

# BOA-FÉ OBJETIVA: DEVERES ANEXOS E PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES<sup>1</sup>

Patrícia Maria Oliva Gontijo\*

pmogontijo@yahoo.com.br

## RESUMO

O presente artigo pretende fazer uma análise sobre as funções da boa-fé objetiva, em especial a criação de deveres anexos aos negócios jurídicos e independentes da vontade das partes. Busca-se um estudo de seu conceito, espécies, natureza, conseqüências de seu descumprimento durante o contrato e no período pós-contratual. Neste tocante, procede-se a uma análise da pós-eficácia das obrigações, da evolução e fundamentos da teoria e da distinção da culpa *post pactum finitum* ou pós-eficácia em sentido estrito de outras espécies jurídicas.

**Palavras-chaves:** Culpa *post pactum finitum*; Pós-eficácia; Boa-fé objetiva.

## 1 INTRODUÇÃO

A inserção da cláusula geral da boa-fé no art. 422 do Código Civil de 2002<sup>2</sup> representou para ordenamento jurídico brasileiro uma profunda alteração no modo de aplicação do Direito.

A dogmática oitocentista baseada na casuística, então vigente no Código Civil de 1916, o caracterizava como um sistema normatizado fechado, cuja principal forma de decisão se baseava na técnica subsuntiva.

Um sistema obviamente necessita da casuística para manter a sua ordenação e adequação<sup>3</sup>. Todavia a inserção das cláusulas gerais se faz necessária para promover a abertura e a mobilidade do sistema que permitam a solução de casos impossíveis de serem previstos pela casuística, possibilitando ao Direito manter-se atualizado de

\* Advogada; Mestranda em Direito Empresarial na Faculdade Milton Campos.

<sup>1</sup> Artigo apresentado à Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima/MG, na disciplina Teoria das Obrigações Empresariais, como exigência parcial para a conclusão do curso de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado em Direito Empresarial.

<sup>2</sup> Art 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>3</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 12.

acordo com os padrões de correção e eticidade vigentes na sociedade.

É o que ocorreu a partir da positivação do princípio da boa-fé objetiva. Ruy Rosado de Aguiar<sup>4</sup> faz uma interessante observação sobre a boa-fé, aduzindo ser ela um método de raciocínio próprio do *commom law*. Podemos entender tal afirmação como a admissão do raciocínio tópico no sistema, que remete o julgador a elementos metajurídicos a fim de preencher o conteúdo da cláusula geral.

A partir de então, passa-se a admitir a criação de regras de conduta para as partes de uma relação obrigacional com fundamento unicamente na boa-fé objetiva. São direitos e deveres jurídicos não previstos em legislação ou em cláusulas contratuais e aferíveis somente no caso concreto, a partir da criação da norma pelo magistrado: são os chamados deveres anexos. Tais deveres desempenham um importante papel nas relações obrigacionais, criando um regramento objetivo para elas, através da imposição de condutas durante todo o período contratual, bem como aquele que antecede e sucede o pacto.

O presente trabalho visa ao estudo dos deveres oriundos da boa-fé objetiva, que existem paralelamente às obrigações contratuais e legais, em especial os deveres anexos pós-contratuais que caracterizam a culpa *post pactum finitum*. Para tanto, parte-se de um estudo das funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, como princípio geral do direito e como cláusula geral, a fim de compreender a concepção de relação obrigacional complexa e conseqüentemente os deveres acessórios.

## 2 A BOA-FÉ

### 2.1 Evolução no Direito Brasileiro

O estudo da evolução da boa-fé no Direito Brasileiro, bem como de suas principais funções, deve partir de duas acepções em que ela é inserida no ordenamento: a subjetiva e a objetiva.

A boa-fé subjetiva possui uma conotação psicológica ligada à ignorância. Ela não é um princípio, mas um estado psíquico no qual o indivíduo possui a crença de ser titular de um Direito que em verdade não lhe pertence. Assim, ele se encontra em uma escusável situação de desconhecimento da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 14, abr.-jun. 1995, p. 20.

<sup>5</sup> ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2004.

A boa-fé objetiva, por sua vez, é uma regra de conduta para o indivíduo de acordo com os padrões sociais de lisura, ética e lealdade. Ela desconsidera qualquer elemento psíquico ou estado pessoal para privilegiar a correção dos comportamentos de maneira objetiva.

O presente trabalho parte da aceção de boa-fé objetiva e as condutas exigidas a partir da concretização deste princípio como cláusula geral, não sendo considerada a concepção subjetiva da boa-fé, senão durante o estudo da evolução do Direito Brasileiro.

No Brasil, o Código Comercial foi a primeira lei a tratar da boa-fé objetiva. Em seu art. 131, § 1º, trazia a aplicação do princípio como vetor interpretativo dos contratos, conforme se observa:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

§1º - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Contudo, tal dispositivo não obteve o devido respaldo doutrinário e jurisprudencial, sendo o provável motivo deste descaso o “espírito liberal da época, infenso, por natureza, a tudo quanto, em matéria de contrato, não tivesse gênese na vontade humana”<sup>6</sup>.

O Código Civil de 1916, fruto da dogmática oitocentista, previu a boa-fé em alguns dispositivos, mas somente em sua aceção subjetiva, como por exemplo nos artigos 490 (posse de boa-fé), 551 (usucapião) e 510 (indenização por benfeitorias ao possuidor de boa-fé).

Somente no ano de 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva ganhou respaldo legal, passando a ser devidamente abordada pela doutrina e jurisprudência, tendo sido prevista no artigo 4º, III, como princípio geral das relações de consumo e no artigo 51, IV, como vetor interpretativo dos contratos, determinando a nulidade das cláusulas contrárias aos seus preceitos éticos.

---

<sup>6</sup> SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Manole: Barueri, 2004.

O Código Civil de 2002, por sua vez, instituiu a cláusula geral da boa-fé no citado artigo 422, que passou a reger todo o direito obrigacional brasileiro.

Importa analisar, a partir de então, quais as alterações ocorridas no direito obrigacional no que tange à aplicação da boa-fé, a sua extensão como princípio, cláusula geral e conceito legal indeterminado e as novas funções por ela desempenhadas sob o fundamento da técnica legislativa das cláusulas gerais.

## **2.2 Princípio geral do Direito, cláusula geral, conceito jurídico indeterminado.**

A primeira questão que poderia surgir a respeito do tema proposto, deveres anexos à relação obrigacional, que tem a boa-fé como fundamento, seria a respeito do que exatamente configura a boa-fé objetiva. Visa-se, com isso, a compreensão no que tange à extensão dos deveres impostos pela boa-fé, bem como suas funções e limites. Desta forma, indaga-se: seria a boa-fé um princípio, uma cláusula geral ou um conceito jurídico indeterminado?

A resposta para tal questionamento deve iniciar-se com a diferenciação entre os três institutos jurídicos, bem como a função por cada um desempenhada.

Judith Martins-Costa, em sua obra “*Da boa-fé no Direito Privado*”<sup>7</sup> aborda os três conceitos e suas distinções, sendo estas classificações adotadas no presente estudo<sup>8</sup>.

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa que viabiliza a integração no sistema de ocorrências que não podem ser previstas pelos meios legislativos clássicos. A sua *fattispecie* é bastante ampla, devendo, assim, ser concretizada pelo magistrado em cada caso concreto. A cláusula geral exige que o juiz atue ativamente para formulação da norma a ser aplicada a partir de uma operação intelectual complexa. Isso se dá porque a lei não estabelece a extensão do dever de boa-fé e nem as consequências da sua violação. Assim, o juiz deverá preencher de conteúdo a norma, analisando as possíveis consequências das diversas soluções a serem dadas, as suas intensidades e, enfim, os comportamentos que seriam adequados em cada situação.

<sup>7</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999

<sup>8</sup> Cumpre ressaltar que de acordo com Engisch não há qualquer diferenciação entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de forma que em ambos, a previsão normativa descreve uma vasta gama de casos mediante determinada categoria indicada através da referência a um padrão de conduta ou a um valor jurídico aceito. Introdução ao pensamento jurídico, 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. No Brasil, este entendimento é compartilhado por Cláudia Lima Marques. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 43, p. 215-257, jul.-set. 2002.

Os conceitos jurídicos indeterminados são “palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”<sup>9</sup>, e por isso mesmo, abstrato e lacunoso. O seu conteúdo é preenchido por meio de uma atividade eminentemente interpretativa e subsuntiva, de maneira que a atividade intelectual do julgador exaure-se com a fixação da premissa. Além disso, a própria lei determina as consequências da sua violação, o que restringe a atuação do julgador em comparação com as cláusulas gerais.

Ambos os institutos jurídicos fazem parte da esfera dos conceitos de equidade, possuindo a vagueza semântica. Judith Martins-Costa<sup>10</sup>, classifica ambos como espécies do gênero “normas vagas socialmente típicas”. Dentro desta classificação, os conceitos jurídicos indeterminados são subdivididos em duas subespécies: as que aludem a realidades fáticas (têm o seu significado preciso com base nas regras de experiência) e aquelas que se reportam a realidades valorativas (assemelham-se às cláusulas gerais).

Apesar de ambos os institutos remeterem o magistrado a valores metajurídicos, eles se diferenciam no plano funcional, pela liberdade dada ao julgador nesta atuação e na complexidade da atividade intelectual realizada durante a concreção do conceito. Também se diferenciam com reação à previsão das consequências jurídicas.

A distinção se torna mais clara a partir da análise de dois dispositivos legais. O primeiro deles é o art. 51 do CDC que determina serem nulas as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé. Neste caso a boa-fé aparece como um conceito jurídico indeterminado, visto que a lei estabeleceu a consequência de sua violação, qual seja, a nulidade da cláusula. Aqui a função do julgador se exaure na fixação da seguinte premissa: o que a sociedade tem para si como incompatível com a boa-fé? Esta definição comporta uma certa objetividade, pois, apesar de referir-se a valores éticos, estes são perceptíveis pela experiência do próprio julgador. Trata-se, portanto, de uma subsunção feita a partir de conotações éticas vigentes.

O segundo exemplo é o art. 422 do Código Civil de 2002, que determina estarem os contratantes obrigados a observar a boa-fé na conclusão e na execução dos contratos. Este dispositivo estabelece a cláusula geral da boa-fé. A atividade do juiz neste caso é bem mais complexa, visto que ele deverá criar as consequências no caso concreto, quando um contratante não tiver observado a boa-fé durante

---

<sup>9</sup> JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. RT: São Paulo, 2005, p. 157.

<sup>10</sup> Op. Cit.

a sua formação ou execução, bem como a extensão dos deveres daí advindos. O magistrado deverá formular soluções, verificar as possibilidades e possíveis consequências, criando o regramento para o caso e definindo a conduta que seria compatível com a boa-fé.

Conclui-se, assim, que a boa-fé está presente no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula geral e como conceito jurídico indeterminado. Contudo, como a regra que contém um conceito indeterminado prevê as consequências advindas da sua violação, elas não interessam ao presente estudo, visto que nesta acepção elas não são fontes de deveres anexos. Por outro lado, a estrutura legislativa das cláusulas gerais é caracterizada por não conter as consequências jurídicas oriundas da sua transgressão. Por este motivo, a boa-fé interessa para o estudo nesta acepção, da qual se pode extrair suas principais funções que levam ao tema proposto: os deveres acessórios e a responsabilidade pós-contratual.

Todavia, cabe observar que, apesar de a boa-fé poder vir caracterizada com estas roupagens legislativas, que configuram técnicas a serviço da abertura e mobilidade do sistema e auxílio na solução de casos futuros, quando não prevista no ordenamento jurídico, ela é um princípio geral do Direito.

Cumpra, então, estudar a sua função como princípio geral do Direito e a diferenciação entre estes e as cláusulas gerais. Contudo, para não adentrarmos na teoria dos princípios que é recheada de polêmicas e que não constitui objeto do presente trabalho, passa-se a fazer breves observações somente com o intuito de desenvolver o tema em estudo.

Os princípios gerais do Direito podem ser conceituados como “regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou do negócio jurídico”<sup>11</sup> e, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil, possuem a função de preencher lacunas em caso de omissão legislativa<sup>12</sup>. De acordo com este conceito os princípios gerais de Direito carecem de concreção, possuindo uma função interpretativa.

Há, entretanto, outra linha de pensamento que possui como adeptos Clóvis do Couto e Silva<sup>13</sup>, Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>14</sup> e Antunes Varela<sup>15</sup>, que defende

---

<sup>11</sup> JUNIOR, Nelson Nery, *op.cit.* p. 157.

<sup>12</sup> Art. 4º LICC.

<sup>13</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. **O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português**. Estudos de Direito Civil brasileiro e português. RT: São Paulo, 1980, p. 61.

<sup>14</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor** (Resolução). Aide: Rio de Janeiro, 1991.

<sup>15</sup> VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. v.2. Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 63.

que a omissão legislativa não impede a aplicação dos princípios gerais do Direito.

De acordo com este entendimento, a boa-fé como princípio geral do Direito poderia exercer função similar à da cláusula geral, não havendo necessidade dela estar prevista no ordenamento jurídico para impedir comportamentos contrários a seus preceitos, nem para existir a possibilidade de reprimi-los. Neste contexto, a função das cláusulas gerais seria a de facilitar a sistematização das decisões judiciais, bem como o seu controle. Elas apenas representam a lei de referência e de conexão entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo uma ordenação sistemática da jurisprudência.

É um entendimento de fato muito interessante e do qual perfilhamos no tocante à desnecessidade da boa-fé estar prevista para poder ser utilizada como fator predominante de uma decisão judicial, mas desde que respaldadas em dispositivos intrassistemáticos. Assim, para as decisões serem passíveis de controle, anteriormente à inserção da cláusula geral da boa-fé, deviam estar em consonância com a espécie do sistema que então vigorava, que era eminentemente fechado e normatizado, na forma da dogmática oitocentista. A inserção da cláusula geral da boa-fé no ordenamento foi de fundamental importância para permitir a abertura e a mobilidade do sistema, com a inserção de elementos extrassistemáticos, de forma que as suas funções sejam plenamente desempenhadas e ela possa ser concretizada em uma solução judicial como fonte única de fundamentação. A boa-fé, como princípio geral, é ainda de fundamental importância para todo o sistema jurídico, como vetor interpretativo das relações obrigacionais, bem como de todo o ordenamento jurídico.

Outras diferenças, além das acima apontadas entre princípio e cláusula geral<sup>16</sup> podem ser estabelecidas: o primeiro pode vir expresso ou implícito no ordenamento jurídico, enquanto a segunda somente existe expressamente. A segunda diferença refere-se à vagueza semântica, que sempre está presente no caso das cláusulas gerais, sendo que ela faz parte da sua técnica legislativa. Os princípios, por sua vez, podem conter ou não a vagueza semântica. Por fim, a cláusula geral pode conter um princípio, como é o caso do art. 422 do Código Civil, que positivou o princípio da boa-fé.

Portanto, conclui-se que a boa-fé objetiva é um princípio geral do Direito que pode ser positivado por meio da técnica legislativa das cláusulas gerais, quando passa a permitir a inserção de elementos extra-sistemáticos, possibilitando a

---

<sup>16</sup> Cabe registrar aqui vertente defensora da tese de que não há diferenças entre princípios e cláusulas gerais. Vide AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Interpretação*, Ajuris, vol. 45.

solução judicial com base nos padrões sociais éticos de lisura e lealdade.

Cabe aqui, uma indagação com relação ao controle das decisões judiciais baseadas na boa-fé, se são baseadas na equidade e, se por não serem suscetíveis de subsunção, podem se tornar arbitrárias.

Primeiramente, deve-se observar que é próprio da técnica das cláusulas gerais o exercício da atividade criadora do juiz. Todavia, não se deve olvidar que as mesmas se encontram inseridas dentro de um sistema que, como tal, ainda que permita a decisão remeter a elementos metajurídicos, impõe seus limites nas demais normas jurídicas que compõem o ordenamento. Desta forma, a decisão baseada na boa-fé jamais pode contrariar o sistema no qual ela está inserida. Por outro lado, tem-se que a boa-fé é chamada a atuar quando não se encontra no ordenamento um dispositivo legal correspondente ao caso, por isso, muito maior a exigência de uma fundamentação adequada, garantindo o controle pelas partes e pela comunidade jurídica.

Passa-se, então, a um breve estudo sobre as funções desempenhadas pela boa-fé objetiva, a fim de se chegar à natureza dos deveres dela oriundos e à introdução no tema.

## 2.3 Funções da boa-fé

No tocante às funções desempenhadas pela boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, a doutrina<sup>17</sup> destaca as três principais<sup>18</sup>: a primeira delas é a de vetor interpretativo das relações e contratos, de forma que a melhor interpretação será sempre aquela baseada na boa fé. A segunda é a função limitadora do exercício dos direitos subjetivos, limitando a liberdade de atuação dos parceiros contratuais a fim de se evitar o abuso, bem como caracterizando como ilícitas certas condutas. A terceira função é a criação dos chamados deveres de conduta anexos aos contratos, que são autônomos e independentes da vontade dos contratantes, construindo um regramento objetivo para o negócio.

Esta terceira função da boa-fé, associada aos demais efeitos deste princípio, constitui o objeto do presente trabalho, que analisará, primeiramente, o conceito e as espécies dos deveres anexos e posteriormente à sua aplicação e consequências de sua violação nos períodos contratual e pós-contratual.

<sup>17</sup> AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. In **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 14, abr.-jun. 1995, p. 25

<sup>18</sup> Cláudia Lima Marques assinala que, segundo Jauerning e Vollkommer, a boa-fé exerce quatro funções principais: função de complementação ou concretização da relação, função de correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias, função de autorização de decisão por equidade e função de controle e limitação das condutas. Op. Cit, p. 223.



Cabe, aqui, fazer uma indagação, se os deveres oriundos exclusivamente da boa-fé, por não serem previsíveis com antecipação, seriam verdadeiros deveres jurídicos ou de natureza meramente moral, eis que fundados em padrões éticos. Menezes Cordeiro<sup>19</sup> responde a esta indagação:

As aplicações da boa-fé são verdadeiras afirmações juspositivas, embora não legisláveis. O seu nível jurídico não se põe, no entanto, apenas no campo do resultado. A gênese das decisões que as corporizam, perceptível através das justificações apresentadas (...) utiliza lugares jurídicos e apóia-se nos elementos fornecidos pelo Direito. Compreende-se, a esta luz, porque não surgem remissões para actuanes para a Moral, no domínio das apreensões empíricas da boa-fé, desde o empirismo periférico à tópica: o trabalho a nível de decisão real – o único que permite cultivar a Ciência do Direito – inculca, de imediato, a natureza jurídica do fenómeno.

O autor ensina a distinção entre um dever moral e um dever jurídico. Ainda que o dever oriundo da boa-fé não seja positivado, o que também ocorre com os deveres morais, eles se distinguem pelo fato dos primeiros serem juridicamente fundamentados. Apesar de a boa-fé traduzir um conteúdo ético, ela está inserida no sistema jurídico e por isso, os deveres que se originarem dela são controláveis em termos de Direito e recebidos no âmbito jusnormativo<sup>20</sup>. Portanto, não há dúvida da juridicidade dos deveres anexos originados da boa-fé.

Assim, passa-se ao estudo dos deveres anexos nas relações obrigacionais e as conseqüências jurídicas da sua violação.

### **3 OS DEVERES ANEXOS**

#### **3.1 Relação obrigacional complexa e deveres anexos**

A primeira noção a se ter quando se trata de deveres acessórios, antes mesmo de seu conceito, é a de relação obrigacional complexa.

A concepção da relação obrigacional clássica traduz a ideia de linearidade

---

<sup>19</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1171.

<sup>20</sup> Idem, idem, p. 1173

do vínculo entre credor e devedor, de forma que o primeiro teria o poder de exigir a prestação, enquanto o segundo teria o dever de realizá-la.

Nesta ótica, os deveres de prestação de uma relação obrigacional se resumiam somente aos deveres principais, que são aqueles que caracterizam a relação obrigacional, como por exemplo, a transferência do domínio de um móvel e o pagamento do preço respectivo caracterizam a compra e venda.

Todavia, a visão restrita dos deveres principais não retrata a realidade da estrutura obrigacional, que é formada por inúmeros outros deveres, ônus, faculdades, expectativas que não comportam o conceito restrito de linearidade da relação, mas sim um conceito “globalizante<sup>21</sup>” ou sistêmico da relação obrigacional.

Menezes Cordeiro<sup>22</sup> retrata a concepção da relação obrigacional complexa como uma realidade composta:

A complexidade intraobrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.

Esta visão de uma estrutura complexa da relação obrigacional surgiu, inicialmente na Alemanha, a partir de estudos sobre a distinção do conteúdo da obrigação entre dívida e responsabilidade e dos estudos sobre a mora do credor<sup>23</sup>, mas a sua inserção deu-se gradativamente após décadas de vigência do BGB, pois não houve uma ligação imediata entre a boa-fé e o organismo obrigacional, apesar de a mesma ter sido codificada no Direito das Obrigações<sup>24</sup>.

Por ser uma idéia que desenvolve a noção do Direito Romano, ela não foi bem aceita quando inicialmente proposta por *Heinrich Sieber*, com base nas propostas de *Savigny* de uma relação composta por um “organismo” obrigacional<sup>25</sup>. Mas, após outros estudos de autores como *Larenz* e *Esser*, que trouxeram as expressões “estrutura” e “processo”, passou-se a entender a relação obrigacional como vinculada a um fim, o que não seria possível com a simples linearidade das

---

<sup>21</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72

<sup>22</sup> Op. Cit., p. 586

<sup>23</sup> MENEZES CORDEIRO, op. Cit., p. 586-587.

<sup>24</sup> Apud MENEZES CORDEIRO, p. 589

<sup>25</sup> Idem, idem, p. 588

prestações principais<sup>26</sup>.

Traduzindo a realidade das relações obrigacionais, a estrutura sistêmica atinge tanto o credor quanto o devedor, ao contrário da relação simples em que se verifica apenas o dever de prestar e o poder de exigir.

Assim, ela é composta por uma série de deveres, ônus, faculdades, direitos potestativos, expectativas de direitos, o que poderia ser traduzido por uma rede interligada de possibilidades jurídicas.

Analisando os deveres que compõem uma relação obrigacional complexa, verificamos a existência de três ordens destes: os principais, os secundários e os anexos, também chamados de laterais ou fiduciários.

Os principais, conforme exposto, são aqueles que caracterizam a espécie de obrigação assumida. Assim, elas constituem o cerne da prestação e por isso “são a razão de ser da própria relação obrigacional que, sem ela, não existiria”<sup>27</sup>.

Os deveres secundários ou acessórios são aqueles que possuem existência autônoma, embora estejam diretamente vinculados à obrigação principal. Estes podem ser de inúmeras espécies, originarem-se de uma obrigação assumida contratualmente ou decorrerem do seu inadimplemento. A título de exemplo, constitui dever secundário o transporte de um aparelho eletrônico comprado no estabelecimento comercial em que ficou acordada a entrega na residência do comprador. E também constituem deveres secundários a indenização por atraso culposo do devedor, o dever de indenizar os prejuízos causados pelo inadimplemento e a obrigação de pagar uma cláusula penal (art. 408, CCB), dentre outros. Por possuírem existência autônoma eles também podem ser exigidos autonomamente.

Os deveres anexos, fiduciários ou laterais, que, por sua vez, constituem objeto deste estudo, constituem condutas impostas pela boa-fé objetiva a fim de auxiliarem na realização das finalidades da relação obrigacional.

Como a denominação explica, tais deveres não estão na órbita do contrato, mas paralelos a este. Por isso, eles não se ligam diretamente à espécie do contrato ou da prestação principal. São deveres de conduta impostos durante todo o desenrolar da relação contratual e das circunstâncias advindas dela, bem como daquelas que antecedem e sucedem o contrato.

Desta forma, eles não constituem prestações específicas da relação obrigacional, até porque não são previsíveis com antecipação. Apenas quando da sua

---

<sup>26</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa de. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

<sup>27</sup> NORONHA, Fernando. Op. Cit., p.79

violação pode-se inferir que a boa-fé contratual não restou observada, seja pela ausência da conduta correta e leal que se esperaria de um parceiro contratual, seja por um comportamento contrário à boa-fé. Somente após transgredido o dever, é possível verificar qual a conduta seria esperada daquele que inobservou a boa-fé.

### 3.2 Espécies de deveres anexos

Os deveres anexos foram classificados em três espécies por Menezes Cordeiro<sup>28</sup>, às quais acrescentaremos mais uma trazida por Fernando Noronha<sup>29</sup> a fim de enriquecer a exposição.

Segundo Menezes Cordeiro, os deveres acessórios se classificam em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. A estes, Fernando Noronha acrescenta o dever de assistência ou cooperação.

O dever de proteção, também denominado de cuidado ou de segurança, é aquele que impõe às partes, durante o contrato, evitar que sejam causados danos ao patrimônio ou às pessoas do parceiro contratual. O exemplo típico deles é o caso do linóleo, trazido por Menezes Cordeiro<sup>30</sup>:

(...) Um telhador que pretendia tirar medidas para uma placa de zinco, a instalar num telheiro, caiu, através de uma tábua podre colocada no topo da construção, e feriu-se com gravidade. O BGB entendeu que o proprietário, por força do contrato celebrado, devia ter tomado medidas convenientes para manter a segurança do local(...)

Tais deveres, no Brasil, não têm maior importância, visto vigorar entre nós a regra geral da responsabilidade civil, não havendo necessidade de se invocar o dever de cuidado. No sistema jurídico alemão, onde surgiu este dever, não vigora a mesma regra geral, por isso tem maior aplicabilidade<sup>31</sup>.

Os deveres acessórios de esclarecimento ou informação obrigam às partes prestarem esclarecimentos mútuos sobre todos os aspectos da relação contratual, possíveis efeitos e quaisquer circunstâncias que possam advir do vínculo, tanto na fase das negociações preliminares quanto da celebração do contrato, quanto

---

<sup>28</sup> Op. Cit. p. 604

<sup>29</sup> Op. Cit. p. 84

<sup>30</sup> Op. Cit., p. 604,

<sup>31</sup> NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 86

durante todo o pacto e após o seu término.

Muitos destes deveres são previstos na legislação consumerista ou em normas regulamentares, a título de exemplo: o dever do fornecedor de advertir sobre a periculosidade de produtos nocivos à saúde<sup>32</sup>.

Menezes Cordeiro<sup>33</sup> assinala que um campo muito produtivo do dever de informação é nos contratos de prestação de serviços médicos, trazendo o seguinte caso:

Uma mulher dirige-se a um médico queixando-se de um abcesso no peito. Este recomendou um mês de observação e depois decidiu intervir. A paciente apercebeu-se, passada a anestesia, de que lhe havia sido praticada uma mastectomia total da mama atingida. Acresce que o exame microscópico, depois efectuado, revelou a mera presença de um tumor benigno. A mastectomia para além da perda do órgão atingido tem uma série de efeitos secundários danosos, diminuindo, designadamente, a funcionalidade do braço correspondente ao lado amputado. Accionado, o médico assegura que observara todas as regras da sua arte; os sintomas observados e os antecedentes familiares da paciente inculcavam, com probabilidade sobeja, o cancro da mama, sendo, nos estágios dos conhecimentos médicos da altura, de operar imediatamente para salvar a vida da paciente.

Neste caso o médico foi condenado por não esclarecer à paciente as possíveis conseqüências da operação. Estes deveres de informação possuem uma proximidade maior do vínculo contratual por se referirem às conseqüências e circunstâncias do contrato, mas ultrapassam o seu conteúdo, por se tratarem de condutas impostas pela boa-fé e não previstas no pacto.

Os deveres de informação ainda podem ser divididos em três subespécies: deveres de esclarecimento, de conselho e de advertência<sup>34</sup>.

Nesta ordem, os denominados deveres de esclarecimento seriam uma subespécie dos deveres de informação e se referem à prestação de informações claras sobre o produto, como seu funcionamento, ou informar a respeito da necessidade de se obter licenças para sua utilização.

Os deveres de conselho são aqueles relacionados à informação sobre o pro-

---

<sup>32</sup> Art 9º do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>33</sup> Op. Cit., p. 605

<sup>34</sup> NORONHA, Fernando, op. cit., p. 86-87

duto ou serviço mais adequado, como exemplo, o dever do empreiteiro informar ao dono da obra os materiais mais apropriados.

Os deveres de advertência se referem aos possíveis riscos da utilização do produto, por exemplo, eventuais perigos no manuseio de agrotóxicos.

A terceira espécie de deveres laterais são os deveres de lealdade. Tais deveres obrigam as partes a se absterem “de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”<sup>35</sup>. São deveres de, por exemplo, não celebrar contratos incompatíveis com outros anteriores, não concorrência e sigilo com relação ao conteúdo conhecido durante as negociações contratuais e que se revelados podem prejudicar a outra parte. Observa-se que, a despeito destes deveres, as partes não deixam de defender interesses contrapostos no contrato. As condutas são impostas pela boa-fé objetiva a fim de um parceiro não prejudicar o outro, são abstenções voltadas para manter o equilíbrio e o interesse de ambos em vigor.

Os deveres de lealdade também podem incluir atuações positivas, mas como o presente trabalho optou por uma classificação com quatro espécies de deveres fiduciários, os deveres de lealdade passam a abranger a atuação negativa, enquanto os de cooperação referem-se às atuações positivas.

Assim, os deveres de cooperação ou assistência são aqueles que obrigam as partes a prestarem assistência com relação ao objeto do contrato durante e após a execução do mesmo. Um exemplo são as obrigações das montadoras de automóveis de fabricar peças de reposição mesmo após cessada a produção do modelo do automóvel ou ainda o serviço de assistência técnica dos produtos<sup>36</sup>. São deveres que visam a proteger os interesses especialmente do consumidor.

Conforme observado, tais deveres anexos, a despeito de originarem-se na boa-fé objetiva e terem denominações como lealdade, cooperação, conselho, não substituem o antagonismo contratual. São deveres jurídicos e não morais, como estudado no item 2.3 e, portanto, exigíveis juridicamente. Por conterem um conteúdo ético, corre-se o risco de serem confundidos com deveres fraternos numa concepção solidarista. Todavia, o que a boa-fé pretende é uma atuação esportiva, de forma que as partes não atuem de forma a romperem o equilíbrio contratual a fim de se beneficiarem. Não se espera que elas atuem de forma solidária, além das obrigações assumidas no contrato.

Passa-se então, à importante questão relacionada com as conseqüências do descumprimento dos deveres acessórios e ainda ao alargamento do seu papel.

<sup>35</sup> MENEZES CORDEIRO, op cit p. 606

<sup>36</sup> Art. 32 do Código de Defesa do Consumidor

### 3.3 Violação e consequências

A primeira questão que se coloca refere-se às consequências da violação de um dever acessório. Indaga-se se elas se restringem apenas à obrigação de reparar os danos ou podem gerar a invalidade ou a resolução do contrato.

Se durante a execução do contrato a violação do dever anexo importar em adimplemento defeituoso do contrato, ela gerará o direito à indenização para a contraparte.

Se, todavia, a violação frustrar o adimplemento contratual ela poderá ensejar a resolução do contrato válido.

Há ainda as hipóteses em que a violação gera a invalidade do negócio firmado, quando houver um vício na sua formação. Um exemplo corriqueiro é quando a parte omite uma informação sobre a execução contratual ou de algum conteúdo e se a contraparte soubesse não teria celebrado o pacto. Nestes casos, o contrato é anulado, restando o direito indenizatório para a contraparte.

Assim, ainda que o contrato seja nulo e não gere efeitos jurídicos, os deveres acessórios subsistem o que, mais uma vez, demonstra a sua desvinculação do conteúdo contratual.

## 4 A PÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES

### 4.1 Introdução

A pós-eficácia das obrigações tem o seu estudo muito próximo ao dos deveres anexos, eis que a culpa *post pactum finitum* constitui uma violação a estes deveres em momento posterior à extinção do contrato.

A culpa *post pactum finitum* não teve a mesma repercussão na comunidade jurídica da culpa *in contrahendo* de Ihering, apesar dela corresponder exatamente “à projeção simétrica da culpa *in contrahendo* no período pós contratual”<sup>37</sup>.

A doutrina teve sua origem na Alemanha com o intuito de tratar de situações em que mesmo depois de extinto o contrato subsistiam deveres para as partes com relação às suas circunstâncias, mas que não constituíam obrigação, objeto de cláusula contratual ou de lei.

Vários são os motivos da sua pouca difusão, a começar pela pequena quantidade de casos em que ocorre a violação de deveres anexos em momento posterior

---

<sup>37</sup> MENEZES CORDEIRO. Op. Cit, p. 625

ao término do contrato. Por outro lado, inúmeros são os casos de aplicação da culpa *in contrahendo*, o que contribuiu para a sua maior propagação.

Também ocorreu um atraso em sua redução dogmática, que somente se deu após a consagração da teoria na Alemanha<sup>38</sup>. Assim, ainda que fosse o caso de sua invocação, ela não era levantada pelos juristas, pela própria falta de consciência de sua existência. Desta forma, ela passou a ser aceita e aplicada somente a partir de da década de 1920<sup>39</sup>. Mas ainda hoje, a teoria não recebe uma fundamentação precisa, motivo pelo qual propõe-se o seu estudo.

## 4.2 Evolução e fundamentos da teoria

### 4.2.1 Evolução da culpa *post pactum finitum*

Menezes Cordeiro<sup>40</sup> relata três casos ocorridos na Alemanha em meados do século passado em que se verificou a ocorrência da responsabilidade pós-contratual, todavia, apenas no primeiro, a teoria restou invocada. Nos demais, a fundamentação baseou-se na boa-fé, contudo sem a explicitação da culpa *post pactum finitum*, o que contribuiu para a sua pouca difusão.

O primeiro caso é o do terreno com vista para o monte. Uma senhora adquiriu um lote por ter o vendedor lhe garantido que o mesmo teria vista definitiva para um lindo monte. Para tanto, afirmou que a legislação da cidade proibia a edificação nos terrenos à frente do seu, o que lhe garantiria a vista definitiva. Passados alguns meses da aquisição do terreno, o próprio vendedor solicitou uma alteração no plano de urbanização da cidade, o qual passou a permitir a edificação nos lotes em frente do terreno da compradora, fazendo com que ela perdesse a vista. Ela, então, ingressou em juízo contra o alienante requerendo vultuosa indenização e obteve êxito no Tribunal de Revista Alemão, após a perda nas instâncias inferiores. Cumpre observar, neste tocante, que inexistia disposição contratual relativa à perda da vista pela autora.

O segundo caso relatado é o da fabricação dos casacos de pele. A autora

---

<sup>38</sup> Idem, idem, p. 626

<sup>39</sup> Donnini, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós-contratual**: no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90. O autor relata que o marco do acolhimento da teoria se deu “em 1925, quando o Reichsgericht (RG) decidiu que, após o término de uma cessão de crédito, o cedente deveria continuar a não impor obstáculos ao cessionário”.

<sup>40</sup> Apud Donnini, Rogério Ferraz. Op. Cit. p. 91-94



encomendou o desenho dos modelos das rés a fim de produzir e vender os casacos. Cumprido o contrato e após a fabricação dos agasalhos, as rés venderam os mesmos modelos para uma concorrente da autora, o que fez com que ela ingressasse em juízo requerendo indenização pelos prejuízos sofridos. A autora também obteve êxito no Tribunal de Revista Alemão. Ressalta-se que não havia cláusula de exclusividade no contrato firmado entre as partes.

O último caso refere-se à venda de um tapete a um hotel, em que a vendedora indicou um terceiro para proceder à colagem do mesmo no piso do estabelecimento. Todavia ela não informou ao terceiro que o material de confecção da peça havia sido alterado e era incompatível com a cola utilizada. Assim, o tapete foi danificado devido ao procedimento de colagem. O hotel reteve o valor do pagamento e a vendedora ingressou em juízo em face dele, tendo perdido a demanda no Tribunal de Revista Alemão.

Verifica-se que, em todos os casos narrados, as obrigações negociais foram devidamente cumpridas e os contratos finalizados. Portanto, não houve violação contratual em nenhum deles. A responsabilidade dos demandados se deu pela infração dos deveres anexos aos contratos, oriundos da boa-fé objetiva e que, portanto, não constituem prestações específicas. Nos dois primeiros casos, se deu a violação do dever de lealdade para com o ex-parceiro contratual. No terceiro caso, infringiu-se o dever de esclarecimento quando da omissão sobre a alteração do material de fabricação do tapete, que a vendedora sabia ser incompatível com o antigo procedimento de colagem.

O Tribunal de Revista Alemão em todos os casos entendeu que, mesmo após o cumprimento das obrigações contratuais, havia um dever oriundo da boa-fé objetiva que impunha às partes comportar-se de forma leal para com o ex-parceiro.

Após a aplicação da teoria nestes casos, a doutrina passou a traçar os seus contornos, o que, todavia, não implicou na sua consolidação na jurisprudência e nem sua unânime aceitação pelos doutrinadores.

A reforma do BGB (Livro das Obrigações) também não positivou esta teoria, o que demonstra a dificuldade na sua consolidação no Direito Alemão e consequentemente em outros países<sup>41</sup>.

No Direito Brasileiro, um famoso caso ocorrido em 1907 e envolvendo dois famosos juristas, Rui Barbosa e J.X. Carvalho de Mendonça é uma hipótese em que se enquadra perfeitamente a teoria da culpa *post pactum finitum*. Todavia, ela não constituiu objeto de discussão, até mesmo porque a sua consagração se deu

---

<sup>41</sup> Donnini, Rogério Ferraz. Op. Cit. p. 145

alguns anos depois na Alemanha<sup>42</sup>.

O caso envolveu duas grandes indústrias têxteis: Companhia Nacional de Tecidos de Juta e Companhia Paulista de Aniagens. Contratou-se a fusão da fábrica de Juta Sant'Ana, de propriedade de Antônio Álvares Leite Penteado, situada no bairro da Mooca, em São Paulo, com as fábricas São João e Santa Luzia, a fim de formar a Companhia Nacional de Tecidos de Juta. Após um ano da venda, o Conde Álvares penteado requereu licença para instalar uma fábrica com a mesma atividade comercial da anterior, também no bairro da Mooca, denominada Companhia Paulista de Aniagens.

Sentindo-se lesionada com esta conduta, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ajuizou uma ação em face da Companhia Paulista de Aniagens alegando concorrência desleal e requerendo a restituição de 3.000 contos de réis, objetos do contrato de compra e venda que haviam sido pagos à Álvares Penteado pela posição e prestígio de sua então indústria no mercado, bem como perdas e danos e juros de mora.

A ré contestou ao argumento de que a clientela não havia sido objeto do contrato, pois ela não estava abrangida pelo valor pago, e deveria prevalecer a liberdade de comércio<sup>43</sup>.

A autora perdeu a demanda em primeira instância, tendo a sentença entendido que não havia cláusula contratual prevendo qualquer questão relativa à freguesia bem como relativa à instalação de indústria com o mesmo objeto no local, sendo, portanto, lícita a conduta do réu.

Em recurso ao Supremo Tribunal Federal, J.X. Carvalho de Mendonça, então procurador da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, conseguiu a reforma da sentença, que se deu pelo fundamento de que no valor pago a título de prestígio alcançado pela fábrica de Juta Sant'Ana, estava incluída a freguesia, o que caracterizou a cessão da clientela.

Todavia a Companhia Paulista de Aniagens recorreu do acórdão por meio de embargos, nos quais Rui Barbosa argumentou que o valor pago pelo prestígio da fábrica não incluiu a cessão de clientela. Se esta fosse acordada, o teria sido de forma expressa, pois esta não está implícita na alienação do fundo de comércio. A tese dos embargos foi acolhida, tendo o STF entendido que deveria prevalecer o que estava expresso no contrato.

---

<sup>42</sup> Idem, idem, p. 96/100

<sup>43</sup> Idem, idem, p. 96/100.

Ressalta-se que não havia regra expressa naquela época quanto à proibição da prática de concorrência com o adquirente de estabelecimento comercial, hoje prevista no art. 1.147 do Código Civil. Assim, a culpa *post pactum finitum* poderia ser plenamente invocada com base na boa-fé objetiva prevista no então vigente Código Comercial de 1850<sup>44</sup>. Contudo, a cultura jurídica fundada no liberalismo encontrava-se bem mais sedimentada no sentido da autonomia da vontade do que na correção das condutas. Percebe-se, pelos argumentos decisórios, que somente foi levada em conta a previsão contratual da cessão de clientela para gerar a obrigação de indenizar. Não se cogitou em nenhum momento de invocar a boa-fé como limitadora das condutas das partes.

Assim, a culpa *post pactum finitum* foi suscitada pela primeira vez no Brasil em 16/08/1988, num acórdão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o seguinte conteúdo:

Compra e venda. Culpa post pactum finitum. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escorraçando-a do lugar, para aproveitar-se disto e vender a sua casa para outrem, descumpra uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada<sup>45</sup>.

A partir de então, ainda que sem previsão expressa da boa-fé no Código Civil de 1916, ela passou a ser utilizada em alguns arestos como fundamento para a culpa *post pactum finitum*, mas ainda hoje a teoria não possui bases sólidas na doutrina e na jurisprudência. O maior argumento contrário à sua aplicação no atual direito obrigacional brasileiro<sup>46</sup> cinge-se à sua falta de previsão no ordenamento jurídico, a partir do entendimento de que o art. 422 do Código Civil não regulamentou o período pós-contratual.

Cumpra, então, passar-se ao estudo dos fundamentos da teoria da culpa *post pactum finitum* a fim de se concluir pela sua aplicabilidade.

---

<sup>44</sup> Art. 131 do Código Comercial Brasileiro de 1850. Revogado pelo Código Civil de 2002.

<sup>45</sup> Apelação Cível 588.042.580. Rel: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Fonte: Jurisprudência TJRS, C-CIVEIS, 1997, V-2, T-11, P-11-16. RJTJRS, V-133/401.

<sup>46</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista do Tribunais**, v. 775, maio 2000.

#### 4.2.2 Fundamentos

A culpa *post pactum finitum* por inúmeras vezes, não recebeu guarida do Poder Judiciário e da doutrina, seja pela falta de conhecimento por parte dos juristas, seja pela falta de uma fundamentação nos julgados, bem como pela menor frequência em que ela se aplica em relação à culpa *in contrahendo*.

Neste tocante, cumpre analisar quais os fundamentos desta teoria a fim de se verificar a sua aplicabilidade no atual Direito Obrigacional Brasileiro.

O maior fundamento da teoria em estudo é o princípio da boa-fé objetiva. Conforme exposto no primeiro tópico deste trabalho, a boa-fé possui três principais funções, sendo uma delas a criação de deveres anexos ao contrato. Estes, por sua vez, não constituem deveres contratuais, mas laterais ao negócio jurídico e não são previsíveis com antecipação. Verificou-se, ainda, que os deveres anexos existem durante todo o período contratual, bem como nos períodos que antecedem e sucedem o pacto.

Também foi estudado que a inserção da cláusula geral da boa-fé representou a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, por ser uma técnica legislativa que permite o preenchimento do conteúdo da norma legal no caso concreto. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, esta cláusula passou a reger todo o direito obrigacional brasileiro.

Sendo, portanto, permitido o reenvio a *standards* metajurídicos na aplicação da boa-fé objetiva, ainda que se entenda que o ordenamento deixou de prever a sua aplicação no período pós-contratual, não restam dúvidas de que ela é inteiramente aplicável, pelo simples fato de as cláusulas gerais regerem todas as hipóteses não previstas na lei. Esta é a sua função, conforme exaustivamente demonstrado no item 2.2 deste trabalho. Não há necessidade da pós-eficácia estar prevista expressamente no ordenamento jurídico para a teoria ter ampla aplicação, visto que a cláusula geral visa exatamente a abranger as situações futuras que não estão normatizadas.

Ressalta-se que perfilhamos do entendimento de que o art. 422 do código civil não deixou de prever a aplicação da boa-fé no período pós-contratual, apesar de sua redação confusa. Aliás, seria incoerente afirmar que a boa-fé objetiva possui a função de criar deveres anexos, não determináveis com antecipação e considerar que a legislação previu apenas parte deles. A cláusula geral não tem aplicação restritiva, mas extensiva, sendo a amplitude a grande característica de sua *fattispecie*. Todavia, a argumentação acima exposta é válida para rebater o

entendimento contrário, baseado na dogmática oitocentista, que ainda se encontra arraigada na cultura jurídica brasileira.

Assim, por decorrer da boa-fé objetiva, não há necessidade de a culpa *post pactum finitum* ter qualquer previsão legal para ser acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo, todavia, incorreta a afirmação de que o art. 422 do Código Civil Brasileiro não recepcionou a culpa *post pactum finitum* devido à sua redação.

Rogério Ferraz Donnini<sup>47</sup> também traz como fundamentos da pós-eficácia das obrigações a função social do contrato e o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo como argumentação a restrição da autonomia privada e a proteção do parceiro contratual.

Com o intuito de delinear o âmbito de aplicação da teoria, passa-se ao estudo das características da culpa *post pactum finitum*.

### 4.3 Distinção entre culpa *post pactum finitum* e outras espécies

Menezes Cordeiro relata que “num certo amorfismo acrítico, têm sido consideradas de ccpf todas as manifestações de juridicidade que se manifestem depois de extinta a obrigação”<sup>48</sup>.

De fato, nem toda obrigação pós-contratual caracteriza a culpa *post pactum finitum*, sendo várias as espécies de obrigações que podem surgir em momento posterior ao término de uma relação contratual.

Cumprindo, assim, distinguir a culpa *post pactum finitum* das demais hipóteses de responsabilidade que podem surgir após findo o contrato.

A partir dos exemplos dados, e de traçadas as bases e os contornos da teoria, tem-se que a culpa *post pactum finitum* se configura quando da violação de deveres anexos após o término do negócio jurídico. Observa-se que o ponto que a distingue de outras figuras jurídicas é a falta de previsão de tais deveres em cláusula contratual ou em qualquer legislação. São deveres oriundos da boa-fé objetiva, e, portanto, imprevisíveis por antecipação.

A dificuldade de sua caracterização está, portanto, no fato de muitos deveres laterais pós-contratuais serem hoje previstos em nossa legislação consumerista, como é o caso do artigo 32, parágrafo único do CDC<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Op. Cit. p. 118-121

<sup>48</sup> Op. Cit. p. 627. O autor utiliza a sigla “ccpf” para se referir à culpa *post pactum finitum*.

<sup>49</sup> Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei.

Desta forma, a fim de delinear a teoria da culpa *post pactum finitum*, Menezes Cordeiro<sup>50</sup> fez uma espécie de classificação de todas as demais figuras que possam ser confundidas com ela. Veremos que, a despeito do nome dado a algumas delas, nem mesmo se trata de pós-eficácia, mas de eficácia contratual.

A primeira delas é a pós-eficácia aparente. Ela se dá quando o efeito posterior ao término do contrato está previsto em disposição legal ou em cláusula contratual. Como exemplos, temos os artigos 10º, § 1º<sup>□</sup> e 32 do CDC. Rogério Ferraz Donnini<sup>51</sup> observa nestes casos que “se a própria norma jurídica impõe um certo efeito, não há que se falar em pós-eficácia, mas em eficácia, isto é, a lei prevê que uma dada obrigação tem de ser cumprida num momento posterior”. De fato, a violação de tais deveres configura o descumprimento a um dispositivo legal ou cláusula contratual.

A segunda figura é a denominada pós-eficácia virtual que se dá quando, após o cumprimento da prestação principal, surge um dever relativo à prestação secundária. Como exemplo tem-se o contrato de locação, no qual após o pagamento da última parcela, surge para o locatário o dever de restituir o bem para o proprietário<sup>52</sup>. O dever aqui surge do fato de ser complexa a relação obrigacional estabelecida pelo contrato, ou seja, é um dos deveres que constituem todo o complexo de obrigações e não uma eficácia posterior.

A terceira figura é a pós-eficácia continuada. Aqui não se tem propriamente pós-eficácia, mas o cumprimento de um contrato continuado. O exemplo trazido é a compra e venda a prazo<sup>53</sup>. Verifica-se, aqui, que também não se trata de uma pós-eficácia, mas de execução contratual, visto que a obrigação principal do adquirente é o pagamento do preço.

Portanto, em nenhuma das situações acima descritas pode-se aplicar a teoria da culpa *post pactum finitum*, que foi denominada por Menezes Cordeiro como pós-eficácia em sentido estrito. Esta somente se dá quando o dever acessório não está previsto em dispositivo legal ou contratual e não representa obrigação acessória.

#### **4.4 Responsabilidade civil pós-contratual e a terceira via**

O último aspecto a ser abordado com relação ao tema em estudo refere-se à espécie de responsabilidade civil advinda da culpa *post pactum finitum*.

---

<sup>50</sup> Op. Cit.p. 627

<sup>51</sup> Op. Cit. p. 129

<sup>52</sup> Donnini, op. Cit. p. 130

<sup>53</sup> Idem, idem, p. 130

O tema é polêmico e seu aspecto prático se verifica principalmente por conta da prova a ser feita por aquele que sofreu o dano e do período de prescrição para pleitear a indenização em juízo. Discute-se, assim, se a responsabilidade pós-contratual seria contratual, pelo fato do dever violado ser anexo ao contrato ou extracontratual, em virtude da extinção do pacto.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana, resumidamente, é aquela prevista na regra geral de responsabilidade civil do art. 186 c/c 927<sup>54</sup> do Código Civil, que obriga ao ofensor a reparação do prejuízo causado. Nestes casos, o vínculo obrigacional entre as partes surge a partir do ato ilícito, quando pleiteada a indenização em juízo. Por não existir vínculo contratual antecedente entre as partes, a vítima deve comprovar o fato que importou em violação legal, o dano causado e o nexo de causalidade entre o fato e o dano, sendo dela o ônus da prova.

Por outro vértice, a responsabilidade contratual advém do descumprimento de uma obrigação constante de um contrato válido. Os pressupostos para a responsabilidade do transgressor são, portanto, o contrato válido e a violação de uma obrigação contratual. É mister que o devedor tenha agido ao menos com culpa. Deve, portanto, ser feita a prova do prejuízo causado à parte lesada, bem como do nexo de causalidade entre o fato e o dano<sup>55</sup>. Todavia, pela existência de um vínculo anterior entre as partes, o mero descumprimento injustificado do contrato dá ao lesado o direito de pleitear em juízo a indenização pelos prejuízos comprovados, de forma que o ônus da prova da ausência de culpa por algum fator excludente da sua responsabilidade é transferido para o devedor. Portanto, a comprovação da responsabilidade civil contratual é bem mais simples do que a prova da responsabilidade aquiliana.

Diferenciam-se também, com relação ao prazo prescricional para se pleitear em juízo a responsabilidade civil, sendo que a extracontratual segue a regra do art. 206, §3º, V<sup>56</sup> do Código Civil, que estabelece o prazo de três anos. Por outro lado, a responsabilidade contratual segue os prazos contidos em dispositivos específicos de acordo com as hipóteses elencadas no código civil, como é o caso do prazo de cinco anos para se pleitear a cobrança de dívidas líquidas constante de instrumento público ou particular (art. 206, § 5º, I), e do prazo de três anos para se pleitear o recebimento de aluguéis de prédios urbanísticos ou rústicos (art. 206, § 3º, I).

<sup>54</sup> Art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>55</sup> Na responsabilidade civil objetiva, como é o caso dos prejuízos causados ao consumidor, não se exige a prova da culpa.

<sup>56</sup> Art. 206. “Prescreve (...) § 3o Em três anos (...)V - a pretensão de reparação civil”.

Cabe ressaltar, contudo, a existência de uma teoria desenvolvida por Claus-Wilhelm Canaris<sup>57</sup> de que a responsabilidade civil oriunda da culpa *post pactum finitum* seria um *tertium genus*, por ser uma espécie de regime misto, com características específicas. Este gênero é denominado de terceira via da responsabilidade civil. Os fundamentos utilizados pela teoria são de que a terceira via estaria fundada em vínculos específicos, consistentes em deveres das partes no tráfego negocial, deveres estes superiores aos denominados deveres genéricos, supedâneos da boa-fé, e não no dever geral de diligência<sup>58</sup>. Assim, a responsabilidade não poderia ser contratual por derivar de um dever genérico de conduta e, por outro ângulo, por emanar dos deveres do tráfego negocial, ela ultrapassa a órbita da mera extracontratualidade.

Todavia esta teoria encontra dificuldades em inserir-se nas disposições atuais do ordenamento jurídico brasileiro, não acrescentando nenhum auxílio com relação à prova a ser elaborada nos pleitos desta natureza, bem como com relação aos prazos de prescrição estabelecidos pela lei. O intérprete terá sempre que modelar o caso em uma das duas espécies legais de responsabilidade civil previstas no ordenamento jurídico a fim de constituir a prova e definir as regras processuais com relação ao seu ônus.

Desta forma, perfilhamos do entendimento de que a responsabilidade civil advinda da culpa *post pactum finitum* é contratual. Ainda que os deveres anexos não estejam expressamente previstos e não estabeleçam prestações específicas, eles decorrem do contrato e terminam por constituir nada mais e nada menos do que o comportamento esperado pelas partes anteriormente, durante a vigência e após a extinção do acordo de vontades.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo dos deveres anexos aos contratos é de grande importância para a compreensão da estrutura sistêmica ou complexa das relações obrigacionais. Tal concepção permite a participação da boa-fé objetiva não só como vetor interpretativo, mas também como verdadeira fonte de criação de direitos e deveres contratuais.

Esta função da boa-fé possibilita o equilíbrio das relações contratuais a partir de uma concepção fundada em padrões sociais que visa a controlar as condutas

---

<sup>57</sup> CLAUS-WILHELM CANARIS, Il significato di una regolamentazione generale del l'obbligazione e i titoli I e II del secondo libro del BGB APUD DONNINI p. 159.

<sup>58</sup> Canaris apud Donnini, op. Cit. p. 160



das partes contratantes, classificando como ilícitos certos comportamentos não previstos na relação negocial.

Eis a sua grande relevância no aspecto prático da teoria das obrigações, tendo em vista a impossibilidade das partes preverem nos negócios jurídicos todas as circunstâncias que possam advir deles, bem como os seus possíveis efeitos e consequências.

Neste tocante, a boa-fé funciona como auxílio na resolução dos casos em que o equilíbrio próprio do contrato for desrespeitado e não houver consequências legais ou contratuais previstas. Por ter uma *fattispecie* bastante ampla, a cláusula geral vem permitir a criação, em cada caso, da conduta esperada das partes.

Estas funções da boa-fé têm especial relevância no tocante à culpa *post pactum finitum*, pois, quando de sua incidência, as consequências nunca estão descritas em meios legais ou contratuais, sendo a boa-fé a única fonte dos deveres oriundos da teoria.

Neste aspecto, ela exerce o papel crucial de reger todas as obrigações contratuais, bem como aquelas paralelas ao pacto, dando origem à visão de obrigação como um complexo de deveres, direitos, ônus, faculdades, direitos potestativos e possibilitando o desenvolvimento da ciência jurídica a partir da inserção de elementos que mantêm a atualização sistemática com base nos padrões vigentes na sociedade.

## **OBJECTIVE GOOD FAITH: ANNEXES AND DUTIES OF THE POST-BENEFIT OBLIGATIONS**

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze the functions of objective good faith, in particular the creation of legal obligations attached to business and independent of the parties. Search a study of its concept, species, nature, consequences of his noncompliance during the contract period and post-contractual. In this regard, it will result in a post-effective analysis of the bonds, and fundamentals of evolution theory and the distinction of guilt Surviving or post-effective in the strict sense of other species law.

**Key-words:** Guilt Surviving; Post-effective; Good-faith objective.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. In **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 14, p. 20-27, abr.-jun. 1995.

\_\_\_\_\_. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor** (Resolução). Aide: Rio de Janeiro, 1991.

\_\_\_\_\_. **Interpretação**. In **Ajuris**, vol. 45.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In **Revista do Tribunais**, v. 775, maio 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian.

COUTO E SILVA, Clóvis. O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português. In **Estudos de Direito Civil brasileiro e português**. RT: São Paulo, 1980

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós-contratual**: no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. RT: São Paulo, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação. In **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 43, p. 215-257, jul.-set. 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003

ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**, 3. ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2004.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Manole: Barueri, 2004.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. v.2. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

