

## A responsabilidade "post factum finitum" no direito civil e do consumidor

Ademir de Oliveira Costa Júnior\*

### RESUMO

Não é tarefa fácil delimitar de maneira exata o tempo dos efeitos de um contrato. Mesmo o contrato já cumprido pode apresentar efeitos residuais, pois, a exemplo do período anterior ao contrato, pode o contratante praticar ações ou omissões responsabilizáveis. É o que se pode chamar de pós-eficácia das obrigações contratuais. O artigo 422 do Código Civil é claro no sentido de que os contratantes devem guardar, tanto na conclusão do contrato, quanto na sua execução, os princípios da boa-fé. A boa-fé deverá perdurar antes e também depois do contrato, tendo em vista as conseqüências do negócio jurídico. O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil que surge no momento posterior ao cumprimento e à extinção do contrato, quando haja ocorrido violação, por uma das partes, dos chamados deveres acessórios, contrariando o princípio da boa-fé e ocasionando danos ao ex-contratante. Procura-se demonstrar a possibilidade de se invocar a responsabilidade pós-contratual nas relações entre particulares no âmbito do direito civil e do consumidor.

---

### RESUMÉ

N'est pas tâche facile de délimiter de manière exacte le temps des effets d'un contrat. Même le contrat déjà accompli peut présenter des effets résiduels, donc, à exemple de la période précédente au contrat, peut le contractant pratiquer des actions ou omissions vous responsabilisiez. C'est ce qui se peut appeler d'ensuite efficacité des obligations contractuelles. L'article 422 du Code Civil est clair dans le sens dont les contractants doivent garder, de telle façon dans la conclusion du contrat, combien dans son exécution, les principes de la foi. La foi devra durer avant et aussi après le contrat, en vue des conséquences de l'affaire juridique. Présent travail tourne sur la responsabilité civile qui apparaît au moment postérieur à l'accomplissement et à l'extinction du contrat, quand se soit produite violation, par une des parties, des appelés devoirs accessoires, en contrariant le début la foi et en causant des dommages à l'ex contractant. Il se cherche à démontrer la possibilité s'invoquer de la responsabilité ensuite contractuel dans les relations entre des particuliers dans le contexte du droit civil et du consommateur

---

## INTRODUÇÃO

O contrato reveste-se de grande importância no desenvolvimento das atividades negociais. Como assevera Silvio Rodrigues<sup>[01]</sup>, "é o instrumento que viabiliza a troca de riquezas, a atuação dos agentes no cenário econômico". O contrato cria o ambiente jurídico necessário para assegurar a plena realização da atividade econômica.

Por outro lado, há uma certa influência da economia no direito contratual, pois a vida econômica cria novas modalidades de negócios, cabendo à teoria contratual estabelecer seus regimes jurídicos.

Princípios como a autonomia da vontade, obrigatoriedade das convenções, dentre outros, sofrem influxos da atividade econômica, podendo ser atenuados diante de uma nova realidade social e econômica. A revisão dos contratos, as cláusulas contratuais gerais, os contratos de adesão, onerosidade excessiva, dentre outros institutos indicam a reação da teoria contratual diante do fato econômico.

O contrato é tradicionalmente conceituado como o acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos. Pode-se dizer, no entanto, que este acordo de vontades não se obtém de forma instantânea, pois, ressalvados os pequenos negócios, a relação contratual é precedida de atos destinados à realização do objetivo contratual, e mesmo depois de findo o contrato subsistem deveres para as partes.

Trata-se, pois, o contrato, de uma sucessão de atos destinados a uma finalidade. Tal consideração permite a identificação das fases contratuais. Isolando os três momentos do processo contratual temos a fase pré-contratual, fase contratual propriamente dita e fase pós-contratual.

A fase pré-contratual tem início com as negociações preliminares e se estende até a conclusão do contrato ou entrega da coisa. Compreende os momentos iniciais da relação contratual, onde os agentes ainda analisam a conveniência de se submeterem ao vínculo contratual.

Na fase contratual, surgido o acordo e se aperfeiçoando a vontade contratual, estão compreendidos o adimplemento, inadimplemento e as situações em que o devedor ou credor se encontram em mora.

O fim da fase contratual coincide com as causas de extinção do contrato. Havendo adimplemento ou inadimplemento, culposo ou involuntário, de modo a tornar inviável a prestação, ou sendo desfeito o negócio pela vontade das partes, tem-se o fim do contrato e, conseqüentemente, da fase contratual.

Embora findo o contrato, ainda assim produzirá efeitos, gerando obrigações para os contratantes. Subsistem deveres como os de informação e de não adoção de condutas que

possam frustrar o objetivo contratual, os quais não decorrem exclusivamente do vínculo contratual, mas têm fundamento na cláusula geral da boa-fé, obrigando as partes a agir de maneira honesta, preservando a confiança depositada na negociação e execução do contrato.

O descumprimento de tais deveres pode acarrear o reconhecimento da chamada responsabilidade pós-contratual.

O presente trabalho parte da consideração do contrato como um processo, dedicando especial atenção à fase pós-contratual, fazendo uma indispensável análise da cláusula geral da boa-fé e dos deveres acessórios de conduta, para, posteriormente, analisar os requisitos necessários ao surgimento da responsabilidade pós-contratual e todas as suas nuances.

---

## **CAPÍTULO I**

### **DIREITO OBRIGACIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL**

Para que se proceda a um estudo sobre a responsabilidade pós-contratual torna-se imperioso tratar da relação jurídica obrigacional, posto que a responsabilidade civil numa relação contratual decorre do incumprimento voluntário de uma obrigação, de seu inadequado cumprimento ou da violação de deveres acessórios.

Para Justiniano <sup>[02]</sup>, "Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura" (obrigação é o vínculo jurídico de direito pelo qual somos obrigados a pagar uma certa coisa de acordo com os direitos das nossas cidades).

Nosso Código Civil não definiu obrigação, pois o conceito é intuitivo, não cabendo, em regra, pois, ao legislador definir.

Clóvis Beviláqua assim a definiu <sup>[03]</sup>:

Obrigação é a relação transitória do direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nos essa ação ou omissão.

Obrigação distingue-se de responsabilidade, podendo haver obrigação sem responsabilidade, como, por exemplo, nos débitos prescritos, assim como poderá haver responsabilidade sem obrigação, como ocorre no caso do fiador, o qual responde pela dívida decorrente da obrigação assumida por outrem.

A responsabilidade é corolário do inadimplemento de uma obrigação pelo devedor, em desfavor do credor. Portanto, aquele que fere o direito de outrem deve reparar o prejuízo causado. O devedor que não cumpre suas obrigações deve ter apreendidos seus bens passíveis de penhora, de modo a responder com seu patrimônio pelo pagamento de suas dívidas, o que se denomina imputação civil dos danos.

No nosso direito civil atual há controvérsias com relação à classificação das fontes das obrigações: De um lado há os que acreditam que duas são as fontes das obrigações: a vontade humana e a lei. De outro, há os que defendem que as fontes das obrigações devem ser classificadas da seguinte forma: obrigações que têm por fonte imediata o ato ilícito; e aquelas que têm por força imediata a lei. Além destas duas teses, há ainda os que sustentam que esta divisão é puramente didática, porque as obrigações decorrem exclusivamente dos fatos jurídicos, atos ilícitos e lei. Esta é considerada fonte obrigacional por ser possível dar a um fato consequências jurídicas, mediante a criação de uma norma.

A responsabilidade civil não constitui uma fonte das obrigações, mas consequência da falta do cumprimento ou ainda o defeito ou cumprimento inadequado de uma obrigação, gerando a possibilidade para o credor de acionar o devedor pelo prejuízo que este lhe causou. É o que podemos chamar de responsabilidade contratual, ou mais precisamente responsabilidade obrigacional.

Como lembra Caio Mário da Silva Pereira<sup>[04]</sup>, com o advento da *Lex Aquilia*, que deu origem à responsabilidade extracontratual ou delitual, ocorreu a maior transformação na responsabilidade civil, com a origem do elemento culpa para a caracterização do delito. Além disto, por esta lei foram substituídas penas fixas (indenização tarifária) por uma pena proporcional ao prejuízo causado.

Em sua construção, a teoria da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, segue critério uniforme no direito ocidental. Na França, Inglaterra e Estados Unidos, verifica-se a fórmula baseada no *neminem laedere* (a ninguém ofender). Na Alemanha, a responsabilidade tem fundamento na lesão qualificada, enquanto na Itália vigora um sistema híbrido.

Para o sistema brasileiro, a responsabilidade civil consiste em obrigação de reparar, para o agente causador ou por imposição legal, os danos suportados pela vítima, os quais podem ser materiais, morais ou à imagem. A idéia de responsabilidade é a do *neminem laedere* (a ninguém ofender) ou *alterum non laedere* (a outrem não ofender).

Aquele que viola o direito, causando dano a uma pessoa, comete ato ilícito e será obrigado a reparar o prejuízo, assim dispendo os arts. 186, 187 e 927 do novo Código Civil.

---

## CAPÍTULO II

### O UNIVERSO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

## **2.1. A Nova Concepção do Contrato e Seus Efeitos**

Quando o homem usa de sua expressão de vontade com a intenção de gerar efeitos jurídicos, a manifestação de sua vontade constitui-se num negócio jurídico. Sobre o negócio jurídico, o novo código civil se referiu nos arts. 104 e seguintes, sem, contudo, defini-lo exatamente.

No Código civil atual, embora possua normas gerais de contratos, as verdadeiras regras gerais do direito contratual são as mesmas para todos os negócios jurídicos. Conclui-se que para qualquer negócio jurídico, e não apenas aos contratos, aplicam-se as regras sobre capacidade do agente, forma e objeto, assim como em relação às normas sobre os vícios de vontade. Esta estrutura, intitulada no novo Código Civil de "negócios jurídicos", é a mesma estrutura havida no código anterior, cuja inspiração foi o Código civil francês de 1804, o Código italiano de 1865 e o Código alemão de 1896.

No sistema francês, o contrato é posto como o ponto máximo do individualismo. Ele vale e se torna obrigatório porque esta foi a vontade manifesta das partes. Não há outras limitações para o contrato, que não aquelas fundadas em interesse público. O contrato opera a transferência dos direitos reais porque está ligado à propriedade. Trata-se do contratualismo extremo, no qual a própria estrutura do Estado baseia-se em um contrato.

Elaborado quase um século após a edição do Código napoleônico, o Código alemão mostrou-se mais avançado, retratando o direito de um diferente momento histórico. Neste sistema prevalece o elemento vontade. O contrato passa a pertencer a uma categoria mais geral, sendo uma subespécie de uma espécie maior: o negócio jurídico.

Sendo o negócio jurídico uma categoria mais ampla que o contrato, este, por si só, não transfere a propriedade. É apenas mecanismo de transferência, mas não a opera. Foi este sistema, dotado de particularidades próprias.

O contrato centrado na igualdade formal dos contratantes como previsto no código civil de 1916 foi substituído por uma concepção social, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Antes do advento da Constituição de 1988, eram realçados pela doutrina e jurisprudência apenas os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, deixando-se de lado o princípio da boa-fé e a própria noção de contrato, que se baseia na idéia de comutatividade.

A noção de contrato evoluiu, sobretudo nas últimas décadas, tendo o excessivo rigor na aplicação do princípio da força obrigatória dos pactos sido mitigado para que o contrato se ajustasse à nova realidade social, visando uma relação equânime entre as partes. Este fenômeno resultou na interferência do Estado nas relações contratuais e intensificou-se no início do século passado, mas já se fazia presente desde a Revolução Industrial. Tal intervenção foi denominada "dirigismo contratual" e tinha por escopo a limitação da autonomia privada para que não fosse distanciada a idéia de comutatividade do contrato, com o restabelecimento do equilíbrio nas prestações.

Nos dias atuais, não mais se concebe a realização de um contrato de forma contrária aos ideais de justiça, dada a função social do contrato, expressa no art. 421 do novo Código Civil. Como salienta Rogério Ferraz Donnini<sup>[05]</sup>, "... função social nada mais é do que uma relação entre contratantes pautada na boa-fé objetiva, somada a uma característica básica que deve nortear qualquer pacto: o equilíbrio nas prestações".

Seguindo na mesma direção, o novo Código Civil restringiu a autonomia da vontade nas relações entre os particulares, considerando a concepção social do contrato e trazendo de maneira expressa em seu art. 422 a chamada boa-fé objetiva.

Não se pretende aqui dizer que a autonomia da vontade foi abolida de nosso sistema jurídico, ao contrário, o princípio da autonomia da vontade permanece, dada sua indispensabilidade para a existência de um contrato. Contudo, a este foram impostos limites amparados na função social do contrato e princípio da boa-fé.

Na lição de Sílvio Venosa<sup>[06]</sup>,

... não pode mais o intérprete prender-se unicamente aos princípios tradicionais do direito privado, devendo trazer à baila em seu silogismo para aplicação da lei ao caso concreto os novos princípios. Na realidade, como apontado, esses princípios de direito material nada apresentam de novo, nada afirmam que a doutrina já não conhecesse. Apenas estando doravante expressos na letra da lei, oferecem um caminho mais seguro para o julgador em todo o exame do universo contratual.

No que se refere à eficácia dos contratos, podemos afirmar que o contrato que produz seus efeitos jurídicos é eficaz. A eficácia do contrato representa aquilo que as partes acordaram em razão da autonomia negocial.

Como afirma Massimo C. Bianca<sup>[07]</sup>,

O efeito primacial de um contrato é o estabelecimento, a criação de um vínculo jurídico entre as partes, liame esse que obriga os contratantes no cumprimento daquilo que foi convencionado. Em verdade, os efeitos do contrato são aqueles por ele produzidos, bem como os denominados efeitos integrativos, isto é, aqueles que decorrem da lei ou, na sua falta, dos usos e costumes e da equidade.

Se os contratantes não dispuserem acerca de certos efeitos do pacto, haverá o que os italianos chama de *effetti integrativi*. Eis a redação do *Código Civile*:

*Art. 1374. Integrazione del contratto.*

*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.*

Essa integração dos efeitos, no direito brasileiro, tem previsão no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que possibilita ao julgador valer-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito para preencher a lacuna existente.

Para Enzo Roppo<sup>[08]</sup>,

os efeitos do contrato, numa visão ampla, são a maneira pela qual as partes envolvidas numa relação contratual declaram e formalizam verdadeiras transferências de riquezas, numa efetiva operação contratual. Contudo, faz-se mister esclarecer que são realizadas nessa operação central uma gama de outras operações econômicas diferenciadas, representando cada uma delas um certo efeito contratual.

Nessa transferência de riquezas que ocorre entre os contraentes, é importante distinguir os deveres principais e os deveres acessórios.

Diante da complexidade da relação obrigacional surge um vínculo jurídico temporário entre credor e devedor, pelo qual este se obriga no cumprimento de determinada prestação. Haverá, portanto, um dever de indenizar de realizar por parte do devedor uma prestação lícita, determinada ou determinável no sentido de dar, fazer ou não fazer algo de conteúdo patrimonial.

A obrigação constante de um contrato, portanto, possui o que se chama de complexidade intra-obrigacional, consistente dos deveres principais e secundários ali previstos, além dos deveres acessórios.

## **2.2. Fases Contratuais**

### **2.2.1. Fase Pré-Contratual**

A conclusão de um contrato nem sempre é possível de realizar-se de maneira instantânea, num único momento. Embora seja freqüente as partes chegarem imediatamente a um acordo com relação a um negócio, como ocorre nos contratos cotidianos de menor complexidade, a conclusão de um contrato por vezes exige uma série de preparativos, no intuito de melhor refletir a vontade dos contraentes.

Mesmo nos contratos mais simples, contudo, há um período, ainda que extremamente rápido, no qual cada um dos contratantes analisa as vantagens do negócio, decidindo pela sua celebração.

Conforme a complexidade, a fase contratual pode ser bastante alongada. Resumidamente, pode-se dizer que esta fase compreende as negociações preliminares, a proposta e a aceitação, que marca o fim da fase pré-contratual e o termo inicial da fase contratual propriamente dita.

Como observa Hilsenrad<sup>[09]</sup> a fase contratual é pródiga em problemas jurídicos. Surge inicialmente a questão acerca da definição do momento exato da formação do

contrato. Outro tema relevante se refere à desistência injustificada da contratação, com o prejuízo que tal circunstância acarreta à outra parte. Por último, verifica-se o tema da *culpa in contrahendo*, ou seja, a responsabilidade da parte que dá ensejo à celebração de um negócio, conhecendo a existência da causa de nulidade que inviabilizará a subsistência de um negócio jurídico.

### **2.2.2. Fase Contratual**

A fase contratual propriamente dita se estende desde a formação do contrato até a sua extinção.

No que concerne à sua formação, o contrato forma-se pelo acordo de vontades. Exceção a este princípio é caracterizada pelos denominados contratos reais, que somente se completariam com a entrega da coisa e pelos contratos solenes, onde a forma é da substância do negócio e sem a qual o contrato não se forma validamente.

O modo de extinção do contrato é o cumprimento integral das obrigações, ou melhor: o cumprimento dos deveres primários e secundários da prestação.

A doutrina costuma classificar as causas de extinção do contrato em *anteriores* ou contemporâneas à formação do contrato e *posteriores* à formação do contrato.

Dentre as causas anteriores à formação do contrato costuma-se incluir a nulidade (absoluta ou relativa), a condição resolutiva e o direito de arrependimento. Em comum estas causas apresentam a circunstância de existirem no momento mesmo da formação do contrato, ainda que somente depois venham a produzir efeitos ou sejam reconhecidas.

Quanto às causas supervenientes ou posteriores de extinção dos contratos a doutrina costuma mencionar a resilição, resolução e rescisão. Entretanto, o estudo aprofundado de cada uma destas modalidades supera o âmbito deste trabalho.

### **2.2.3. Fase Pós-Contratual**

Analisando a relação obrigacional em sentido amplo, considerando-a como um todo complexo, orgânico, é possível reconhecer que esta relação não se esgota apenas no aspecto de cumprimento da prestação. Alguns deveres, como os acessórios de conduta, podem subsistir ainda após o cumprimento da prestação.

Atualmente tem-se por majoritária a doutrina segundo a qual a idéia de que mesmo após o término do contrato prevalecem alguns deveres de conduta. Mesmo realizadas as prestações principais, a relação contratual não se encerra simplesmente com o adimplemento da prestação.

Além dos deveres primários (de prestação), a boa-fé cria deveres acessórios de conduta, no intuito de assegurar a plena realização do objetivo contratual. É a boa-fé que



impõe às partes a necessidade de um comportamento de cooperação necessária para que atinja a sua perfeita finalidade.

A boa-fé determina, portanto, a existência de deveres que subsistem numa fase pós-contratual e o descumprimento de tais deveres acessórios vai acarretar uma responsabilidade pós-contratual, a chamada culpa *post factum finitum*, objeto deste trabalho.

---

## **CAPÍTULO III**

### **A BOA-FÉ CONTRATUAL**

#### **3.1. Boa-fé Subjetiva**

Na definição de Judith Martins-Costa<sup>[10]</sup>:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses de casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente).

Na boa-fé subjetiva o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um grau de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

Verifica-se, portanto, que a boa-fé subjetiva representa o estado de crença do agente. Exemplo típico é o possuidor de boa-fé, aquele que desconhecesse o vício que macula sua posse, que lhe impede a aquisição do direito.

Contudo, vem ganhando força na doutrina a idéia de que a boa-fé subjetiva não é somente a ignorância. O estado de crença deve ser justificável, um erro escusável. Se a parte desconhece a verdadeira situação em razão de sua leviandade, de culpa e falta de cautela suas, no poderia alegar a boa-fé.

#### **3.2. Boa-fé Objetiva**

Como define Fernando Noronha<sup>[11]</sup>, a boa-fé objetiva ou "boa-fé como regra de conduta, é um dever - dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, (...) para não frustrar a confiança legítima da outra parte".

A boa-fé objetiva tem compreensão diversa da boa-fé subjetiva. O intérprete parte do padrão de conduta de um homem comum, de um homem médio, naquele caso concreto,

levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. A boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

### 3.3. A Boa-fé no Direito Obrigacional Brasileiro

O comportamento das partes, especialmente no campo obrigacional, faz gerar no meio social expectativas, enfim, confiança. Exige-se, pois, um comportamento honesto, leal, justificado pela tutela da confiança depositada pela parte contrária. Devem as partes abster-se de um comportamento egoísta, fundado exclusivamente nos seus próprios interesses, e preocupar-se em tutelar a confiança que surge na relação obrigacional.

O princípio da boa-fé, embora deixado muito tempo no ostracismo, sempre fez parte da teoria clássica dos contratos, juntamente com outros princípios fundamentais como o da autonomia da vontade, do consensualismo, da força obrigatória dos pactos e da relatividade dos efeitos dos contratos.

O Código Civil de 1916, em que pese haver sofrido influência de outras legislações, não previu de maneira expressa uma regra acerca da boa-fé, embora ela estivesse implícita em diversos dispositivos, o que possibilitou a sua crescente utilização no ordenamento pátrio.

Com o advento da Constituição Federal, erigiram uma série de dispositivos que facilitaram a fundamentação do princípio da boa-fé. O texto constitucional modificou consideravelmente o direito privado, fenômeno este classificado como constitucionalização do direito civil, o que tem possibilitado o estudo da lei civil segundo as normas constitucionais.

O direito obrigacional e, por conseguinte, os contratos, vêm se ajustando à nova realidade constitucional. Em que pese haver opiniões em contrário, da análise dos princípios constantes da Constituição decorre uma cláusula geral que impõe às relações jurídicas correção, transparência e lealdade.

O Código de Defesa do Consumidor, inovando o ordenamento, trouxe pela primeira vez uma cláusula geral expressa sobre a boa-fé objetiva, consagrando-a nos contratos de consumo. É o que prescreve o art. 51, inciso IV do CDC:

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

*IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a **boa-fé** ou a equidade;*

O Código Civil de 2002 constitui um sistema aberto, predominando o exame do caso concreto na área contratual, erigindo cláusulas gerais para os contratos.

Seguindo o exemplo do Código italiano, o art. 422 faz referência ao princípio da boa-fé objetiva, ao dispor:

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

Esse dispositivo constitui o que a doutrina denomina cláusula geral. Essa terminologia, contudo, não dá a perfeita idéia do seu conteúdo, pois a cláusula geral não é, na realidade, geral. O que a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos cujo conteúdo é dirigido ao juiz para nortear seu trabalho de hermenêutica.

Nota-se, pois, haver uma carência percebida entre os aplicadores da norma, muitas vezes, eis que desejam fundar suas decisões no exato teor do texto legal. É no sentido de suprir essa carência que foi elaborado o projeto de lei nº 6.960/02 de autoria do Deputado Ricardo Fúza, que propõe a alteração do artigo 422, que passaria a ter a seguinte redação: "*os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade*".

Em que pesem as lacunas deixadas pelo legislador, restou demonstrado, que o princípio da boa-fé incide sobre todo o ordenamento jurídico, impondo um comportamento correto. No campo contratual incide o princípio sobre todo o processo contratual, em sua fase preparatória, durante a execução e mesmo após seu término, criando deveres de conduta para as partes.

---

## CAPÍTULO IV

### DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDUTA

Não se devem confundir deveres principais e acessórios com obrigações principais e acessórias. A obrigação é principal quando possui individualidade própria, não dependendo de outras relações jurídicas (Ex.: O locatário que se compromete à devolução do bem quando terminado o prazo da locação). Será acessória a obrigação quando subordinada, dependente de uma outra relação jurídica, dita principal (Ex.: a fiança prestada em contrato de locação).

O contrato, negócio jurídico bilateral, impõe às partes contratantes deveres para que a obrigação aceita seja devidamente cumprida. O dever de realizar a prestação principal, que pode ser designado como um dever principal, é o mais aparente, como, por exemplo, a obrigação assumida pelo devedor consistente na entrega ao credor de um bem móvel. Esse dever principal surge de uma ou mais prestações, sendo que neste último caso seriam *deveres principais*.

Com a finalidade de complementar os deveres principais, surgem os chamados *deveres secundários*, que estão a eles relacionados, como por exemplo, a entrega de um imóvel (dever principal), devidamente pintado e em perfeitas condições (deveres secundários).

Além dos mencionados deveres principais e secundários, há também os deveres de conduta que devem pautar a relação obrigacional e que, em regra, exercem uma função acessória do dever principal, razão pela qual são denominados *deveres acessórios de conduta*.

È impossível determinar todas as concretizações que a lealdade contratual exige das partes. Ao se elencar os deveres de conduta das partes, age-se de maneira meramente exemplificativa, já que a grande vitalidade dos deveres acessórios fundados na boa-fé residem na identificação do comportamento devido em face de circunstâncias concretas do caso em apreciação.

No que pertine à fase pós-contratual, não exaurindo o tema, pode-se citar os seguintes deveres acessórios: a) informação; b) sigilo; c) proteção; d) cooperação.

#### **4.1. Dever de Informação**

Por força da regra da boa-fé, o dever de informação subsiste mesmo após o encerramento da fase contratual propriamente dita. Em algumas situações, é justamente na fase pós-contratual que este dever se tornará mais necessário.

Exemplo típico do dever de informação é o caso do médico, o qual tem obrigação de informação acerca da documentação médica e o dever de exibir a referida documentação, mesmo após o tratamento. O paciente pode ter interesse em consultar a documentação, por exemplo, para instruir ação indenizatória, questionar a remuneração do médico ou para prosseguir o tratamento perante outros profissionais.

#### **4.2. Dever de Sigilo**

O fim da relação contratual não tem o condão de autorizar a parte a divulgar fatos sigilosos dos quais tomou conhecimento por ocasião da execução do contrato.

Como assevera Enéas Costa Garcia<sup>[12]</sup>,

Por vezes, a existência da relação contratual permite ao contratante o acesso a fatos privados da vida da contraparte. A boa-fé exige que a parte saiba respeitar esta confiança que lhe foi depositada, abstendo-se de tornar público aquilo que era privado e ficou conhecido apenas por força da relação negocial.

O dever de sigilo obriga à parte não apenas a não divulgar os fatos conhecidos, mas também que utilize, em proveito próprio ou alheio, de informações obtidas em razão da relação contratual que existia.

Dessa forma, não poderá, por exemplo, o médico de pessoa famosa escrever um livro sobre a situação de seu paciente ao longo do tratamento. Tampouco poderá o advogado, após o julgamento, escrever ou revelar detalhes sobre o crime cometido por seu cliente.

Cumprido ressaltar que a violação do sigilo, por si só, por vezes já se torna apta a ensejar obrigação de indenizar, ainda que não tenha havido prejuízo ou utilização econômica por parte do infrator.

### **4.3. Dever de Proteção**

Mesmo findo o contrato, prevalece o dever de zelar pela integridade patrimonial e física da contraparte, de modo que nem mesmo a mora da parte contrária isenta o devedor do dever de cuidado.

Exemplo de dever de proteção com eficácia pós-contratual é trazido com brilhantismo por Enéas Costa Garcia<sup>131</sup>. O ilustre autor cita caso prático no qual uma empresa alugou de uma outra pessoa jurídica um imóvel para fins de instalação de equipamentos destinados à publicidade. Sobre um muro e no terreno do imóvel da ré foram instalados painéis de propaganda. O uso foi cedido de forma onerosa. A própria locatária afirma em sua inicial que houve um desentendimento quanto ao pagamento dos aluguéis e que a locadora teria, de forma descuidada, arrancado os painéis publicitários, danificando-os. A lesada pleiteava uma indenização pelos danos suportados. A empresa ré contestou a ação, alegando que a empresa ré não pagava pelo uso do imóvel e, invocando cláusula resolutória expressa que havia no contrato, afirmava que o contrato estava findo, o que lhe outorgava o direito de retirar os painéis publicitários. Realizada a instrução, ficou demonstrado que os painéis foram retirados de maneira absolutamente imprópria, não foram desmontados, mas apenas cerrados e que foram deixados ao relento, sendo danificadas as lonas e estrutura metálica.

Mesmo dando por suposto que o contrato estava extinto, por cláusula resolutória expressa, e ainda considerando a culpa do devedor, o fato não autorizava a retirada de forma bruta na retirada dos bens do locatário. Ainda que não existisse mais o contrato, nem por isso o locador poderia simplesmente abandonar ao relento os bens da parte contrária, deixando que estes se danificassem. Ao assim proceder, agiu contra a boa-fé, violando aquele clima de lealdade e cooperação que esta impõe no relacionamento contratual.

### **5.4. Dever de cooperação**

Na realidade, todos os deveres acessórios de conduta fundados na boa-fé não deixam de ser deveres de cooperação para o bom resultado da relação contratual. Este dever ressalta alguns comportamentos que não se enquadram nas hipóteses comentadas e trazem uma intensa necessidade de considerar a posição do outro contratante de modo a ajudá-lo, ou, ao menos, não prejudicá-lo.

Como exemplo, podemos citar o dever da parte de não fazer concorrência desleal com aquele a quem vendeu estabelecimento comercial, passando a exercer a mesma atividade mercantil, amealhando sua antiga freguesia.

Como se percebe, o direito exige um comportamento ético da parte, devendo prevalecer o interesse social em detrimento de suas próprias conveniências.

---

## CAPÍTULO V

### RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Segundo Roberto de Rugiero<sup>[14]</sup>

cumprimento é a exata execução da prestação por parte do devedor. Exata execução quer dizer prestação de tudo aquilo que sem englobou no vínculo, pelo modo e no lugar preestabelecido, sem possibilidade de substitui uma coisa por outra ou de fazer prestações parciais, quando o interesse do credor em receber a prestação integral não ficasse tão plenamente satisfeito como uma *solutio* por partes; quer dizer, satisfazer completamente o interesse do credor e visto que toda relação é denominada pelo princípio da boa-fé, e isto implica que o devedor, se o vínculo surge do contrato, é obrigado não só ao que no mesmo é expresso, mas também a todas as conseqüências que segundo a equidade, o uso ou a lei dele derivam.

A responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual. Aquela decorre do descumprimento de uma obrigação contratual, de modo a causar dano à outra parte. Nesta última, não há qualquer relação entre ofensor e vítima, mas verifica-se a prática de um ilícito que causa prejuízos àquela.

O Código Civil vigente regula a responsabilidade do devedor pelos danos causados ao credor, assim dispondo:

*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 responsabilidade extracontratual ou aquiliana encontra-se prevista nos arts. 186 e 927, do Código Civil, os quais estabelecem a prática de ato ilícito para aquele que causa danos a outrem, e impõe o dever de reparar os prejuízos suportados.

Na responsabilidade extracontratual, inexistente vínculo entre o ofensor e a vítima e este liame só será estabelecido no momento em que o ofendido pleitear uma indenização pelos danos que lhe foram causados. Diferentemente é a responsabilidade civil decorrente de contrato, na qual se verifica uma relação direta entre credor e devedor.

Para que ocorra a responsabilidade civil contratual (obrigacional), é imperioso se verificar a presença de dois requisitos: a validade do contrato e o nexo de causalidade entre o dano e o descumprimento contratual.

Muitas vezes se torna difícil demonstrar se o dano realmente decorre da relação contratual, ou se decorre de ato que, embora tenha certa reação com a avença, seja um ato ilícito que não guarde qualquer relação direta com o acordado. A responsabilidade contratual, se levada a termo esta definição, pode surgir não apenas de um contrato, mas de qualquer outra fonte das obrigações, como dos atos unilaterais. É por tal razão que boa parte da doutrina considera imprecisa esta definição, sendo preferível a expressão adotada pela doutrina portuguesa: *responsabilidade obrigacional*.

Na responsabilidade aquiliana (ou extra-obrigacional), incumbe à vítima demonstrar o prejuízo, a violação da norma e o nexo de causalidade, enquanto na responsabilidade contratual há um contrato ou ato unilateral em que existe o comprometimento das partes ou daquele que unilateralmente pratica o ato. Há um dever de cumprir a obrigação prevista contratualmente, tornando simples a comprovação dos danos e o dever de indenizar daquele que descumpriu o acordado.

Com relação à prova do dano, diferem os dois tipos de responsabilidade. Enquanto na contratual, uma vez comprovadamente inadimplida pelo devedor a obrigação, a este caberá provar a ausência de culpa, ocorrência de caso fortuito, força maior, ou uma das excludentes de responsabilidade. Na responsabilidade extracontratual à vítima incumbe a prova tanto da culpa (quando exigida), quanto do dano e do nexo de causalidade.

Assevera Jose de Aguiar Dias <sup>[15]</sup> que "a responsabilidade civil contratual e extracontratual são reguladas pelo mesmo princípio, pois a idéia de responsabilidade é una". Contudo, resta necessária, a divisão entre tais espécies de responsabilidade, pois, embora reguladas pelos mesmos princípios, são diversas as causas, e diferentes quanto à matéria probatória e prazos prescricionais.

---

## CAPÍTULO VI

### A RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

#### 6.1. Origem

Menezes Cordeiro <sup>[16]</sup> é quem melhor enfatiza a questão da origem da responsabilidade pós-contratual. Para o ilustre autor português

(...) a culpa *post factum finitum* tem origem na jurisprudência alemã da década de 20. As primeiras manifestações teriam sido no sentido de recusar reconhecimento ao fenômeno. (...) Mas, em 26 de setembro de 1925, ao decidir que, depois de consumada uma cessão de créditos, o cedente continua obrigado a não tolher a condição de cessionário, o

*Reichsgericht* dá a base à nova doutrina, reforçando-a a 3 de fevereiro de 1926, com nova sentença pela qual, expirado um contrato de edição, o titular do direito de publicação fica obrigado a não fazer concorrência com o editor, procedendo à feitura de novas edições, antes de esgotadas as anteriores.

No direito brasileiro, muito pouco se discutiu acerca do tema.. Ressalvados alguns estudos pioneiros, somente na década de noventa, por influência do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina passou a discutir mais amplamente a boa-fé, surgindo algumas decisões com referências à boa-fé e aos deveres de conduta.

Muito embora o art. 422 do nosso Código Civil tenha introduzido na lei a cláusula geral da boa-fé, não há referências à responsabilidade pós-contratual, ficando a incidência da boa-fé restrita à conclusão e execução do contrato.

Ao contrário da idéia de boa-fé contratual e dos deveres acessórios de conduta, que se encontram bastante difundidas, pouco se tem discutido a respeito da pós-eficácia das obrigações. Menezes Cordeiro <sup>[17]</sup> questiona se esta circunstância seria resultado de uma deficiente fundamentação da doutrina, ou, talvez, sua inutilidade diante de outros institutos. A resposta a esta questão, segundo o autor, está ligada à natureza jurídica da responsabilidade pós-contratual.

## **6.2. Natureza jurídica**

Sabe-se a responsabilidade pré-contratual consiste numa manifestação da responsabilidade aquiliana, posto lhe faltar um pressuposto essencial para a verificação da responsabilidade contratual, qual seja: a existência de um contrato válido. A violação da boa-fé, na fase pré-negocial ensejaria, portanto, a responsabilidade aquiliana do agente.

Do mesmo modo que a boa-fé incide no momento anterior à formação do contrato, presidindo a denominada relação pré-negocial, também no momento posterior à extinção do contrato a boa-fé fonte de deveres de conduta a serem observados pelas partes. O comportamento incorreto seria sancionado não com base no contrato findo, mas devido à violação direta da boa-fé.

A responsabilidade pós-contratual, portanto, tem natureza aquiliana. A boa-fé atua como fonte do dever de conduta que a parte se obriga a observar e a violação deste dever de conduta caracteriza o ato ilícito, gerando o dever de indenizar.

## **6.3. Fundamentos**

### *6.3.1. A função social dos contratos*

O art. 421 do Código Civil estabelece uma concepção social do contrato, cujo escopo é o de limitar a autonomia provada, a liberdade de contratar, impondo um comportamento equilibrado aos contraentes, impedindo que fujam à idéia de



comutatividade que deve pairar as relações contratuais. Tal regra representa mais um fundamento da responsabilidade pós-contratual.

A função social do contrato, conforme Eduardo Sens dos Santos <sup>[18]</sup>, não se apresenta como uma inovação, uma criação do novo Código Civil Brasileiro, "mesmo porque a Constituição já a previa junto à função social da propriedade. Ao contrário, como princípio que é, existe independentemente de lei e dispensa referência expressa [...]".

Em verdade, após a Constituição Federal de 1988 é que o núcleo do contrato passa a residir "na solidariedade e a sua causa codivide espaço entre interesses patrimoniais inerentes ao contrato, enquanto instrumento de circulação de riquezas, e os interesses sociais". É no texto constitucional que se localiza o princípio da função social do contrato, ao conformar, no art. 170, *caput*, a livre iniciativa à justiça social.

A teoria geral dos contratos passou a ter como base a noção de equidade, boa-fé e segurança, que concretiza a chamada socialização da teoria contratual. Funcionalizar o contrato implica, sobretudo, em atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social, atinente à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.

Essa função social do contrato trouxe às relações contratuais um procedimento justo. Qualquer cláusula excessiva, abusiva, vexatória, não se coaduna com a concepção social do contrato.

Na *culpa post factum finitum*, uma cláusula considerada abusiva que continua a produzir efeitos mesmo após a extinção do contrato, com o efetivo cumprimento daquilo que foi avençado, fere a concepção social do contrato, permitindo ao magistrado, ao abrigo da cláusula geral da boa-fé, responsabilizar o ex-contratante que injustamente tenha se beneficiado dos efeitos daquela cláusula.

### 7.3.2. A dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e justiça social

Com o advento da Constituição Federal de 1988, com a *constitucionalização do direito civil* ou *civilização do direito constitucional*, a utilização dos preceitos constitucionais tornou-se mais simples, diante da gama enorme de preceitos de direito civil constantes do texto constitucional.

A dignidade da pessoa humana impõe um comportamento equânime na realização de qualquer negócio jurídico. Deste princípio resultam as cláusulas gerais da boa-fé objetiva constantes do Código Civil (art. 422) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III), que veda a prática de atos que firam a boa-fé e a função social do contrato.

A violação dos chamados deveres acessórios de conduta mesmo após a extinção da obrigação contratual viola a regra geral da boa-fé e, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre.

O princípio da igualdade, por sua vez, há que ser visto como um princípio de justiça social. Respeitando a igualdade entre as partes na relação, ou seja, tratando igualmente os iguais na medida de suas igualdades e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam, estar-se-á cumprindo a justiça social, tendo, como conseqüências, a construção da cidadania (artigo 1.º, II, Constituição Federal de 1988) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III, CF/88). Somar-se-á a isso: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, I, CF/88) e a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3.º, II, CF/88).

O princípio da solidariedade está previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, e também no art. 195, *caput*, que trata especificamente de seguridade social, da qual faz parte a saúde.

Os princípios da solidariedade e igualdade têm por fim o desenvolvimento e o respeito à pessoa humana. Não há justiça social quando não respeitados os deveres acessórios, laterais ou anexos.

### 7.3.3. A boa-fé objetiva

A cláusula geral da boa-fé objetiva, inserta em nosso Código Civil em vigor impõe um comportamento honesto, ético, correto, equilibrado, nas relações contratuais, assim como em qualquer outra relação jurídica. O mesmo ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê a boa-fé objetiva em seu art. 4º, III. Esta cláusula geral da boa-fé impõe um comportamento probó não somente nas relações contratuais, mas em todas as relações jurídicas.

Desta forma, o principal fundamento para a aplicação da responsabilidade pós-contratual ampara-se na cláusula geral da boa-fé, que propicia a flexibilização do sistema jurídico pois, como lembra Enéas Costa Garcia<sup>[19]</sup>, a solução para situações relacionadas ao contrato que continua a produzir efeitos mesmo após o seu cumprimento e, conseqüente extinção seria inviável ou, no mínimo, de difícil aplicação num sistema jurídico sem mobilidade, inflexível, rígido, sem a existência de uma cláusula geral de boa-fé.

Embora o art. 422, como já apontado no item 4.3 deste trabalho, tenha uma redação pouco precisa, indiscutivelmente em todas as fases (pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual), está implícito o dever de boa fé e probidade, mesmo porque se trata de cláusula geral, que se impõe em qualquer outra relação jurídica e por se tratar de dispositivo de ordem pública, consoante o disposto no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil. Tais dispositivos abarcam situações como a *culpa in contrahendo*, assim como a *culpa post factum finitum*.

A boa-fé é um princípio inerente aos contratos e a sua consagração positiva apenas declara um princípio subjacente ao regime obrigacional. A infeliz redação da norma não constitui uma opção do legislador no sentido de excluir os fenômenos da pós-eficácia. Fazendo uma interpretação do art. 422 do Código Civil com base na boa-fé objetiva,

concluímos que este princípio deve ser reconhecido como fundamento legal da pós-eficácia das obrigações, da existência de deveres de conduta para além do final do contrato.

---

## **CAPÍTULO VII**

### **A REPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL NO DIREITO COMPARADO**

#### **7.1. Alemanha**

O direito germânico foi o criador da teoria da responsabilidade pós-contratual. Ali surgiu a teoria da *culpa post factum finitum*, de modo que é neste país que se encontram o maior numero de julgados. Sobre o tema continuam seus doutrinadores a elaborar estudos no sentido de aperfeiçoá-la. Na legislação alemã, o fundamento da responsabilidade pós-contratual vem consagrado no §242 do BGB, que fixa para todas as relações jurídicas o dever de agir com boa-fé, inclusive na fase posterior à celebração do contrato, cujos efeitos não foram determinados pelos contraentes.

Para a doutrina e jurisprudência alemã que seguem esta teoria, mesmo após a extinção dos contratos, persistem os deveres acessórios que, caso transgredidos, geram a responsabilidade pós-contratual.

#### **7.2. Portugal**

Os lusitanos foram, a exceção dos alemães, os que mais se interessaram pelo estudo da responsabilidade pós-contratual. Em Portugal surgiu o maior número de obras sobre a *culpa post factum finitum*, buscando o maior desenvolvimento do tema.

A maior parte da doutrina portuguesa acolhe o que costumam chamar de pós-eficácia das obrigações, expressão mais precisa e abrangente.

O código civil português prevê a pós-eficácia das obrigações em seu art. 239º, segundo o qual:

#### ***ARTIGO 239º***

##### ***(Integração)***

*Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.*

Em que pesem seus avanços na área doutrinária e legislativa, o mesmo não se pode dizer quanto às decisões dos tribunais lusitanos. As poucas decisões atinentes ao tema tem

sido tratadas como casos de responsabilidade delitual (aquiliana), sem o devido enfrentamento da teoria da *culpa post factum finitum*.

### 7.3. Argentina

A doutrina argentina enfrenta o tema da responsabilidade pós-contratual, sustentando a existência de uma *responsabilidad postcontractual* calcada na boa-fé. Esta deve pautar as relações entre as partes mesmo após o cumprimento das relações principais do contrato.

Os argentinos distinguem as obrigações em principais e secundárias ou acessórias e o fundamento destas últimas reside no fato de que o contrato não se extingue em um único ato. O contrato deixa vestígios após o seu término, como se ainda estivesse a vigor os entre os contraentes.

A legislação civil, assim como a consumerista da Argentina tem na boa-fé o fundamento para a existência de uma responsabilidade após a extinção do contrato, assim dispondo:

Código Civil Argentino, Art.1.198, 1ª Parte:

*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*

Ley de Defensa del Consumidor, art. 37:

*En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.*

Há que se ressaltar que, embora a doutrina argentina reconheça a existência da responsabilidade pós-contratual, não menciona qualquer decisão que a tenha acolhido.

### 8.4. Itália

Embora de forma pioneira tenha sido feita expressão atinente à responsabilidade pré-contratual no art. 1.337 do Código Civil italiano, nenhuma menção foi feita sobre a responsabilidade pós-contratual.

*Art. 1337. Trattative e responsabilità precontrattuale*

*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208).*

O artigo 1175 introduz a cláusula geral da boa-fé, obrigando o comportamento das partes com correção (*correttezza*), servindo para responsabilizar àquele que viola deveres laterais, anexos ou acessórios, dispondo:

*Art. 1175 Comportamento secondo correttezza*

*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (1337, 1358).*

Apesar de adotar nestes e numa série de outros dispositivos do código a boa-fé objetiva (por exemplo, os arts. 1366, 1375 e 1460), construindo um terreno favorável à aplicação da teoria da *culpa post factum finitum*, não se observa na doutrina e jurisprudência italianas estudos ou decisões que a contemplem.

## 8.5. França

Embora o *Code Napoléon* não preveja proteção aos chamados deveres laterais, seja na fase pré ou pós-contratual, a doutrina e jurisprudência francesas, com base no art.1134<sup>[20]</sup>, adotaram a teoria da *culpa in contrahendo*.

*Article 1134*

*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*

Com relação à teoria da *culpa in factum finitum*, nenhum menção é feita pelo legislador ou mesmo pela doutrina e jurisprudência francesas. Tal fato se torna ainda menos compreensível ao observarmos que a imposição de um comportamento segundo a boa-fé, honestidade e lealdade mesmo após a extinção do pacto abre um fértil campo para aplicação da responsabilidade pós-contratual no direito francês.

---

## CAPÍTULO VII

### A REAL PÓS-EFICÁCIA CARACTERIZADORA DA *CULPA POST FACTUM FINITUM*

Algumas hipóteses de pós-eficácia têm um sentido amplo e não representam situações em que se possa adotar a teoria da culpa *post factum finitum*, tendo em vista que não está ligado a deveres impostos por norma jurídica (pós-eficácia aparente), a efeitos da prestação secundária que aparecem após o efetivo cumprimento da prestação principal (pós-eficácia virtual) ou a vínculos acessórios numa obrigação duradoura (pós-eficácia continuada).

Para que se caracterize a pós-eficácia em sentido estrito, não há que se falar em deveres expressamente previstos em lei, contrato, ou em deveres que estejam à mercê das partes, ou seja, que não são disponíveis. São, na realidade, os deveres acessórios.

Embora nada proíba que os deveres acessórios venham expressos em lei, a aplicação da teoria da *culpa post factum finitum* se dá somente quando tais deveres acessórios não sejam previstos em lei. Caso venha disposto em contrato o dever acessório, sua violação implicara no dever de reparar o prejuízo, mas responsabilidade, nesse caso, seria contratual e não pós-contratual.

Se os deveres foram estabelecidos em lei, sua violação igualmente gera o dever de indenizar a parte lesada, que também poderá exigir uma determinada conduta do agente, a resolução ou rescisão do contrato, além de perdas e danos. Estes deverem, portanto, não seriam acessórios, mas, na realidade, deveres legais, estabelecidos em lei.

Ocorre que muitas vezes as partes não especificam certos comportamentos num contrato, também não havendo lei que os preveja. Em tais casos, os deveres acessórios são fundamentais para que, demonstrada a ausência de boa-fé objetiva pelo agente violador, surja possibilidade para a parte contrária de responsabilizar, aquele, numa fase pós-contratual.

Tome-se o exemplo trazido por Rogério F. Donnini<sup>[21]</sup>, de situação entre empregado e empregador que caracteriza *culpa post factum finitum*. Trata-se do dever do empregador de, após o término da relação de trabalho, prestar informações corretas sobre seu ex-empregado. Se o ex-patrão distorce ou dá informação errônea sobre seu ex-funcionário, comprometendo a boa fama profissional, causando embaraço ou dúvida quanto a respeito de sua idoneidade, está ele ferindo um dever acessório de informação.

Observa o autor que, neste caso não existe cláusula na rescisão do contrato de trabalho acerca desse dever do empregador de prestar com exatidão informação sobre seu ex-funcionário idôneo, tampouco havendo norma jurídica prevendo tal situação. O dever de informação decorre da própria relação contratual, pois os efeitos do contrato, no que concerne ao dever de informar, persistem posteriormente ao fim da avença. Esse dever continuou a existir na fase pós-contratual, implicando para o empregador o dever de reparar o dano causado, ainda que extinta a relação de trabalho.

Percebe-se que os deveres acessórios são na realidade impostos numa relação obrigacional com o objetivo de evitar que situações dessa natureza fiquem desabrigadas pela simples ausência de norma específica ou cláusula contratual que a preveja. Por esta razão, havendo dano causado à outra parte, a violação dos mencionados deveres gera obrigação de indenizar, com fundamento no desrespeito à cláusula geral da boa-fé, que impõe às partes deveres de lealdade, informação e proteção.

---

## CAPÍTULO IX

## **A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Antes da promulgação do novo Código Civil, nossa legislação já havia consagrado a regra da boa-fé objetiva. Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor. Antônio Junqueira de Azevedo<sup>[22]</sup> lembra que:

*atualmente, como conseqüência da mudança de mentalidade, a recente lei de proteção ao consumidor que, por sua amplitude, é denominada de Código de Proteção do Consumidor (Lei nº 8078/90), tem o princípio da boa-fé refletido em inúmeros de seus artigos. Aqui trata-se, na verdade, da boa-fé objetiva que interessa à formação do contrato, isto é, a boa-fé como regra (objetiva) de conduta.*

Com o advento do Código Civil de 2002, a boa-fé foi expressamente consagrada, dispondo 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.

Trata-se da cláusula geral da boa-fé, semelhante àquela presente no BGB e outros códigos. A sua presença significa, no âmbito do direito positivo, uma profunda mudança, propiciando uma abertura do sistema jurídico.

Em decorrência desta cláusula, o juiz deixa de ser um simples investigador da vontade da lei, passando a contribuir para a construção do direito, concretizando os conceitos indeterminados e cláusulas gerais. A positivação da cláusula geral da boa-fé dispensou o julgador do trabalho de justificação da existência do instituto, possibilitando-lhe elaborar suas concretizações, determinando sua extensão e aplicação.

Mas em que pesem os avanços trazidos pela inserção da norma em nosso ordenamento, esta não é impassível de críticas. Nas palavras do professor Antônio Junqueira de Azevedo<sup>[23]</sup>, "o artigo é insuficiente, deficiente, e além de tudo, revela que está num paradigma anterior ao tempo em que estamos vivendo". Como deficiência do então projeto, aponta que o artigo se limita do período que vai da conclusão do contrato até a sua execução, excluindo a fase pré-contratual do âmbito da boa-fé objetiva.

Com relação àquilo que se passa após a fase contratual propriamente dita, mais uma vez nada está dito. Resta, portanto, insuficiente a redação do artigo, pois só trata da conclusão – momento em que se faz o contrato – e execução. Não se faz menção ao que ocorre antes ou após estes momentos.

Como se depreende do exposto neste trabalho, os deveres inerentes à boa-fé subsistem após a fase contratual. Embora a redação da norma do art. 422 tivesse a intenção de introduzir a boa-fé nas relações jurídicas, não há dúvidas quanto à imprecisão, mostrando-se insuficiente para abarcar toda a multiplicidade de fenômenos que a boa-fé pode abarcar.

---

## CAPÍTULO X

### RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, PÓS-CONTRATUAL E A TERCEIRA VIA

Apesar de guardarem algumas semelhanças, a responsabilidade com base na culpa *in contrahendo* e na culpa *post factum finitum* tem distintos argumentos para a sua aplicação. No primeiro caso não há contrato efetuado entre as partes, enquanto no segundo, verifica-se a celebração do contrato e o cumprimento da prestação, mas prevalecendo deveres acessórios, vinculados ao pacto, cujos efeitos se estendem para além da sua extinção.

Na responsabilidade pré-contratual, a ruptura imotivada das negociações gera à parte violadora o dever de indenizar os prejuízos eventualmente causados, se tal relação for caracterizada como de direito civil havida entre particulares. Se relação de consumo for, a questão não será resolvida em perdas e danos, em razão da possibilidade do consumidor exigir o cumprimento da oferta, nos termos do art. 35, do Código de Defesa do Consumidor.

Nas relações de direito civil, o rompimento imotivado e injustificado das negociações preliminares será resolvido com base na regra geral da responsabilidade civil, constante do art. 186 do Código Civil. Trata, pois, a responsabilidade pré-contratual, de verdadeira responsabilidade extracontratual, pois decorre do ilícito rompimento injustificado praticado por uma das partes, antes da celebração do contrato.

Não é o que ocorre na hipótese do art. 35 do CDC, anteriormente mencionada, pois em tal caso a responsabilidade pré-contratual se converteria em responsabilidade contratual, haja vista a criação de um vínculo, com o mesmo efeito de um contrato, por força de lei, entre o consumidor e o fornecedor a partir da oferta por este lançada e que possibilita a exigibilidade de seu cumprimento.

Nos contratos findos, a indenização decorrente da violação de deveres acessórios de conduta tem, para alguns autores, natureza extracontratual. Outros autores, contudo, defendem que nesta última hipótese não haveria responsabilidade contratual, tampouco extracontratual. Haveria um *tertium genus*, uma terceira via na responsabilidade civil.

Para os defensores desta teoria, as duas formas clássicas de responsabilidade civil não seriam adequadas para garantir o cumprimento de certos deveres, uma vez que em alguns casos (*culpa in contrahendo* e *culpa post factum finitum*, além de outras hipóteses) existiria algo mais que a simples responsabilidade extracontratual.

Esta terceira via seria uma espécie de responsabilidade civil fundada em vínculos específicos, consistentes de deveres das partes no tráfego negocial. Deveres esses superiores aos denominados deveres genéricos, calcados na boa-fé e não no dever geral de



diligência. Diante da existência desses deveres, seria possível a aplicação da responsabilidade civil. no caso de haver *culpa post factum finitum*, a parte lesada estaria numa situação de dúvida acerca da escolha do caminho a ser seguido para a reparação de prejuízo, o que é relevante no aspecto prático.

---

## CONCLUSÃO

A obrigação é uma relação complexa, que não se esgota no dever principal (dar, fazer e não fazer). Existem deveres secundários que viabilizam a prestação e deveres acessórios de conduta. De outro lado, a concepção da obrigação como um processo viabiliza o reconhecimento de várias fases da relação contratual (fase pré-contratual, fase contratual propriamente dita e fase pós-contratual).

Numa relação contratual, a responsabilidade civil deriva do não cumprimento, cumprimento defeituoso ou infringência de deveres acessórios, anexos ou laterais de uma obrigação. Não se confundem responsabilidade e obrigação, podendo haver uma, sem necessariamente subsistir a outra.

A responsabilidade civil pode se originar de vínculo estabelecido entre devedor e credor num contrato, ato unilateral, pode, ainda, advir de situações não obrigacionais, como nas ou da lesão a direito de uma pessoa, um ato ilícito, sem que exista qualquer liame obrigacional, ou ainda de situações não obrigacionais, como é o caso da oferta regulada pelo CDC.

Em se tratando de responsabilidade contratual, imprescindível que aja um contrato válido, e que haja prejuízo resultante de seu não cumprimento ou cumprimento defeituoso.

A divisão entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual ou aquiliana faz-se necessária, pois diferem quanto à prova do dano e nexos de causalidade, assim como em relação aos prazos prescricionais.

Criada pela doutrina alemã e seguida por influentes autores portugueses, a terceira via caracteriza-se como uma responsabilidade que não seria contratual, nem extracontratual. Tem o objetivo de garantir os deveres acessórios de maneira mais adequada, mas não se mostrou eficiente no aspecto prático, posto que as modalidades clássicas resolvem situações atinentes à inobservância destes deveres.

A boa-fé é um princípio geral do Direito. Divide-se em boa-fé *objetiva*, que é dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, (...) para não frustrar a confiança legítima da outra parte e boa-fé *subjetiva*, que representa o estado de crença do agente.

A boa-fé objetiva, além de outras funções, integra a relação obrigacional, criando deveres para as partes. Tais deveres incidem em todo o processo contratual. Não são eles

determináveis a priori, devendo ser considerados na relação contratual. São deveres a cargo de ambas as partes e que contribuem para que o contrato atinja sua real finalidade.

A violação dos deveres acessórios de conduta, que são diversos daqueles deveres principais e secundários, se ocorrida na fase que antecede a celebração do contrato (*culpa in contrahendo*) ou se havida em momento posterior à sua extinção (*culpa post factum finitum*), causando danos a qualquer das partes, possibilita à parte lesada a reparação pelos prejuízos. Na primeira hipótese, haveria a responsabilidade pré-contratual, de natureza extracontratual. No segundo caso, teríamos a chamada responsabilidade pós-contratual, de natureza contratual.

A teoria da responsabilidade *culpa post factum finitum* ou a responsabilidade pós-contratual teve origem no direito germânico, que a desenvolveu através de sua doutrina e jurisprudência. Apregoa a referida teoria que mesmo após o cumprimento de uma avença, com a sua extinção deve continuar existindo entre os ex-contratantes os denominados deveres acessórios, anexos ou laterais de conduta, os quais não se encontram insertos no contrato ou em norma legal que preveja dado comportamento.

Os fundamentos da responsabilidade civil pós-contratual são a boa-fé objetiva, a função social do contrato, dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e justiça social. A boa-fé, criando os deveres de conduta, atua como fator de aferição do caráter ilícito da conduta.

A cláusula geral da boa-fé, positivada no art. 422 do Código Civil e presente também no Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal, em que pese a má redação daquele primeiro dispositivo, levam o intérprete a crer que os deveres acessórios de conduta na fase pré-contratual, bem como na fase pós-contratual, podem ser reconhecidos.

É neste sentido, abraçando a teoria da responsabilidade civil pós-contratual, que vem se posicionando a maior parte de nossa doutrina, cujos reflexos já se podem ver em um número cada vez maior de julgados.

---

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Disponível em: <<http://www.ratgeberrecht.de/normen/BGB/index.html>>.

ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina.. Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>>.

\_\_\_\_\_. **Ley de Defensa del Consumidor n. 24.240.** Disponível em: <http://www.padec.org.ar/leyes/Ley%20Def%20del%20Con%2024.240.html>. Acesso em 10 dez. 2006

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BIANCA, Massimo C. **Diritto civile**; Il contrato. Milano: Giuffrè, 1998, v.3.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção Saraiva de legislação).

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. **Disponível em:** <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8078.htm>>. Acesso em 02 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.. Institui o Código Civil.. **Disponível em:** <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 01 dez. 2006.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.I.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANÇA. Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CCIVILL0.rcv>>.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

HILSENRAD, Artur. **Las obligaciones precontractuales**. Trad. Faustino Menéndez Pidal, Madrid, Góngora.

ITÁLIA. Codice Civile. Disponível em: <<http://www.studiocelentano.it/codici/cc/IIvtII.htm>>.

Institutas de Justiniano, Título XIII, De obligationibus.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no direito obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Da pós-eficácia das obrigações**. Estudos de direito civil. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1984.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito das Obrigações. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003*

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PORTUGAL. Decreto-Lei N. 47 344, de 25 de Novembro de 1966. Código Civil. Disponível em: < <http://www.apdt.org/guia/C%C3%B3digo%20Civil/código%20civil.htm>>.

RODRIGUES, Sílvio. **Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**.

ROPPO, Enzo. **O contrato**, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livr. Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, trad. Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 1958, v.3.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais**; exame da função social do contrato. Revista de Direito Privado. n. 10, <sup>a</sup> 3, abril/junho 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual. Apontamentos em relação ao novo código civil e visão do projeto nº 6.960/02. Disponível em:** <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_convitados\\_tartuce.htm](http://www.professorsimao.com.br/artigos_convitados_tartuce.htm)>. Acesso em 18 dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **A função social dos contratos**. Do código de defesa do consumidor ao código civil. São Paulo: Método, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

---

## Notas

<sup>01</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, p.11.

<sup>02</sup> Institutas de Justiniano, Título XIII, De obligationibus.

<sup>03</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, p.14.

<sup>04</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4.

<sup>05</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

<sup>06</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002,p.371.

<sup>07</sup> BIANCA, Massimo C. *Diritto civile; Il contratto*, Milano: Giuffrè, 1998, v.3, p.497.

<sup>08</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livr. Almedina, 1988, p.211.

<sup>09</sup> HILSENRAD, Artur. *Las obligaciones precontractuales*. Trad. Faustino Menéndez Pidal, Madrid, Gongorra, p.07.

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.411.

<sup>11</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.133.

<sup>12</sup> GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p.237.

<sup>13</sup> Ob. cit., p.238.

<sup>14</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, trad. Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 1958, v.3, p.105.

<sup>15</sup> DIAS. José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 9.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.I, p.132.

<sup>16</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da pós-eficácia das obrigações*.*Estudos de direito civil*.2ª reimp. Coimbra: Almedina, 1984, p.147-8.

<sup>17</sup> Idem ibidem, p.155.

<sup>18</sup> SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais; exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*. n. 10, <sup>a</sup> 3, abril/junho 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

<sup>19</sup> Ob. cit., p.111.

<sup>20</sup> As convenções legalmente formadas têm o mesmo valor de lei para aqueles que a fizeram. Podem ser revogadas apenas do seu consentimento mútuo, ou para as causas que a lei autoriza. Devem ser executadas de boa fé.

<sup>21</sup> Ob. cit. p.128.

<sup>22</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. Revista trimestral de direito civil, 1:3-12, jan/mar, 2000.

<sup>23</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Pró-jurídico [Internet] <http://www.jurídico.pro.br/artigos/viewnewa.cgi?newsid1016830261,15971>, [Publicado em 22.3.2002], p.01.

\*Advogado em São Paulo (SP), mestrando em Direito pela Unifieo, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie, especialista em Direito Empresarial pela UNISINOS

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9434> >. Acesso em: 29/05/07