

© 2005 by EDITORA ATLAS S.A.

1. ed. 2005; 2. ed. 2006

Composição: Formato Serviços de Editoração S/C Ltda.

Coordenação:

Thereza Christina Nahas
Marisa Portela Harms

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Simão, José Fernando

Direito civil : contratos / José Fernando Simão. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2006. – (Série leituras jurídicas: provas e concursos ; v. 5)

Bibliografia.

ISBN 85-224-4097-2 (obra completa)

ISBN 85-224-4320-3

1. Contratos – Brasil 2. Direito civil – Concursos – Brasil 3. Direito civil – Legislação – Brasil I. Título. II. Série.

05-2258

CDU-347(81)(079)

pl/Rehe na-
stá

2

Princípios dos Contratos

Classicamente, a doutrina arrola como princípios dos contratos a autonomia privada, sua força obrigatória, o consensualismo e a relatividade dos seus efeitos.

Por autonomia privada entende-se o poder que as partes têm de contratar e suscitar, mediante a declaração de vontades, efeitos reconhecidos pela lei. É correto afirmar que o contrato reflete a vontade das partes e seu poder de auto-regulamentação ao qual a lei empresta sua força coercitiva. Assim, o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e, então, temos a sua força obrigatória.

O poder de criação dos contratantes encontra limites somente na ordem pública e nos bons costumes que variarão de acordo com o país e a época. As limitações assumem caráter de verdadeiro *standard* jurídico.

Já a idéia de *consensualismo* significa que basta o simples consentimento, como regra, para que o contrato se forme. Trata-se da superação do formalismo reinante em momentos históricos anteriores, épocas em que o contrato só adquiria a sua força obrigatória se cumprida a solenidade.

O contrato terá forma livre, salvo quando a lei impuser determinado requisito formal. Exemplo clássico de contrato solene vem previsto no art. 108 do Código Civil de 2002, que deter-

mina ser a escritura pública “essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. Outros contratos não necessitarão de escritura pública para a sua validade, mas apenas da forma escrita: a fiança (art. 819) e o seguro (art. 758) dar-se-ão por escrito.

O consensualismo toma por base a idéia de simplificação do contrato para permitir sua difusão e acesso a todos que dele querem se utilizar. A forma, historicamente valorizada, só é admitida se expressamente prevista em lei, o que significa facilitação da utilização do contrato por todos os interessados. Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 22) informa que, entre os romanos, nos primeiros tempos, até o final da época republicana, o formalismo existiu de forma exagerada, de tal sorte que os atos eram praticados em verdadeiro ritual de formas, que, não observadas, acarretavam sua nulidade.

Entretanto, se a lei exige e os contratantes não seguem, o contrato é fulminado com a sanção de nulidade absoluta, nos termos do art. 104 do Código Civil de 2002 (art. 82 do Código Civil de 1916).

Afirma-se, também, que o contrato somente vincula aqueles que dele participaram, sendo, portanto, *res inter alios*, não obrigando ou prejudicando terceiros estranhos à relação jurídica. Como é sabido, o contrato somente poderá beneficiar terceiros, razão pela qual o Código Civil trata da estipulação em favor de terceiros. Estamos diante da relatividade do contrato.

Os contratantes só criam obrigações para si e não para outrem. Entretanto, além de dizer respeito aos sujeitos, a noção de relatividade também atinge o objeto da prestação, pois o contrato tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam a prestação (GOMES, 1994, p. 44). Não pode o credor exigir, portanto, objeto que não fora previamente contratado.

Importante ressaltar que os diplomas legislativos ocidentais reguladores do direito privado em geral têm por base a disciplina do *Código Civil francês* de 1804 ou do BGB alemão, que, por sua vez, têm por base o referido princípio da autonomia privada. Toda

a construção legal visava à preservação da vontade, assegurando-se os efeitos queridos pelas partes. Aliás, a autonomia da vontade é consequência direta do espírito de liberdade propulsor dos movimentos revolucionários do século XVIII.

O Código Civil de 2002 cuida também de dois novos princípios: a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Função Social do Contrato – Art. 421

Para a compreensão da função social do contrato, parte-se da premissa de que a função do contrato, sem qualquer adjetivação, é a transferência de riquezas, que tem por base uma necessária colaboração das partes que, sem o contrato, não conseguiriam suprir suas necessidades e desenvolver as atividades pessoais e profissionais.

Explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2002, p. 85) que as idéias dos limites impostos à liberdade contratual (e não liberdade de contratar) resultam do próprio fenômeno da publicização do direito privado, por meio da interferência estatal nas relações entre particulares. Assim, dispõe o Código Civil em seu art. 421:

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

Esclarece-se a imprecisão terminológica do dispositivo em comento. A liberdade de contratar é ilimitada e eis que se refere ao direito de celebrar o contrato, e é inerente a todo o ser humano, por força dos ditames constitucionais. O que pode ser limitada é a liberdade contratual que, de acordo com as normas de ordem pública, será maior ou menor. Tal liberdade está condicionada à lei e por isto determinado contrato pode ser conside-

rado nulo e não produzir os efeitos almejados pelas partes. Então, a função social atingiria a liberdade contratual (análise do objeto e conteúdo do contrato), mas não a inalienável liberdade de contratar.

A função social do contrato significa que nem sempre os contratantes poderão livremente regulamentar sua vontade, porquanto representa elemento de limitação do conteúdo do contrato (OAB/DF – 2004). Dois são os desdobramentos da função social: na relação entre as partes contratantes e na relação dos contratantes com terceiros.

Flávio Tartuce conceitua função social do contrato como um regramento contratual de ordem pública, a despeito do que o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil prevê, pelo qual o contrato deverá ser necessariamente analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade, e explica que não se pode afastar o fundamento constitucional deste preceito, pois está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana (*A função social dos contratos*, 2005, p. 200).

No tocante à figura dos próprios contratantes, estamos diante da idéia de justiça interna do contrato. Assim, as cláusulas iníquas ou abusivas, que, em última análise, levam um dos contratantes à ruína, atentam contra a função social do pacto, e, portanto, podem ser consideradas nulas pelo juiz. Tais cláusulas desvirtuam a idéia do contrato como forma de circulação de riquezas e de obtenção de fins comuns, e o transformam em meio de falência de um dos contratantes. O equilíbrio, portanto, faz parte da idéia de função social do contrato.

A cláusula que prevê, em um contrato de sociedade, pertencer todo o lucro a apenas um dos contratantes e todos os prejuízos ao outro é considerada abusiva por ferir a função social do contrato de sociedade. Em idêntico sentido, cite-se o contrato de compra e venda que submete o preço ao arbítrio exclusivo do vendedor.

O Código Civil de 2002 evidencia a questão da função social do contrato:

“Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” (CC, art. 473, parágrafo único).

O dispositivo confere ao juiz o poder de declarar ineficaz a rescisão unilateral, que, sob a égide do Código Civil de 1916, era considerado um direito potestativo e incondicionado. Assim, até que haja a efetiva recuperação dos investimentos realizados em decorrência do contrato, o contratante que arcou com tais despesas consideráveis não pode ver o contrato denunciado e resiliado (extinto). Note-se que a lei se utiliza do termo *efeitos*, ou seja, entende-se que a denúncia é ineficaz (não se trata de ato válido ou nulo) até que haja recuperação dos investimentos. Suspende-se a eficácia da denúncia por determinado lapso de tempo.

Outros dispositivos do Código de 2002 refletem o princípio que se comenta. No contrato de agência e distribuição por prazo indeterminado, o prazo para denúncia do contrato é de 90 dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente (CC, art. 720). Também, em razão da função social do contrato de corretagem, mesmo denunciado o contrato, se o negócio se realizar posteriormente, em razão da corretagem, esta será devida ao corretor (CC, art. 726). O cliente pode dispensar o corretor, findo o contrato, mas continuará com ele obrigado.

Explica Flávio Tartuce (*A função social dos contratos*, 2005, p. 201) que decorre da função social o poder que o juiz tem de reduzir o valor da multa contratual se a obrigação tiver sido cumprida em parte, afastando-se o enriquecimento sem causa (CC, art. 413) e a norma que protege o aderente, determinando que em caso de dúvida a interpretação do contrato de adesão deve ser aquela que lhe favorece (CC, art. 423).

Com referência aos terceiros (não participantes da avença), explica Eduardo Sens dos Santos (2002, p. 35) que o contrato não pode ser mais entendido como mera relação individual (que produz apenas efeitos *inter partes*). Devem-se considerar os seus efei-

tos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Seria a função do contrato frente à sociedade e, por isso, a avença deve atender ao bem comum e não pode ser fonte de prejuízos para a sociedade.

O princípio da função social do contrato é de ordem pública e não pode ser afastado por avença das partes, nos termos do parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil de 2002:

“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

As conseqüências do desrespeito ao princípio da função social do contrato são explicadas por Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 35):

“Se algum dano indevido a terceiro ou à coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercitada de forma antijurídica. **Não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação dos prejuízos causados a terceiros**” (grifo nosso).

Não se trata de derrogação do princípio de que o contrato só produz efeitos entre os contratantes. É sua nova aplicação à luz dos princípios positivados pelo Código Civil de 2002.

Antunes Varela (2003, p. 175) afirma que

“o credor não pode, é certo, exigir a prestação devida senão do obrigado. Mas todo o terceiro que tivesse conhecimento da relação jurídica creditória seria (juridicamente) obrigado a respeitá-la, não lhe sendo lícito induzir o devedor a faltar ao cumprimento, **celebrar com ele negócio que o impedisse de cumprir**, nem destruir ou danificar a coisa devida” (grifo nosso).

É mais um desdobramento da função social do contrato.

Boa-fé Objetiva – Art. 422

4.1 Conceito de boa-fé objetiva e a diferença para com a boa-fé subjetiva

Ensina Adalberto Pasqualotto (1997, p. 111) que,

“do ponto de vista objetivo, a boa-fé assume a feição de uma regra ética de conduta. É a chamada boa-fé lealdade. É a *Treu und Glauben* do direito alemão. Segundo Larenz, cada um deve guardar fidelidade à palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia”.

Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, a boa-fé objetiva ou em sentido objetivo, como norma de conduta, pode ser chamada de boa-fé em sentido ético, e se encontra presente no art. 272 do Código Civil português.

“Art. 272. Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Não se trata mais de análise da boa-fé subjetiva, mas de caráter normativo, como verdadeira regra de conduta daquele que contrata. Explica Sílvio de Salvo Venosa (2003, v. 2, p. 378) que,

para a análise da boa-fé objetiva, o intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, no caso concreto. É um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

As noções de agir corretamente com o próximo, ou seja, de honrar a palavra dada, de não causar prejuízos desnecessários a outrem, de cooperação para com o outro contratante, refletem o conceito de norma ética de conduta, segundo os padrões do homem médio.

Trata-se de uma norma impositiva de conduta leal, geradora de um dever de correção que domina o tráfego negocial (MARTINS-COSTA, 2003, p. 46).

A partir das definições supra, podemos exemplificar das mais diversas maneiras a boa-fé objetiva nas relações contratuais. Neste parágrafo, apenas mencionamos alguns desdobramentos práticos da questão de maneira assistemática, sendo que em item próprio trataremos da matéria com mais detalhamento. Assim, o dever de informação é traço característico da lealdade contratual. Na venda de determinado objeto, cabe ao vendedor informar ao comprador todas as características do objeto em questão, eventuais defeitos já apresentados, bem como sua periculosidade inerente. Exatamente em razão da boa-fé objetiva, o fabricante de cigarros informa que “Fumar faz mal à saúde” e, para os iletrados, utiliza-se de fotografias elucidativas (*graphic warnings*).

A proibição de utilização do contrato com o fito único de causar um prejuízo imotivado ao outro contratante também é decorrência da boa-fé objetiva. Exatamente por isso, determina o Código Civil que aquele que demanda por dívida já paga, por puro espírito de emulação e chicana, fica obrigado a restituir o valor indevidamente cobrado em dobro (CC, art. 940).

Também é corolário da boa-fé objetiva que as expectativas geradas pela atitude de um dos contratantes, mesmo contrariando texto expresso de contrato, geram efeitos jurídicos. Assim, se o credor habitualmente aceita receber o pagamento em local diverso daquele previsto em contrato, há uma presunção de renúncia quanto ao local do pagamento (CC, art. 330) e não poderá alegar posteriormente mora do devedor. Valem mais as atitudes

das partes que o texto frio do contrato. São comportamentos leais que geram justas expectativas e não podem ser desconsiderados.

O Código Civil de 2002 consagra a boa-fé objetiva em seu art. 422:

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

Notamos que o Código Civil adotou um sistema de cláusulas gerais, pelo qual, conforme ensina Ruy Rosado de Aguiar, abandona-se o princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do juiz (in: <www.cjf.com.br/revista>). A definição de cláusula geral é extraída da lição de Judith Martins-Costa (1998, p. 5):

“São normas jurídicas legisladas incorporadoras de um princípio ético orientador do juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso. Isso significa certa indefinição quanto à solução da questão, o que tem sido objeto de crítica. É a antiga bipolarização entre a segurança, de um lado, e o anseio de justiça concreta de outro.”

Com alguns poucos exemplos, notamos que a boa-fé objetiva como norma ética de conduta não se confunde com a noção clássica de boa-fé, ou seja, com a chamada boa-fé subjetiva.

Judith Martins-Costa (1999, p. 411) explica que boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar em conformidade ao direito. Ela se aplica no campo dos direitos reais e é subjetiva, pois se analisa a intenção do sujeito da relação jurídica. Já a boa-fé objetiva é modelo de conduta social, verdadeiro arquétipo, *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve obrar como um homem com retidão, com probidade, lealdade e honestidade (OAB/DF – 2004).

A boa-fé subjetiva é chamada de boa-fé-crença, ou também de boa-fé em sentido psicológico e corresponde à *Gutten Glauben* prevista no BGB (PASQUALOTTO, 1997, p. 111). É a consciên-

cia ou ausência desta diante de determinada situação jurídica. É uma qualidade reportada ao sujeito; a lei civil reconhece a locução inversa – má-fé – e consagra-a, associando-lhe efeitos diversos (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 407).

Vários são os exemplos em que estará presente a boa-fé subjetiva no Código Civil de 2002. A primeira a ser analisada diz respeito à posse de boa ou de má-fé. Possuidor de boa-fé é aquele que ignora os vícios da violência, clandestinidade ou precariedade que inquinam sua posse. Os vícios estão presentes, mas são por ele desconhecidos. Daí, sua ausência de consciência significa boa-fé subjetiva. Menezes Cordeiro (2001, p. 415) afirma, ao analisar o art. 1.260/1 do Código Civil português, que haverá boa-fé subjetiva quando o possuidor, ao adquirir ou constituir a posse, ignora que está lesando o direito de outrem.

Se o possuidor está ciente da violência que inquina a posse, pois ele, utilizando-se de força física, desapossou o dono do imóvel, estamos diante de um possuidor de má-fé, já que tem consciência da situação de fato. Os efeitos da ausência ou não de consciência dos vícios da posse serão diversos, porque o possuidor de boa-fé terá direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, inclusive com direito de retenção, e o possuidor de má-fé apenas terá direito à indenização, mas não à retenção, pelas benfeitorias necessárias. Assim, dispõe o art. 1.219:

“Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.”

Na disciplina dos vícios ocultos, o Código Civil de 2002, mantendo orientação do Código anterior, também estabelece efeitos diversos para o alienante de boa ou de má-fé. Se o alienante desconhecia o vício oculto ao alienar o bem em questão, não arcará com o pagamento de indenização ao adquirente, suportando este último os prejuízos sofridos. Entretanto, se o alienante tinha consciência de que a coisa continha o defeito e, por isso mesmo, a aliena, sem informar tal fato ao adquirente, age com

má-fé e, portanto, deverá arcar com todas as perdas e danos causadas pelo vício. Assim, determina o art. 443 do Código Civil:

“Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.”

Conhecimento ou não são estados psicológicos e revelam a presença de boa-fé subjetiva.

Em matéria de efeitos a serem atribuídos a um casamento nulo ou anulável, estamos diante de boa-fé subjetiva. Assim, será putativo o casamento que, embora nulo ou anulável, produzirá efeitos ao contraente de boa-fé, ou seja, ao contraente que, no momento da celebração, não conhecia determinado impedimento matrimonial (previstos no art. 1.521 do Código Civil) ou causa de nulidade relativa (previstas no art. 1.550 do referido diploma). Diante da ausência de consciência do cônjuge, o casamento produzirá efeitos para ele, mesmo padecendo de um vício. É a determinação do art. 1.561 do Código de 2002:

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.”

Já para o cônjuge de má-fé, o casamento não produzirá qualquer efeito. Assim, se alguém casado convola novas núpcias, estará agindo de má-fé, pois tem consciência do impedimento matrimonial e não receberá os efeitos do casamento válido.

Cabe indagar: a boa-fé objetiva representa uma verdadeira novidade para o ordenamento brasileiro? A resposta é não. Podemos afirmar que o Código de 1916 cuidava da boa-fé apenas na sua modalidade subjetiva, nas hipóteses de consciência ou não do sujeito com relação a determinada situação jurídica, conforme já explicado. Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor já adotava a boa-fé objetiva como cláusula geral em seu art. 4º, inciso III, possibilitando a aplicação do instituto às relações de consumo.

Existe, então, uma evidente semelhança entre os princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, com referência aos contratos. Na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 1º, 2 e 3 de dezembro de 2004, por sugestão do Juiz de Direito do Estado da Paraíba Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, chegou-se à seguinte conclusão:

“Enunciado: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”

Como conclusão, salientamos que, apesar da aproximação, a relação de consumo não se confunde com a relação civil. A primeira é protetiva e cuida da figura de um ente vulnerável: o consumidor. A segunda trata da relação entre iguais, entre pares (SIMÃO, 2003, p. 34).

4.2 Funções da boa-fé objetiva

São duas as funções da boa-fé objetiva a serem estudadas: sua função ativa e sua função reativa.

a) Função ativa

A função ativa se caracteriza pela existência de deveres que não surgem do acordo de vontades das partes, pois dele independem. São deveres que decorrem diretamente da boa-fé e, portanto, não necessitam de previsão contratual expressa. Surgem, então, os chamados deveres laterais, anexos, secundários ou acessórios.

A doutrina revela-se dissonante quanto à terminologia, mas optamos pela expressão *deveres anexos ou laterais* e não pela idéia de deveres acessórios. Isso porque a idéia de acessoriedade não se aplica a tais deveres, pois não são menores nem menos importantes que os deveres primários e não seguem os deveres principais. Em determinadas situações, os deveres principais ainda não

existem, pois estamos na fase pré-contratual, mas os deveres laterais já devem ser cumpridos (*culpa in contrahendo*). Em outras situações, os deveres primários já foram adimplidos e o contrato, extinto, mas os deveres laterais persistem (responsabilidade *post pactum finitum*). Essa denominação também é adotada por Mario Julio de Almeida Costa (2001, p. 66), que informa ser aquela predominantemente utilizada pela doutrina e por Judith Martins-Costa (2003, p. 35).

Os deveres laterais complementam os deveres principais ou primários. Isso porque, sob a ótica de Clovis do Couto e Silva, a obrigação é um processo dinâmico, pelo qual a obrigação nasce para ser cumprida. Assim, cabe aos contratantes a realização de determinados atos (deveres principais e anexos) para que o objetivo almejado seja alcançado e a obrigação, extinta. Não há nos contratantes uma posição de litígio, de antagonismo, mas de cooperação e harmonia para que se atinja o fim pretendido. Assim, fica justificada a existência de deveres laterais não previstos em contrato, mas que devem ser igualmente cumpridos. Nesse sentido, a conclusão de Régis Bigolin, advogado (RS), na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal nos dias 1º a 3 de dezembro de 2004:

“Enunciado: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.”

Assim, em um contrato de compra e venda, por exemplo, é dever principal do comprador efetuar o pagamento do preço. Tais elementos representam a alma da relação contratual, pois definem o tipo do contrato (ALMEIDA COSTA, 2001, p. 65) (ex.: tipo compra e venda se configura pela presença dos elementos *res, pretium et consensus*).

Menezes Cordeiro (2001, p. 591) explica que o crédito importa uma situação relativa, no sentido próprio de correspondência entre um direito e um dever contrapostos, e o cerne da obrigação é a conduta humana do devedor a ser desenvolvida em favor do credor. Tal conduta trata-se de prestação principal.

Clovis do Couto e Silva esclarece não bastar que a parte contratante cumpra a prestação principal: “as partes devem observar outras condutas que também se constituem em deveres” (PASQUALOTTO, 1997, p. 113). E quais seriam essas condutas?

São os deveres que visam proteger a contraparte de riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo denominados, segundo Judith Martins-Costa (2003, p. 38), deveres de proteção. Evidentemente, como bem pondera a autora, impossível seria a listagem de um rol taxativo que esgotasse todos os deveres laterais, mas, tomando por base a doutrina e a jurisprudência pátrias, poderíamos mencionar alguns importantes deveres, segundo a obra de Adalberto Pasqualotto: de segurança, de lealdade, de informação e de cooperação.

É importante frisar que se trata de deveres laterais. E, em sendo um dever, não estamos diante de mera faculdade no tocante ao seu cumprimento pelas partes. São deveres tão relevantes quanto os principais ou primários e seu descumprimento acarretará os ônus do inadimplemento contratual com todas as suas conseqüências. Outra não foi a conclusão da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários realizada de 11 a 13 de setembro de 2002 em seu Enunciado 24:

“Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Não se tratando de faculdade, o contratante que descumpre um dever lateral arcará com a indenização de todos os prejuízos sofridos pelo outro contratante, nos exatos termos do art. 389 do Código Civil:

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

a.1) Dever de segurança

Cabe aos contratantes garantir a integridade dos bens e dos direitos do outro contratante, em todas as circunstâncias próprias

do vínculo que possam oferecer algum perigo (PASQUALOTTO, 1997, p. 114).

Vários são os exemplos na vida cotidiana que indicam tal dever. Em um jardim zoológico, as jaulas dos animais devem ser projetadas de maneira que a vida e a saúde dos visitantes não sejam expostas a riscos. Assim, não basta a colocação de grades que impeçam o leão de escapar, mas é necessário que haja uma distância suficiente para que se impossibilite que um visitante consiga colocar suas mãos por entre as grades.

Os *shopping centers* e os supermercados que, quando lavam o assoalho, colocam placas de aviso no chão com os dizeres "Cuidado: Piso Escorregadio" não o fazem apenas porque querem, mas por exigência de um dever de segurança como decorrência da boa-fé objetiva. Em se tratando de relação de consumo, o dever de segurança vem objetivado pelo art. 6º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

As empresas concessionárias de energia, que, por meio de desenhos (geralmente caveiras e ossos), alertam as pessoas dos perigos de choque e do risco de morte em razão da alta voltagem, cumprem os ditames da boa-fé objetiva. O aviso escrito não basta em razão da existência de grande massa de pessoas analfabetas.

Em determinadas áreas das cidades, sujeitas a alagamento em caso de chuvas, cabe ao dono da loja informar a seus clientes para não estacionarem o carro no local em dias de chuva, razão pela qual se pintam muros com os seguintes dizeres: "Atenção: Área sujeita a alagamento." Na cidade de São Paulo, no bairro do Morumbi, em frente à sede social do São Paulo Futebol Clube, há tal aviso apostado nos muros do clube. Isso porque o dever de segurança não se refere somente às pessoas, mas também a seus bens.

Pasqualotto (1997, p. 114) conta que em determinada cidade alemã, dentro de uma casa de jogos, um jogador de bilhar acertou com o taco a cabeça de outro cliente que jogava carteadado no estabelecimento. O dono da casa de jogos foi condenado por não ter disposto as mesas (de bilhar e de carteadado) de forma adequada para se evitar o perigo quando as atividades fossem praticadas simultaneamente.

a.2) Dever de lealdade

Este dever consiste na premissa de que a parte não deve agir de modo a causar prejuízos imotivados a outra.

Não basta que se cumpra o contrato. Deve-se atentar para o princípio de que as partes devem agir de forma que melhor atenda aos seus interesses comuns.

Alguns exemplos ilustram a questão. Em um contrato de compra e venda de determinado estabelecimento comercial, concluído o negócio e pago o preço, o vendedor e antigo proprietário do estabelecimento liga para todos os fornecedores informando da venda efetuada e pedindo que estes não entreguem mercadorias para o novo proprietário. Notamos, neste caso, que há evidente falta de lealdade e o vendedor acaba causando prejuízos imotivados ao comprador por puro espírito de emulação.

Em um contrato de empreitada pelo qual o dono da obra se compromete a fornecer os materiais, a chamada empreitada de labor, o empreiteiro não pode agir de maneira negligente, desperdiçando o que lhe é fornecido, já que o prejuízo não será por ele suportado. Faltaria o dever de lealdade decorrente da boa-fé objetiva.

Em idêntico sentido o segurador que, em razão de contratação de seguro e assunção dos riscos por terceiro, passa a dirigir seu carro sem observar os mínimos deveres de atenção e cuidado, na certeza de que não suportará eventuais danos. Nesse caso, sua ação denota que não há preocupação com os ônus que causará ao outro contratante.

Por fim, o advogado falta com o dever de lealdade quando, encerrada a prestação de serviços advocatícios, revela a terceiros detalhes de seu cliente, mormente no campo do direito de família. Com tal atitude, o advogado expõe o cliente a uma situação de embaraço desnecessariamente, razão pela qual comete infração ética (Lei nº 8.906/94, “Art. 34. Constitui infração disciplinar: (...) VII – violar, sem justa causa, sigilo profissional”). Este dever independe de previsão contratual, eis que se trata de decorrência direta da boa-fé objetiva.

a.3) Dever de informação

É o dever de comunicar à outra parte fatos relevantes envolvendo o objeto do contrato. Cabe ao contratante detentor da informação ou de determinado conhecimento técnico expor detalhadamente ao outro contratante (que ignora o fato ou não dispõe de informação técnica), antes de firmado o contrato, tudo o que for relevante com relação ao contrato, seu objeto e sua execução.

O dever de informação persiste ainda que a comunicação possa prejudicar o contratante que detém a informação.

Em se tratando de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente o dever de informação, em seu art. 6º, inciso III, pois determina ser direito do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentam. A regra tem sua razão de ser. O fornecedor de produtos e serviços conhece aquilo que oferece, pois detém o conhecimento técnico a respeito da produção e de eventuais riscos que podem ser causados pelo bem colocado no mercado. Como o consumidor, na qualidade de tecnicamente vulnerável, desconhece tais informações, é dever do fornecedor informar de maneira clara e completa.

“Claro está que a vulnerabilidade característica do consumidor não é a científica nem a sócio-econômica, mas sim a técnica. Isso porque o consumidor desconhece tecnicamente o objeto que está adquirindo. Um médico, ao adquirir um computador para seu consultório, certamente não estará objetivando sua transformação para nova venda, mas o seu simples uso. Nesse caso, será considerado destinatário final fático e econômico do bem e preencherá a característica da vulnerabilidade técnica, pois se presume que não tem conhecimento específico sobre o objeto adquirido” (SIMÃO, 2003, p. 34).

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil também exige do advogado que preste informações completas ao seu cliente antes da propositura de certa demanda, ainda

que isto leve o cliente a não efetuar a contratação. Surge um dever qualificado de informar que se desdobra no dever de aconselhar (Código de Ética: “Art. 2º São deveres do advogado: (...) VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial”).

O Código Civil traz interessante regra em relação à empreitada em seu art. 613. Cabe ao empreiteiro, em se tratando de empreitada de labor, reclamar para com o dono da obra com relação à qualidade e quantidade dos materiais fornecidos para a execução da obra, sob pena de perder a sua retribuição em caso de perecimento da coisa antes da entrega da obra. O empreiteiro é conhecedor de seu ofício e, portanto, sabe avaliar a qualidade do material adquirido pelo dono da obra (que, a princípio, não tem obrigação de possuir tais informações de cunho técnico). Assim, cabe ao empreiteiro o dever de informar a má qualidade do material que está sendo fornecido pelo dono da obra. A lei prevê que, descumprido o dever de informar, haverá perda da retribuição se a coisa perecer.

a.4) Dever de cooperação

Por fim, há, também, o dever de cooperação, ou seja, a ajuda que uma parte deve prestar a outra para a consecução dos fins do contrato.

Exemplificamos. Não se trata de obrigação do empreiteiro a obtenção da autorização da Prefeitura para início das obras em determinado imóvel. Entretanto, deve este cooperar para que a autorização seja obtida pelo proprietário, quer seja fornecendo as plantas do imóvel, quer seja dando esclarecimentos técnicos solicitados pelo Poder Público, quer seja adequando o projeto às normas de construção.

Outra hipótese em que se verifica o dever de cooperação ocorre no contrato de compra e venda de imóveis no qual o comprador efetuará um mútuo pelo Sistema Financeiro da Habitação para pagar parte do preço. O vendedor, ciente de que o comprador precisará de vários documentos que serão apresentados ao banco que financiará a compra, apesar de não ser parte no contrato de mútuo, deve cooperar com o comprador, fornecendo as informações necessárias com relação a si e a seu imóvel. Note-

se que o êxito da compra, nesse exemplo, dependerá da cooperação do vendedor para que o comprador obtenha o almejado financiamento.

A cooperação significa maior chance de conclusão ou de adimplemento do contrato.

b) Função reativa

Analisada a função ativa da boa-fé objetiva, ou seja, os deveres laterais que surgem em decorrência da própria boa-fé, independentemente de sua previsão legal ou contratual, necessário se faz o estudo da boa-fé em sua função reativa, usada como exceção, para a defesa de determinada pessoa que é injustamente atacada por outra.

Em se tratando da função reativa, a boa-fé será a alegação de defesa para rechaçar determinada pretensão injusta, ou, como esclarece Menezes Cordeiro (2001, p. 719), exceção é a situação jurídica pela qual uma pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente.

b.1) *Exceptio doli*

Não poderia ser mais claro o conceito de Menezes Cordeiro (2001, p. 720) sobre a exceção do dolo, que é o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor por este ter incorrido em dolo.

O direito não pode privilegiar aquele que age com o intuito de enganar, ludibriar o outro contratante, ainda que tal conduta não se caracterize como vício do consentimento. Em se caracterizando como vício do consentimento e maculando o sinalagma genético do contrato (os romanos chamavam de *exceptio doli specialis*), o dolo deve ser encarado como causa de nulidade relativa do negócio nos termos do art. 145 do Código Civil.

Entretanto, mesmo que não haja vício do consentimento, a conduta dolosa deve ser entendida como contrária à boa-fé, e o contratante que agiu com dolo nada poderia exigir do outro.

b.2) *Venire contra factum proprium, supressio e surrectio*

As atitudes do contratante geram justas expectativas no outro contratante. A linha de conduta assumida não pode ser con-

trariada pelo próprio agente por meio de um ato posterior (PASQUALOTTO, 1997, p. 124).

Venire contra factum proprium significa o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 742). Tem como requisito a existência de dois comportamentos lícitos de uma mesma pessoa, separados por determinado lapso temporal, sendo que o segundo comportamento contraria o primeiro.

O primeiro comportamento é o *factum proprium* e o segundo o contraria (*venire contra*). Trata-se do exercício inadmissível de posições jurídicas.

O fundamento do *venire* reside na confiança despertada no outro sujeito de boa-fé em razão da primeira conduta realizada (ANCONA LOPEZ, 2001).

MENEZES CORDEIRO, com base na jurisprudência alemã, exemplifica esta situação. Um funcionário afirma ao empregador que pretende despedir-se, mas não o faz, porque o empregador se opõe à demissão e pede a ele que continue seu trabalho. Após um mês, o empregador demite o empregado, alegando estado financeiro ruim da empresa.

Se o inquilino, em um contrato de locação por prazo indeterminado, garante ao proprietário que permanecerá no imóvel por mais um ano, mas, decorridos 30 dias, efetiva notificação para a denúncia vazia da locação, estará contrariando a boa-fé objetiva em decorrência do *venire contra factum proprium*. Nessa situação, o titular de um direito (inquilino) manifesta a intenção de não exercer seu direito de rescisão, mas o exerce.

É com base no *venire contra factum proprium* que Teresa Ancona Lopez (2001, p. 139) defende a tese de que o consumidor de cigarros, que, “no uso da autonomia da vontade compra cigarros (atividade lícita e produto lícito) e mantém esse hábito por muitos anos (hábito lícito)” não pode, contrariando a boa-fé, reclamar por eventuais doenças e danos causados pelo tabaco.

Instituto análogo, mas não idêntico ao estudado, que representa verdadeiro corolário do *venire contra factum proprium*, é a

supressio. A *supressio* é a situação do direito que, não tendo sido exercido por determinado lapso de tempo, não mais poderá sê-lo, se contrariar a boa-fé. Também é chamada *Verwirkung*.

Menezes Cordeiro (2001, p. 810) afirma que a doutrina muito discute se a *supressio* teria forma autônoma ou seria uma espécie de *venire contra factum proprium*. Chega-se à conclusão de sua possibilidade de autonomia em razão de o decurso de tempo, elemento essencial a *supressio*, não fazer parte do conceito de *venire*, nos exatos termos das lições de Bender. Por fim, o autor afirma que não há unanimidade dentre os doutrinadores alemães da matéria.

Anderson Schreiber também vê íntima relação entre a *supressio* e o *venire contra factum proprium*, sendo que em ambos se verifica a existência de posições contraditórias, mas em se tratando de *supressio*, a contradição estará necessariamente em um comportamento inicialmente omissivo (2005, p. 178).

O art. 330 do Código Civil de 2002 é um claro exemplo de *supressio*. Dispõe o artigo em questão:

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

Como explica Judith Martins-Costa (2003, p. 315), em comentário ao art. 330, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como fundamento de um conjunto de regras que permitem, de um lado, a observância do pactuado e, de outro, a coibição da deslealdade, nesta hipótese possuindo eficácia limitadora do exercício de direitos subjetivos e formativos justamente para coibir a contradição desleal.

O Código Civil adota de maneira evidente a *supressio*, demonstrando que a boa-fé prevalece sobre o princípio da obrigatoriedade dos contratos. Isso porque a atitude das partes tem mais força que o texto do contrato. O advérbio *reiteradamente* é essencial para que se verifique a aplicação do art. 330 em decorrência do não-exercício da posição contratual. O decurso do tempo é que gera a expectativa que não poderá ser frustrada.

A noção de reiteração deverá ser decidida pelo juiz na análise do caso concreto, de acordo com as suas peculiaridades. O Código Civil de 2002 opta, mais uma vez, por não estabelecer uma norma fechada, mas um tipo aberto a ser preenchido na solução do caso *sub judice*.

Exemplificamos, ainda, com o caso de o inquilino que efetua o pagamento mensal de seu aluguel no dia 20, sendo que, pelo contrato, o pagamento deveria ocorrer no dia 5. O locador, durante certo lapso de tempo, não se insurge contra tal fato, apesar de o inquilino estar pagando em atraso. Neste caso, o decurso do tempo, sem a devida oposição do credor que poderia perfeitamente exigir o pagamento de multa em decorrência da mora do devedor, significará a *supressio*. A situação de direito (pagamento no dia 5 em razão do contrato) fica suprimida, e não mais poderá ser exigida, valendo, portanto, a situação de fato (pagamento do aluguel no dia 20), sob pena de se contrariar a boa-fé. Em conclusão, o credor que deixou o tempo passar sem a devida oposição não terá direito a cobrar, por exemplo, a multa pelo pagamento em data diversa daquela prevista no contrato.

Poderá ser objeto de algum questionamento, se, no exemplo em tela, não estivermos diante de novação. A resposta é não, eis que a novação é a criação de uma nova obrigação para extinguir uma antiga. São necessárias duas obrigações: a nova, que é avençada com o intuito de extinguir a velha. No caso da *supressio*, não há duas obrigações, mas apenas uma. Ademais, no exemplo, faltaria um requisito indispensável para a existência de novação, o *animus novandi*, ou seja, o intuito inequívoco das partes em extinguir a obrigação.

Por fim, verifica-se também a *supressio* na hipótese de determinado condômino de um prédio de apartamentos ter feito uma alteração na fachada, por exemplo, troca de esquadrias ou mesmo a aposição de uma grade de segurança, e tal alteração ter sido admitida por um longo lapso de tempo. O condomínio poderia, de imediato, exercer seu direito potestativo e determinar o desfazimento da alteração em questão. Entretanto, o tempo atua de maneira a inibir certas atitudes, sob pena de ferir-se a boa-fé objetiva.

Com a verificação da *supressio*, que acarretará a uma das partes a impossibilidade de exercer certa pretensão, surge para a outra parte a *surrectio* ou *Erwirkung*, ou seja, surge um direito que até então a outra parte não tinha, e tal direito é digno de proteção.

Exemplo clássico dos institutos vem do direito alemão (SCHREIBER, 2005, p. 180). Determinada empresa registrou a marca Goldina no ano de 1896 apenas para a fabricação de cacau e chocolate e, diante do enorme sucesso, passou também a produzir manteiga e leite condensado. Uma segunda empresa, no ano de 1906, efetuou também o depósito da marca Goldina para a fabricação de produtos derivados do leite, tais como manteiga, margarina, leite condensado etc.

Ocorre que, de todos os produtos, apenas a margarina passou a ser fabricada pela segunda empresa. Mesmo assim, após anos, pretendeu a segunda empresa que a primeira parasse de fabricar manteiga e leite condensado, em razão da anterioridade do registro, com relação a tais produtos.

A empresa foi derrotada, pois entendeu o Tribunal alemão que, mesmo sendo detentora do direito, seu não-exercício acarretou-lhe uma perda (*supressio*), e a outra empresa adquiriu tal direito (*surrectio*).

Do mesmo modo, no exemplo do credor que aceita o pagamento em local diverso, enquanto ele perde o direito de exigir o pagamento no local do contrato (*supressio*), surge para o devedor o direito de pagar no local em que o pagamento ocorre de fato (*surrectio*).

Assim, em conclusão, *supressio* e *surrectio* são as duas faces de uma mesma moeda acarretando a impossibilidade de exercício de determinada posição jurídica para o credor e surgimento de um direito para o devedor.

4.3 Limitação da incidência da boa-fé de acordo com a redação do art. 422

Não têm sido poucas as críticas endereçadas ao art. 422 do Código Civil de 2002, que assim dispõe: “Os contratantes são

obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Uma das observações que se faz e, a nosso ver, com razão, é que há uma insuficiência com relação às fases pré e pós-contratual. Pela dicção literal do artigo em comento, os contratantes deveriam agir de acordo com a boa-fé desde o momento da celebração até a execução do pacto. A boa-fé não seria exigida nas tratativas, nem após o cumprimento do contrato.

Antonio Junqueira de Azevedo (2000, p. 13) afirma que o contrato é um processo em que há início, meio e fim e que uma das aplicações da boa-fé se faz na fase pré-contratual, em que há negociações preliminares e tratativas, e outra na fase pós-contratual. Entretanto, o Código Civil nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes.

Judith Martins-Costa (2003, p. 47) rebate a crítica em questão, afirmando que, por questões metodológicas, a responsabilidade pré-negocial não deveria figurar juntamente com o tratamento dos contratos e que sua disciplina é deduzida não apenas da concepção processual da relação obrigacional, mas também da conjugação entre os aludidos arts. 187 e 927, e ainda da norma de interpretação dos negócios jurídicos.

A I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal ocorrido nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em seu enunciado de número 25, conclui que a redação do art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.

Tal posição foi reforçada na III Jornada de Direito Civil, também promovida pelo Conselho da Justiça Federal, ocorrida nos dias 1º a 3 de dezembro de 2004:

“Enunciado: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.”

Efeitos do Contrato com Relação a Terceiros

7.1 Exceções ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos

Em razão do princípio da relatividade dos contratos, os efeitos da avença só vinculam aqueles que dela foram partes. Esses efeitos, como regra, não aproveitam nem prejudicam terceiros. Assim, os contratantes só criam obrigações para si e não para terceiros.

O princípio da relatividade é que opõe os direitos pessoais aos direitos reais, cuja eficácia é *erga omnes*. Em latim, a expressão que traduz a relatividade dos contratos é *res inter alios acta tercio neque nocet, neque potest*, ou seja, o que se passa entre os contratantes ao terceiro não prejudica ou favorece.

O terceiro é aquele que não é partícipe da relação jurídica.

Exatamente por isto, a simples existência do contrato de locação não obriga o adquirente do imóvel a respeitá-lo, pois esse, como terceiro, não fez parte da avença.

Como exceção, o terceiro pode ser obrigado a respeitar um contrato por ele não firmado. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese do sucessor a título universal, desde que o contrato não seja personalíssimo. Vemos esta hipótese no contrato de empreitada (CC, art. 626) e locação (Lei nº 8.245/91, art. 10).

Na teoria geral dos contratos, existem três institutos pelos quais o contrato poderá produzir efeitos com relação a terceiros. São eles: a estipulação em favor de terceiros, a promessa por fato de terceiros e o contrato com pessoa a declarar.

7.2 Estipulação em favor de terceiros – arts. 436 a 438

Trata-se de um contrato pelo qual alguém que, não participando da relação contratual original, será por ela beneficiado.

A estipulação se verifica quando uma parte, chamada *estipulante*, contrata em seu próprio nome com a outra, chamada de *promitente*, que, por sua vez, obriga-se a cumprir determinada prestação em favor de um terceiro (beneficiário).

O exemplo mais comum de estipulação em favor de terceiro é o seguro de vida. Pelo contrato de seguro de vida, o estipulante, na qualidade de segurado, determina à seguradora, promitente, que, em caso de falecimento, o dinheiro será entregue a certa pessoa, que é a beneficiária.

A prestação do promitente será exigida pelo terceiro beneficiário que não foi parte da contratação primitiva.

A lei admite que tanto o estipulante quanto o beneficiário poderão exigir o cumprimento da obrigação prometida (CC, art. 436). Entretanto, o direito de exigir do beneficiário é limitado à estipulação feita pelo promitente, nos exatos termos das normas e condições avençadas, bastando, para tanto, que anua com tais condições (CC, art. 436, parágrafo único).

Nota-se que, com a anuência, o terceiro exprime sua vontade de receber benefícios de um contrato do qual não foi parte. Ao declarar a anuência, o terceiro passa a ser parte do contrato.

Se declarar que não quer os benefícios, a estipulação considera-se sem efeito, salvo se a lei determinar solução para o caso concreto. No caso do seguro de vida, por exemplo, a lei determina que o valor segurado deva ser dividido entre cônjuge e herdeiros do estipulante (CC, art. 792).

A lei admite que o estipulante substitua o beneficiário a qualquer tempo, por meio de um negócio entre vivos ou mesmo *mortis causa* (por testamento). A substituição não depende da anuência

do promitente, nem do beneficiário. Trata-se de direito potestativo do estipulante (CC, art. 438). Como consequência, o beneficiário substituído perde a legitimidade para exigir o cumprimento da estipulação.

A exceção à possibilidade de substituição do beneficiário como direito potestativo do estipulante se encontra nos casos em que o contrato expressamente preveja a necessidade de anuência do terceiro ou em que o contrato outorgue ao beneficiário o direito de exigir o cumprimento da estipulação. Nestas hipóteses excepcionais, para a substituição será necessária a concordância do beneficiário e o direito do estipulante deixa de ser potestativo (CC, art. 437).

7.3 Promessa de fato de terceiro – arts. 439 e 440

O promitente assume perante o outro contratante que um terceiro que não participa do contrato realizará determinado fato.

O terceiro, por não ser parte do acordo, não estará obrigado a cumpri-lo, já que o contrato não pode prejudicar terceiros. Assim, aquele que prometeu ficará responsável pelo pagamento de perdas e danos se o terceiro não realizar o prometido (CC, art. 439).

A promessa ocorre quando o promitente promete ao outro contratante que um cantor fará uma apresentação no aniversário deste último. Como o cantor não participou da avença, não poderá ser obrigado a cumpri-la, mas quem prometeu responderá por perdas e danos.

O promissário tem uma obrigação de resultado para com o outro contratante.

A responsabilidade do promitente não ocorrerá em duas situações. Se o terceiro aceita a posição assumida pelo contratante, o promitente fica exonerado (CC, art. 440). Isso porque, ao concordar com a obrigação, o terceiro passa a integrar o contrato e abandona a posição de terceiro, passando a ser parte. Se, após a concordância, o terceiro não cumprir o acordado, será ele o único responsável pela indenização dos prejuízos causados ao contratante.

A segunda situação em que o promitente não será responsabilizado é aquela em que um cônjuge promete fato do outro sen-

do que a indenização pela não-realização da promessa recaía sobre os bens daquele que não realizou o ato prometido em razão do regime de bens do casal (CC, art. 439, parágrafo único). Assim, podemos exemplificar com a situação em que o marido promete a terceiros que obterá a outorga de sua esposa para a venda de um bem imóvel, e esta não concorda com o negócio jurídico em questão. Se o marido fosse condenado a indenizar o terceiro, os bens da esposa, quando casada no regime da comunhão de bens, poderiam ser atingidos na ação indenizatória.

O pressuposto da regra é que o cônjuge que expressa seu direito de veto à prática de determinado negócio jurídico não pode ser patrimonialmente punido, pagando indenização, com seus bens, em razão do exercício regular de seu direito.

7.4 Contrato com pessoa a declarar – arts. 467 a 471

Nessa espécie, um dos contratantes tem interesse em ser substituído futuramente na posição contratual por um terceiro, cuja identidade deseja ocultar no momento da contratação, mas que será indicado oportunamente (CC, art. 467).

São partes do contrato com pessoa a declarar:

- *stipulans*: aquele que se reserva a faculdade de indicar a terceira pessoa;
- *electus*: o terceiro a ser indicado, ou seja, a pessoa a declarar;
- *promittens*: é o outro contratante que aceita, desde logo, a indicação do *stipulans* de um terceiro para assumir a posição contratual.

Ocorre, com frequência, no compromisso de compra e venda de bem imóvel pelo qual o comprador se reserva o direito de, quando da lavratura da escritura definitiva de venda e compra, assumir a posição de comprador ou indicar um terceiro para assumir a posição contratual.

Difere da cessão de contrato, pois o *promittens* não poderá se recusar a aceitar a pessoa declarada. A cessão de contrato envolve concordância imprescindível de três partes, cedente, cessionário e cedido.

O prazo para a indicação do *electus* é de cinco dias contados da celebração do contrato, se outro não for estipulado pelos contratantes (CC, art. 468).

A lei prevê que a aceitação do *electus* deverá seguir a forma que as partes ajustaram para o contrato com pessoa a declarar (CC, art. 468, parágrafo único). Assim, em se tratando de venda e compra por escrito, a aceitação deve ocorrer necessariamente por escrito, sob pena de nulidade do ato.

Ocorrendo a aceitação, o *stipulans* fica liberado do vínculo contratual e o *electus* assume todos os direitos e as obrigações decorrentes do contrato, sendo que sua aceitação terá eficácia retroativa (*ex tunc*), considerando-o contratante originário, desde o momento da celebração do contrato (CC, art. 469). A relação com o *stipulans* tem-se por não havida.

Entretanto, excepcionalmente, a lei admite que a relação só será eficaz entre os *stipulans* e o *promittens*. São três as hipóteses:

- *stipulans* não indica o nome da pessoa a declarar, ou, se nomeada, se recusar a aceitar a indicação (CC, art. 470, I);
- se o *electus* era insolvente e o *promittens* desconhecia tal fato no momento da indicação (CC, art. 470, II), não está obrigado o *promittens* a aceitar a substituição do *stipulans* por uma pessoa insolvente que não arcará com as obrigações assumidas no contrato. Assim, se o *promittens* aceita a indicação sabendo da insolvência, aceita a condição do *electus* e libera o *stipulans*. Entretanto, se desconhecia a insolvência, considera-se o contrato ineficaz com relação ao *electus*, mas continua a produzir todos os efeitos com relação ao *stipulans* e o *promittens*.
- se o *electus* era incapaz no momento da nomeação, a relação será ineficaz com relação a ele (CC, art. 471), independentemente da ciência ou não de tal fato pelo *promittens*. Trata-se de regra protetiva do incapaz e, em razão dela, a nomeação será ineficaz, mas continua a produzir efeitos com relação aos contratantes originários.