem sempre estiveram presentes, em maior ou menor grau, no conteúdo normativo das relações obrigacionais.¹²⁶ No entanto, somente a partir das primeiras décadas do século XX é que a análise de suas existências se desperta.

Em fins de novembro de 1911, julgou a *Cour de Cassation* caso relativo a contrato de transporte, sustentando que o transportador, além da obrigação principal, também possuía a obrigação acessória contratual de transportar são

125. Para a compreensão da distinção entre os deveres de prestação dos deveres laterais de conduta, cf. Antônio MENEZES CORDEIRO, Violação, cit., p. 131 ss.; Karl LARENZ, Lehrbuch, t. I, cit., p. 11; João de Matos ANTUNES VARELA, Obrigações, cit., p. 130. 126. Cf. Carlos Alberto da MOTA PINTO, Cessão, cit., p. 275.

e salvo [sain et sauf] o cliente até ao seu destino.¹²⁷ Apenas um mês após, do outro lado do Reno, era julgado pelo *Reichsgericht* o famoso caso dos rolos de linóleo, com base na existência de especiais deveres de proteção decorrentes de atividades negociais, mas não diretamente vinculados à prestação contratual.¹²⁸ Com ambos os casos, começou a doutrina a preocupar-se com esses especiais deveres, buscando a melhor forma de fundamentá-los juridicamente.

A doutrina francesa, talvez premida pelos limites do princípio do *non-cumul*, passou a fundar na vontade o nascimento desses deveres.¹²⁹ Em outros países, cujos ordena-

127. O caso é relatado por Francesco BENATTI, Osservazioni in tema di “doveri di protezione”. RTDPCiv, 1960, p. 1346, podendo ser encontrado em Recueil Dalloz, 1913, 1ª parte, p. 249.

128. RG 7, dez./1911, decisão publicada na RGZ 78:239-241 (1912). Uma compradora vai até uma determinada loja e, após efetuar algumas compras e decidir adquirir um tapete de linóleo, é conduzida por um empregado do estabelecimento ao setor específico. Lá, por ato negligente do empregado, sofre, juntamente com uma criança, um acidente com dois rolos de linóleo que se desprendem. O RG decide indenizar a compradora, por entender existente no caso um conjunto de deveres de cuidado, semelhantes às relações contratuais, que teriam sido violados. O caso é relatado por Antônio MENEZES CORDEIRO, boa-fé, cit., p. 547.

129. Sobre os deveres laterais na França, ver Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Fondement et régime de l'obligation de sécurité. Dalloz, 1994, Chronique, p. 81-82; Philippe LE TOURNEAU, De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil. Dalloz, 1987, Chronique, p. 101; Jacques MESTRE, Des limites de l'obligation de renseignement (Jurisprudence française en matière de droit civil). RTDCiv, 1986, p. 339; René SAVATIER, La théorie des obligations. 12. ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 195; Alex WEIL, op. cit., p. 407; Boris STARCK, op. cit., p. 533 ss., com interessantes

mentos não exigiam uma constante preocupação jurisprudencial sobre a classificação contratual ou extracontratual do dano — como parece ter sido o caso italiano —, o desenvolvimento do tema não se realizou em um primeiro momento.¹³⁰ A doutrina alemã, por sua vez, puxada exatamente pela noção nova de pVV, aliada às características próprias do BGB, buscou fundamentações mais abrangentes.¹³¹

referências históricas; MAZEAUD et TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, p. 190 ss.; MAZEAUD, MAZEAUD et MAZEAUD, Leçons, cit., p. 321. Cf. ainda Geneviève VINEY, Traité, cit., p. 216 ss., que, porém, afasta-se da vontade, para vincular o nascimento dos deveres laterais no interesse social da relação contratual. Sublinhando a relação, encontrável na França, entre vontade e deveres laterais, Antônio MENEZES CORDEIRO, Da boa-fé, cit., p. 611, nota 288. No Brasil podem-se identificar autores que, seguramente por influência francesa, se referem aos deveres laterais também vinculando-os à vontade e aos contratos típicos que envolveriam “obrigações acessórias”, cuja espécie mais importante seria os deveres de segurança, “com relação à pessoa ou às coisas.” É o caso de José de AGUIAR DIAS, Da responsabilidade civil, 10 ed., v I, p. 166 ss., ao analisar a responsabilização civil no contrato de transporte. Ante o problema de estabelecer o regime da responsabilidade em tais hipóteses, afirma textualmente: “Do que ficou exposto, resulta que a questão de caracterizar a responsabilidade contratual se resume, em última análise, em problema de interpretação da vontade.” (Op. cit., p. 167, grifo meu.) Por isso, AGUIAR DIAS vincula tais deveres a figuras contratuais, tais como os contratos de transporte, de trabalho, de educação, de diversão pública, de hospedagem, de hospitalização, de compra e venda.

130. Cf. Francesco BENATTI, op. cit., p. 1342.

131. Cf. Pedro Romano MARTINEZ, op. cit., p. 65.

Conforme indica KÖPCKE, uma série de autores passou a abordar o problema, como ZITELMANN, que diferenciou deveres prévios de proteção [*Obhutspflichten*] de deveres laterais autônomos; SIBER, que indicou existirem deveres laterais de conservação e informação; SCHLESINGER, que abordou o tema do inadimplemento considerando os deveres laterais com base na noção de relação obrigacional como organismo e KREß, que teria sido o primeiro a diferenciar claramente os deveres de prestação [*Leistungspflichten*] dos deveres de proteção [*Schutzpflichten*], assim como os interesses correspondentes [*Vertragsinteresse; Erhaltungsinteresse*, respectivamente].¹³² Coube a HEINRICH STOLL, porém, a tarefa de, pela primeira vez, sistematizar e organizar a distinção antes enunciada. A partir dele — pode-se afirmar — a doutrina alemã passa a contar com uma fundamentação própria para os deveres laterais.¹³³

Segundo STOLL, como já se viu, toda relação obrigacional implica uma duplicidade de interesses. Num pri-

132. Cf. Günter KÖPCKE, op. cit., p. 17-20.

133. Esta importância de Stoll é, mesmo fora da Alemanha, amplamente reconhecida pela doutrina, que costuma atribuir-lhe o papel de iniciador da discussão acerca dos deveres laterais. Assim, por exemplo, Francesco BENATTI, op. cit., e LARENZ, para quem “Heinrich Stoll, der zuerst die *Sonderung dieser Pflichten von den Leistungspflichten durchgeführt hat*, ...” Lehrbuch, t. I, cit., p. 10-11. Contudo, o texto de Stoll, publicado em 1936, já dá conta da compreensão que a doutrina então possuía acerca dos deveres laterais (cf., exemplificativamente, p. 263). A grande virtude de STOLL foi, nestes termos, a de sistematizar as noções antes produzidas, desenvolvê-las e orientá-las juntamente com os postulados de sua escola, a Jurisprudência dos Interesses.

meio plano, as partes vinculam-se visando o objeto da prestação, cabendo ao resultado da atuação do devedor atingir o cumprimento. Trata-se, pois, de um interesse positivo: há que se fazer algo para que um determinado resultado *seja atingido*. De fundo, por sua vez, há outro interesse. Toda relação expõe a pessoa ou os bens de uma parte à atividade da outra, que pode, com esta atividade, provocar danos a tais bens ou colocá-los em perigo. Incide então a boa-fé, a regular o comportamento dos sujeitos por meio da criação de uma série de deveres dedicados a evitar situações danosas. Esses deveres, assim, ao contrário dos anteriores, veiculam um interesse negativo: há que se fazer algo (ou que se tomar determinadas medidas) para que um determinado resultado *não seja atingido*. Esses deveres são por ele chamados de “deveres de proteção” [*Schutzpflichten*], freqüentemente representados em deveres de aviso e de conservação [*Anzeige- und Erhaltungspflichten*].¹³⁴

134. Cf. Heinrich STOLL, op. cit., p. 288-289. A distinção entre os deveres de prestação [*Leistungspflichten*] dos deveres de proteção [*Schutzpflichten*] para Stoll pode ser sintetizada da seguinte forma: 1) os deveres de prestação veiculam os interesses do credor na prestação. São subjetivados em apenas uma das partes, portanto. Os deveres de proteção veiculam os interesses de ambas as partes na preservação da própria pessoa e de seu patrimônio, sendo a subjetivação de tais deveres, assim, bilateral. 2) Os deveres de prestação possuem uma função positiva; os de proteção, uma função negativa. 3) Os deveres de prestação fundamentam-se primordialmente na vontade das partes. Os deveres de proteção fundamentam-se na boa-fé (§§ 157 e 242, BGB). 4) Os deveres de prestação podem ser violados por não se lograr a consecução do interesse [*Interessenver-eitelung*], por se prejudicar a consecução do interesse [*Interessen-*

Importante por diferenciar dois campos distintos de deveres veiculados pela obrigação — mesmo reconhecendo ser em algumas hipóteses difícil a distinção¹³⁵ —, a doutrina de STOLL, no entanto, estabelece limitações de certa forma exageradas para os deveres não vinculados *diretamente* à prestação. Para ele, seriam *Schutzpflichten* somente aqueles cujo interesse respectivo se voltasse exclusivamente para a manutenção de um dado estado de coisas. Ficaria assim excluída uma vasta gama de deveres que, apesar de não diretamente voltados à realização da prestação, incidem no caso para permitir “o melhor adimplemento”.¹³⁶

[*beeinträchtigung*] ou por se pôr em perigo a consecução do interesse [*Gefährdung des Leistungsinteresses*]. Já os deveres de proteção, como não consubstanciam um interesse positivo, podem ser violados tendo-se o interesse prejudicado ou tendo-se colocado o interesse em perigo (quanto a este último ponto, cf. p. 292-301).

135. *Idem*, p. 299.

136. Pode-se dar como exemplo os arrolados por LARENZ ao abordar o inadimplemento na compra e venda: o vendedor tem o dever de facilitar ao comprador informações sobre relações jurídicas que afetem o objeto vendido ou o dever de entregar os documentos que sirvam de prova dos direitos relativos ao imóvel. Cf. *Lehrbuch des Schuldrechts*. v. II, t. 1. 13. Aufl. München: C.H. Beck, 1986, p. 26-27. Esses deveres, na compra e venda, não podem ser considerados deveres principais (a propriedade da coisa e o pagamento do preço), mas também não representam interesses negativos. Ao contrário, suas incidências visam a garantir o (melhor) resultado da prestação. É importante sinalar que STOLL trata de tais deveres, referindo-os como *Nebenpflichten*, mas arrola-os como deveres de prestação. Para ele, seriam deveres de proteção somente aqueles que não teriam a ver com a prestação em si, seja direta, seja indiretamente.

A doutrina posterior, porém, alargou a concepção dos deveres laterais, incluindo entre eles todo um conjunto de deveres que tem uma relação com a prestação, mas uma relação *indireta*, ou, com outra palavra, *qualitativa*. É o caso do vendedor da máquina com relação às informações destinadas à utilização ou à melhor utilização dela, ou do tomador de um empréstimo com relação às informações relativas às consequências econômicas advindas do mútuo.¹³⁷

O que se processa, com isso, é um **alargamento unificador da noção de adimplemento**.¹³⁸ A partir da visualização e compreensão dos deveres laterais, passa-se a entender, não só na Alemanha, como também na França, na

137. Cf. Peter SCHLECHTRIEM, op. cit., p. 175. Pode-se afirmar que esses deveres não têm uma relação *direta* com a prestação se entender a prestação de forma dissociada da análise de características peculiares das partes envolvidas na relação. O alargamento da concepção dos deveres laterais, incluindo entre eles os deveres que, indiretamente, se vinculam à prestação é resumida por Manuel A. Carneiro da FRADA, op. cit., p. 40-41.

138. A distinção procedida por STOLL não concebia uma noção absolutamente unificada de adimplemento, como se pode constatar pela distinção que faz quanto à divisão do ônus da prova em caso de descumprimento dos deveres. Tratando-se de descumprimento de deveres de prestação, entendia aplicável a regra geral contratual (inversão). Já em tratando de dever de proteção, propugnava pela aplicação da regra geral extracontratual (quem alega deve provar). Cf. op. cit., p. 312-313. Esta posição não se estabeleceu na Alemanha, onde a doutrina atualmente preconiza a aplicação, na quase totalidade desses casos, dos §§ 282 e 285, que determinam o ônus da prova ao encargo do devedor. Cf., exemplificativamente, Hans BROX, *Schuldrecht*, cit., p. 170.

Itália, em Portugal etc., que o adimplemento abarca todos os interesses envolvidos na obrigação, estendendo-se, portanto, dos deveres de prestação aos outros deveres de comportamento (deveres laterais), reunidos nestes tanto os não-vinculados à prestação, mas relativos aos cuidados necessários à pessoa e aos bens da outra parte expostos pela relação (os deveres de proteção, de STOLL), quanto os deveres indiretamente vinculados à prestação.¹³⁹

Aqui ou ali, contudo, posições contrárias a essa visão de adimplemento são lançadas, sustentando, fundamentalmente, que os deveres laterais não seriam verdadeiramente obrigacionais. Apesar do desacordo com grande parte da doutrina atual, posições dessa ordem possuem a virtude de exigir do intérprete não só a não-aceitação cega à existência de deveres laterais na relação obrigacional, como também a imposição de limites ao “perímetro contratual”, evitando-se um alargamento exagerado e injustificado do âmbito do contrato.

a) A natureza obrigacional dos deveres laterais e os limites do contrato: até que ponto se pode afirmar que os deveres laterais são obrigacionais

Em trabalho recentemente dedicado ao cumprimento

139. Cf., exemplificativamente, Dieter MEDICUS, Schuldrecht, cit., p. 73; Geneviève VINEY, Les obligations, cit. p. 217; Renato SCOGNAMIGLIO, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. *NDL*, v. XV, p. 670; Carlos Alberto da MOTA PINTO, Cessão, cit. p. 290. Para os fins deste trabalho, vale sinalar que, alargando-se a noção de adimplemento, alarga-se, correlatamente, o âmbito do seu antônimo, ou seja, a noção de inadimplemento.

imperfeito, PEDRO ROMANO MARTINEZ manifesta-se, baseado em alentada pesquisa, contrariamente à contratualidade dos deveres de proteção. Para ele, os danos às pessoas das partes e aos seus patrimônios seriam delituais, denotando a posição oposta àquilo que denominou de “hipórfia da responsabilidade contratual”.¹⁴⁰ A base de seu argumento, capaz de ser identificada também em outros autores, dentre os quais se inclui MENEZES CORDEIRO¹⁴¹, pode ser resumida no seguinte: os deveres laterais — máxime os de proteção — não seriam decorrência do contrato, mas da regra geral do “*noeminem laedere*”. Assim sendo, em caso de a relação contratual ser a ponte para a produção de um dano à pessoa ou ao patrimônio de uma das partes, a proteção jurídica correspondente estaria albergada na responsabilização aquiliana.

Como se percebe, o argumento é sedutor e dotado de completo sentido. Contudo sustenta-se em uma errônea escolha de premissa: a absoluta necessidade de visualização sistêmica do direito, esquecendo-se dos domínios em que vige, com força, a tópica. Traduzida para a questão sob enfoque, essa premissa se reflete na não-aceitação da separação — passível de ser realizada quando da discussão de casos concretos — entre “contratualidade do dever” e “responsabilidade contratual”.

A busca incansável de sistematização do material jurí-

140. Cf. op. cit., § 2º, p. 259 ss., especialmente p. 266 e 271 ss.. Outros posicionamentos poderiam ser trazidos. Entendi utilizar o trabalho de Romano MARTINEZ pela proximidade do seu tema com o presente estudo.

141. Da boa-fé, cit., p. 636 ss.