

A BOA-FÉ OBJETIVA E OS DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDUTA NAS RELAÇÕES CIVIS E CONSUMERISTAS

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha

Mestre em Ciências Jurídicas pela
Universidade de Lisboa.

Professora de Direito Civil da Universidade
Federal de Alagoas

RESUMO: *A boa-fé é um dos princípios mais mencionados no ordenamento jurídico. Como representa uma cláusula-geral, sua utilização possui aspectos positivos e negativos. A boa-fé se divide tradicionalmente em duas: a subjetiva e a objetiva, sendo a última a base para a proibição do comportamento contraditório, analisada neste artigo de forma desvinculada da expectativa. Trazemos uma nova perspectiva para a boa-fé objetiva, a pró-ativa. Examinamos a diferença entre deveres típicos, secundários e acessórios de conduta e, para finalizar, a divisão clássica dos últimos em deveres de lealdade, informação e proteção e como eles se encontram no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.*

PALAVRAS-CHAVE: *Boa-fé; Deveres acessórios de conduta; Dever de informação.*

ABSTRACT: *Good faith is one of the main principles mentioned at the legal system. Since represents a general clause, the utilization of the principle has positive and negative aspects. The good faith is traditionally divided into two categories: the subjective and the objective, being the last one the basis for the prohibition of a contradictory behavior, analysed in this article detached from expectation. We bring a new perspective on the objective good-faith: the pro-active one. We examine the difference between typical, secondary and accessories of conduct duties. To finalize, the classical division of the last duties into duty of loyalty, informations and protection and their treatment in civil and consumers Law.*

KEY WORDS: *Good faith; Accessories of conduct duties and information duty.*

INTRODUÇÃO

A boa-fé é um termo vago e flexível; uma cláusula geral, a qual se pode fornecer qualquer significado. Por se tratar de cláusula geral, possui dois aspectos interessantes, pois de um lado traz um maior potencial de obter a Justiça, visto que estabelece um sistema aberto e valorativo, que privilegia uma solução mais justa ao caso concreto, possibilita a adaptação do direito e forma um dos contrapesos da liberdade contratual¹; de outro lado, gera grande insegurança jurídica, na medida em que torna complicado “para a pessoa comum, e até para o operador do Direito, prever qual será a solução dum caso concreto.” (ASCENSÃO, 2006, p. 7).² É por isso que Ascensão (2006, p. 8-9) assevera que a boa-fé “é invocada a todos os

¹Nesse sentido Westermann, que ainda denomina as cláusulas gerais de “parágrafos-reis” (WESTERMAN, 1983, p. 24), (ASCENSÃO, 2006, p. 7), (BUSSATA, 2007, p. 2) e (SAMPAIO, 2004, p. 36-37), que aduz que as cláusulas gerais permitem o ingresso, no ordenamento jurídico, de elementos metajurídicos que se incorporarão ao sistema, ensejando sua constante revitalização. Cláudia Lima Marques, ao tratar da nova crise do contrato, descarta taxativamente que ela decorra das cláusulas gerais. Pelo contrário, seria uma crise externa à dogmática e cuja solução seria exatamente o uso correto das cláusulas gerais, de tal forma que defende que o direito privado do século XXI deveria evoluir como um todo “para redescobrir o princípio da confiança.” (MARQUES, 2007, p. 20-21).

²Eduardo Luiz Bussata, ao contrário, ressalta como fator positivo que o ideal de segurança jurídica perca terreno para o ideal de justiça contratual. (BUSSATA, 2007, p. 2).

propósitos no debate jurídico” e se ela “vale para tudo, então não vale para nada” e defende, ao mesmo tempo, a delimitação racional do campo de aplicação da boa-fé.

Inobstante inexistir definição no Código Civil (CC) ou no Código de Defesa do Consumidor (CDC), ela se encontra presente em diversos momentos relevantes, em especial quanto à interpretação dos negócios jurídicos (art. 113, CC), à sua observância pelos contratantes na conclusão do contrato e em sua execução (art. 422, CC)³, à possibilidade de o titular do direito cometer ato ilícito ao exercer seus direitos excedendo manifestamente os limites da boa-fé, através do abuso do direito (art. 187, CC), como princípio nas relações de consumo (art. 4º, III, CDC) e causa de nulidade de cláusulas abusivas (art. 51, IV, CDC) e assim por diante⁴. A boa-fé também se encontra presente textualmente em outros Códigos Cíveis, a exemplo do italiano (art. 1.375) e do alemão (art. 242). Nesse último, porém, não foi utilizada a expressão boa-fé, mas sim “*lealdade e confiança recíprocas: treu und glaubem*” (GOMES, 2005, p. 108).

De maneira simplificada, o princípio da boa-fé se resume no dever de as partes agirem de forma correta, honesta, leal e ética⁵.

1 ESPÉCIES DE BOA-FÉ

Existem dois tipos de boa-fé: a subjetiva e a objetiva. Na boa-fé subjetiva analisa-se o aspecto psicológico, íntimo ou pessoal do indivíduo. Ela está ligada, portanto, ao estado de consciência do contratante, ou seja, à sua intenção⁶. De acordo com Menezes Cordeiro, a boa-fé subjetiva “é uma qualidade reportada ao sujeito” (2007a, p. 407)⁷. Essa boa-fé foi a privilegiada pelo CC de 1916⁸, no entanto, hoje é exceção, predominando a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, por outro lado, é regra de conduta, cujo intuito é examinar se o comportamento do contratante se adequa a uma conduta padrão correta, ou seja, se ela está de acordo com o padrão de conduta social honesto que o homem médio adotaria. A boa-fé objetiva independe, então, da consciência ou da convicção de qualquer das partes e é considerada através de elementos externos. Com ela, deixou de importar se a parte considerava ou não que estava se comportando corretamente, mas sim se aquela conduta analisada objetivamente por um terceiro corresponderia a uma conduta correta e honesta, ou seja, se corresponderia ao modelo de conduta honesto.

³ Esse dispositivo, por apenas mencionar a observância à boa-fé na conclusão e na execução do contrato gerou grande discussão quanto à existência da boa-fé antes da celebração do contrato. Entendemos que a boa-fé também deve ocorrer antes da celebração do contrato, na medida em que a «conclusão» do contrato não representa um momento estático, mas sim o processo dinâmico de formação do contrato, que engloba as negociações preliminares, a proposta e a aceitação. De todo modo, independentemente do momento que a boa-fé existirá nas relações contratuais, José de Oliveira Ascensão critica esse dispositivo, pois “ficamos sem saber o que é que as partes têm efetivamente de fazer. A lei não o diz” (2006, p. 7).

⁴ A boa-fé ainda se encontra decisiva nas hipóteses trazidas, por exemplo, pelos arts. 128, 167 §2º, 242, 286, 307 e 309, todos do Código Civil.

⁵ No mesmo sentido, (GOMES: 2005, p. 108) e (TOMASEVICIUS FILHO: 2006, p. 190). Flávio Alves Martins, porém, prefere definir a boa-fé como “o entendimento de não prejudicar outras pessoas”, (2001, p. 7). Discordamos parcialmente dessa posição, na medida em que o dever de não prejudicar outras pessoas não pode representar a definição de boa-fé, pois é apenas uma de suas características; a definição há de ser mais ampla.

⁶ No mesmo sentido, Daniel Ustároz (2007, p. 71), Flávio Alves Martins (2001, p. 72) e José de Oliveira Ascensão (2006, p. 9), que ainda defende a sua não inclusão como cláusula geral.

⁷ Ele acresce à boa-fé subjetiva a necessidade de desculpabilidade, pois para ele a boa-fé subjetiva seria “um estado de ignorância desculpável, no sentido de que o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades” (2007a, p. 516).

⁸ Sampaio(2004, p. 40) refere haver uma exceção no CC de 1916, o art. 1.443, que tratava da obrigação de o segurador e o segurado guardarem “a mais estrita boa-fé.”

O CC de 1916 não consagrou o princípio da boa-fé objetiva expressamente nas relações obrigacionais, apesar de a doutrina e de a jurisprudência já aceitá-lo antes do advento do novo CC, onde ele foi introduzido categoricamente no art. 422 do CC⁹.

2 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Corolário do princípio da boa-fé objetiva é o *venire contra factum proprium*, que proíbe o agir contra fato próprio, ou seja, proíbe a existência de condutas contraditórias (opostas) oriundas da mesma pessoa. Segundo Cordeiro (2007b, p. 275), o *venire contra factum proprium* “põe em causa a credibilidade do agente, suscitando, nos meios em que ele se mova, dúvidas e perplexidades” Os pressupostos para caracterização do *venire contra factum proprium* são: 1. conduta inicial séria e direcionada a uma finalidade e 2. conduta posterior da mesma pessoa, porém, injustificadamente contrária à conduta e à finalidade iniciais.¹⁰

A conduta inicial não pode ser duvidosa, cambaleante ou com objeções. Há de ser séria quanto à finalidade desejada, na medida em que deve demonstrar a intenção de quem age. Essa análise é feita a partir de critérios objetivos e não subjetivos, ou seja, a seriedade da conduta há de ser verificada de modo que qualquer pessoa a identificaria e não apenas de modo que apenas a outra parte a identifique.

É na conduta posterior da mesma pessoa, ou seja, no segundo pressuposto, que se encontra o cerne do instituto, visto que, se ela inexistir, inexistirá a ação contrária, conseqüentemente, não estará caracterizado o *venire contra factum proprium*.

Não é, no entanto, qualquer comportamento posterior contrário que preencherá o segundo pressuposto. Ele há de ser grave e rejeitar de modo injustificado a finalidade inicial. Há de existir, então, um choque entre as duas condutas e as duas finalidades. Assim é que, se a parte age de determinada forma em direção a um fim e, posteriormente, age de outra forma em direção ao mesmo fim, não se encontra presente o pressuposto. Do mesmo modo se a segunda conduta, apesar de contrária, seja justificada.

Todos os pressupostos são objetivos, razão pela qual não se deve considerar nem a criação de expectativas nem a confiança (VINICIUS FILHO, 2006, p. 191) depositada pela parte que não possuiu o comportamento contraditório.¹¹ Isso se explica por dois motivos: *a*) existirá violação ao princípio do *venire contra factum proprium*, quando presentes os pressupostos acima, tanto se a parte confiou quanto se a parte não confiou, tanto se a parte criou expectativas quanto se a parte não criou expectativas e *b*) a expectativa e a confiança representam “estados de espírito”, e, portanto, são critérios de cariz subjetivos, segundo José de Oliveira Ascensão (2006, p. 10). Conseqüentemente, são difíceis de provar.

A ilicitude da segunda conduta exsurge, então, do exame coeso do todo, pois, à medida que a segunda conduta se contrapõe à primeira ela contraria a ordem pública e viola o princípio de que todos devem se pautar por condutas leais e honestas (princípio da boa-fé objetiva), sendo, assim, ilícita (art. 187). Segundo Gomes (2005, p. 108), o princípio da boa-fé está restrito ao campo contratual, “por ser corolário do postulado da *fé jurada*, segundo o qual todo homem deve honrar a palavra empenhada.” No entanto, foi o próprio CC que ampliou a necessidade de

⁹A esse respeito, José de Oliveira Ascensão justifica que após o advento do CC de 1916, “a desadequação das leis não desapareceu e a evolução da sociedade não parou. Por isso, a fratura entre o comando legal, o comando judicial e a vida jurídica alargou-se, com grave prejuízo da segurança jurídica” (2006, p. 6).

¹⁰ Em sentido semelhante, explica Menezes Cordeiro que “estruturalmente, o *venire* postula duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si e diferidas no tempo. A primeira – o *factum proprium* – é contrariada pela segunda. O óbice reside na relação de oposição entre ambas” (2007b, p. 278).

¹¹ Em sentido contrário, José de Oliveira Ascensão parece defender que o *venire contra factum proprium* estaria ligado ao princípio da confiança e não ao da boa-fé, pois aquele “desenvolve os requisitos específicos da situação e é mais preciso que o da boa-fé, cuja vastidão implica perda da compreensão.” (2006, p. 13).

observância da boa-fé para além do âmbito contratual, caracterizando sua inobservância como verdadeiro abuso de direito (art. 187).¹²

O *venire contra factum proprium* pode caracterizar o cumprimento defeituoso, mas tratando-se de ato ilícito, em virtude do abuso de direito, qualquer investimento realizado por quem não agiu de modo contraditório pode ser indenizado com base na responsabilidade civil.

3 BOA-FÉ E CONFIANÇA

É comum e corrente ligar a boa-fé objetiva à confiança, mais especialmente a uma função de proteger as esperanças e expectativas geradas na outra parte.¹³ Tal decorre mesmo do direito alemão, na medida em que o princípio da boa-fé objetiva encontra-se conectado à denominação alemã *Treu und Glauben* (lealdade e confiança).

A confiança, porém, nada tem a ver com a boa-fé objetiva. De acordo com Ascensão. (2006, p. 10), a confiança ganhou muito relevo nas ordens germânicas, em virtude de estas serem “muito mais sensíveis às necessidades do tráfego.”¹⁴

A confiança está muito mais ligada à boa-fé subjetiva, pois aquela representa elemento interno¹⁵. A confiança é algo valorativo, que depende de avaliação íntima de cada indivíduo e pode ser sustentada por qualquer motivo, assim como pode cessar por qualquer razão, ainda que ela não seja objetivamente relevante¹⁶. Destarte, uma mulher pode receber inúmeras recomendações de um advogado e, confiando nele, contratá-lo. Contudo, se na saída de seu escritório o advogado contar uma piada pejorativa sobre as mulheres, sua agora já cliente pode perder totalmente a confiança que tinha nele e, ali mesmo, na porta, revogar o contrato de mandato, sem necessidade de maiores explicações.¹⁷ Assim, a confiança não pode ser avaliada

¹²Nesse sentido, Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2006, p. 116). Em sentido contrário, José de Oliveira Ascensão, ao criticar desde a denominação até o conteúdo do abuso de direito, parece não concordar com nossa posição, visto que o abuso de direito apenas diria respeito ao abuso no exercício do direito, o que não ocorreria quando se está negociando ou celebrando um contrato, pois isso geraria a criação “de um superinstituto ainda mais vasto, em situações tão diferentes”, que levaria a um “afundamento na vacuidade.” (2006, p. 12). Para nós, porém, negociar e contratar representa um direito das partes e estas, no exercício desses direitos, não podem adotar uma conduta contraditória, pois essa conduta viola a boa-fé objetiva.

¹³ Nesse sentido, Menezes Cordeiro (2007a, p. 630); Daniel Ustároz (2007, p. 67 e ss.); Paulo Lôbo (2003, p. 19) e Cláudia Lima Marques, (2007, p. 21), que denomina a confiança como “o modelo-mãe da boa-fé.”

¹⁴O autor ainda assevera que a “pretensa fundamentação da boa-fé na confiança, é vazia.”

¹⁵Nesse sentido, Menezes Cordeiro estabelece que “os objectivos da boa-fé subjectiva, definidos particularisticamente nas suas aplicações típicas, constituem uma síntese com os fins mais globais do sistema jurídico: a aparição da confiança, nos diversos cenários, basta para o demonstrar.” (2007a, p. 525).

¹⁶ De acordo com Menezes Cordeiro, “a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”, (2007a, p. 1.234), o que parece corroborar nossa posição. Apesar do mesmo autor defender mais adiante que a confiança constitui uma ponte entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, (2007a, p. 1.238) e justificar a ligação à boa-fé objetiva como base juspositiva necessária (2007a, p. 1.250), ele afirma que a confiança normalmente é protegida “pela via da boa-fé subjectiva”, (2007a, p. 1.246) e que falta à confiança “uma disposição legal específica.” (2007a, p. 1.250).

¹⁷Defende Ruy Rosado Aguiar Júnior (2004, p. 71) e Araken de Assis (2004, p. 88 e ss.) que a revogação consistiria na retirada da vontade, nos casos permitidos por lei, o que termina por simplificar o instituto em demasia, evitando que se atinja o cerne de sua conceituação, para além de não explicar a vastidão das hipóteses discricionárias (sem fundamento legal) passíveis de revogação. Isso acarreta, também, o problema de conduzir a diferenciação entre as figuras extintivas da resolução e da revogação a depender de um critério impreciso, que seria a retirada da vontade como elemento de fato do negócio. Pedro Romano Martinez (2005, p. 50) e José Carlos Brandão Proença (2006, p. 49), por outro lado, primeiramente conceituam a revogação na sua forma bilateral, restringindo o conceito a essa hipótese, para posteriormente afirmar que uma das espécies de revogação seria a unilateral e, então, levantar os problemas relativos à mesma. Em linhas gerais, contudo, a revogação pode ser entendida como o modo de extinção discricionário dos efeitos do contrato operado por apenas um dos contratantes ou por ambos em conjunto. No mesmo sentido, Inocêncio Galvão Telles (2002, p. 380). Desse modo, a revogação

externa e objetivamente, como ocorre na boa-fé objetiva, razão pela qual as duas não deveriam estar conectadas.¹⁸

Além do mais, a necessidade de proteção de expectativas e esperanças não é relevante em nenhum âmbito do direito, não o devendo ser, também, no âmbito obrigacional¹⁹. A boa-fé nada tem a ver com a expectativa da outra parte, pois, se assim o fosse, chegaríamos a resultados jurídicos aberrantes. Considerando a hipótese do contrato de trabalho, quando o empregador dispensa o empregado, ele pode estar frustrando e não protegendo suas expectativas e esperanças de continuar no emprego e quitar as dívidas que obteve quando acreditava que estaria empregado por um longo período. Nem por isso se há de cogitar de violação à boa-fé objetiva, ainda que o empregador não tenha protegido as expectativas e esperanças do empregado. Da mesma forma no casamento, quando o outro cônjuge acaba o casamento e frustra expectativas e sonhos do outro ou, ainda, no respeitante à herança, quando o testador frustra a expectativa de direito de um dos herdeiros, deixando uma parte disponível de seu patrimônio para terceiro.

Outrossim, o inadimplemento da obrigação também não deve estar conectado à violação da confiança ou da boa-fé da parte, sendo ele ilícito porque a lei determina sua não conformidade com o direito. (ASCENSÃO, 3006, p. 9). Portanto, em nenhuma das hipóteses descritas há violação à boa-fé objetiva simplesmente porque ela não está relacionada à proteção de expectativas ou esperanças.

Melhor é acoplar a boa-fé objetiva a uma conduta de cooperação, solidariedade e esforços múltiplos para que o adimplemento e a satisfação das partes sejam obtidos²⁰, não apenas no sentido de não causar danos à outra parte, mas, principalmente, de evitar que danos lhe sejam causados.

4 BOA-FÉ OBJETIVA ATIVA

A boa-fé objetiva adquire uma nova perspectiva. Ela deixa de ser uma regra de conduta baseada no comportamento correto, honesto e leal de o devedor evitar danos ao credor, para ser um dever geral que estipula a todos uma conduta pró-ativa no sentido de evitar danos aos outros

tanto pode ser bilateral como unilateral. Também denominada de distrato, a revogação bilateral é aquela que ocorre por mútuo consenso dos contratantes e, segundo Orlando Gomes, seria a forma mais pura de rescisão, (2007, p. 184). Washington de Barros Monteiro conceitua distrato como “o acordo de vontades entre as partes contratantes, a fim de extinguir o vínculo contratual anteriormente estabelecido (1973, p. 45). Para uma análise detalhada da figura do distrato, *vide* Pontes de Miranda, para quem distrato “é o *contrarius consensus*, não *mutuus dissensus*” (1954, p. 223 e ss.) e Pedro Romano Martinez (2005, p. 50 e ss.). O princípio geral da revogação é que a mesma é discricionária e, quando é vinculada a um fundamento legal ou convencional, estamos diante de exceção à regra. A exceção à regra, contudo, encontra-se inserta na espécie de revogação unilateral que exige um fundamento legal ou convencional para existir, surgindo, com isso, um problema referente à diferenciação desses casos e da resolução, que se refere à extinção fundamentada e vinculada do contrato. Para solução, seguimos o entendimento de José Carlos Brandão Proença (2006, p. 49), que formula a distinção entre resolução e revogação unilateral baseada no fato de que a primeira é motivada por justa causa diversa da que determinou o ato que se revoga. Com isso, a revogação atinge o próprio ato revogado e somente de forma reflexa atinge a relação dele originada. E, diferente da resolução, a revogação unilateral não visaria pôr fim a qualquer desequilíbrio contratual subjetivo (incumprimento, por exemplo) ou objetivo (alteração das circunstâncias, por exemplo), nem dá ensejo a qualquer obrigação de indenização.

¹⁸ Como explicitado na nota de rodapé 67, Menezes Cordeiro discorda desse posicionamento, pois para ele a confiança constituiria “uma ponte entre as boas-fés objetiva e subjetiva, devendo assentar em ambas” (2007a, p. 1.238).

¹⁹ Apesar de defender o contrário, Menezes Cordeiro menciona que H. Meyer defendia que haveria confronto entre o princípio da confiança e algumas normas jurídicas, como a relativa ao erro, onde a outra parte que não errou teria confiado e esperado a realização de um negócio jurídico, mas o ordenamento jurídico não o privilegia, (2007a, p. 1.236, nt. 115).

²⁰ Em sentido semelhante, Daniel Ustarróz (2007, p. 68).

em todas as situações. Deixa, então, de ser necessário apenas que alguém não cause dano a outrem e passa a ser indispensável também que todos evitem danos que podem ser causados a outrem, por ele ou por terceiros.

Analogicamente, seria equiparável à ideia de direção defensiva no trânsito, pois o motorista não pode apenas conduzir com o cuidado de não colidir em outro, mas também com o cuidado de evitar acidentes que o atinjam ou alcancem outras pessoas²¹. Exemplo disso é quando um motorista avisa a outro, através de sinal de luz, da ocorrência de um acidente que acabara de ocorrer e do qual ele já havia se desvencilhado, com o cuidado de proteger tanto aquele motorista que se encontra conduzindo no sentido da colisão recém ocorrida, quanto de proteger as pessoas que colidiram e se encontram ainda na via de acesso.

Trata-se, portanto, da possibilidade de uma das partes antecipar problemas comuns que poderiam ocorrer à outra parte.

Em um contrato de empreitada, o dono da obra pretendia remover a madeira que circundava a varanda da casa. O empreiteiro inseriu no contrato o serviço referente à varanda e à limpeza, pelo qual cobrou valores específicos. Após a remoção da madeira, informou ao dono da obra que ele teria que comprar uma nova madeira e contratar alguém para instalar as vigas de madeira que seriam adquiridas. No meio do processo, então, o dono da obra teve que parar toda a reforma da casa, para poder pesquisar preços, comprar e esperar que as madeiras chegassem. Teve, ainda, de procurar alguém que realizasse o serviço. A varanda só ficou pronta dois meses após a informação do empreiteiro, extrapolando o prazo inicial da reforma. Ao final, o empreiteiro limpou dentro da casa, mas deixou todo o entulho do lado de fora da casa, sob a alegação de que a limpeza inserida no contrato referia-se, apenas, à limpeza da casa. Assim sendo, como o contrato era genérico e nem afirmava claramente que as novas vigas de madeira teriam que ser posicionadas pelo empreiteiro, nem que ele teria que remover os entulhos, o empreiteiro deveria ter tido o cuidado de especificar ou esclarecer o dono da obra sobre seus serviços, já que, para o mesmo, não adiantava contratar a remoção da madeira da varanda com uma pessoa se fosse para deixar a varanda sem nenhuma proteção. É nisso sentido que a boa-fé objetiva ativa atua, de exigir uma conduta mais zelosa e informativa do que a habitual.

Considerando que um dos deveres acessórios de conduta decorrente da boa-fé objetiva é o de proteção, na hipótese de um estabelecimento de ensino possuir um grande pátio de estacionamento na frente de sua sede desde o seu nascedouro e, por tal razão, ter atraído muitos alunos em virtude da segurança em estacionar; se esse estabelecimento, além da matrícula, começa a cobrar também pelo estacionamento do veículo do aluno, ciente de que as aulas são noturnas, que a violência na região é gigantesca e que se o aluno não quiser ser roubado, seqüestrado ou ter seu carro furtado, terá de pagar dinheiro ao estabelecimento de ensino para estacionar, ainda que inexista disposição legal proibindo essa prática, não se pode defender que se trata de conduta correta do estabelecimento. Apesar de o próprio estabelecimento de ensino não estar causando nenhum dano ao aluno, ele também não está adotando uma conduta pró-ativa de proteção a esse aluno, nem observando o princípio da função social do contrato, na medida em que visa apenas o lucro a ser obtido com o estacionamento.

Também fere o dever de boa-fé no sentido de antecipação de problemas que ora se defende o fato de o fornecedor não dar destaque ao prazo de validade dos produtos que possuem data de vencimento no dia da venda, pois a maioria dos produtos são adquiridos para consumo em dias posteriores. Assim, o consumidor adquirir 2 litros de leite exatamente no dia do seu vencimento e não ser avisado pelo fornecedor de forma explícita não fere nenhuma legislação

²¹Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006, p. 54) parece corroborar nossa posição quando suscita a necessidade de um “agir preventivo” na nossa sociedade atual.

específica, porém, a nosso ver, fere o princípio da boa-fé objetiva ativa, na medida em que o mesmo pode evitar que o consumidor, nos dias posteriores consuma produto fora do prazo de validade.

Em sentido semelhante, a violação ainda existe na hipótese de os planos de saúde realizarem a limitação da quantidade de exames ou consultas, posto que tal procedimento pode prejudicar o tratamento da doença do consumidor e caracteriza uma prática que não se preocupa com saúde dos mesmos. Como contrato aleatório, os consumidores podem passar anos pagando e sem utilizar os planos de saúde, independentemente disso, quando precisam possuem uma limitação injustificada do número de consultas. Essa falta de proteção por parte dos fornecedores não é ilegal, na medida em que sua conduta é autorizada por lei, no entanto, não se pode deixar de considerá-la violadora do princípio da boa-fé objetiva ativa, pois o fornecedor, apesar de não causar danos diretamente ao consumidor, pode evitar danos maiores à sua saúde e assim não o faz.

5 DEVERES TÍPICOS, SECUNDÁRIOS, ACESSÓRIOS DE CONDUTA

• Diferenças entre deveres típicos, secundários e acessórios de conduta

Todo contrato possui ao menos um dever típico (ou principal²²), que o caracteriza e o distingue de outros contratos. Esse dever típico insere-se no âmbito dos deveres de prestar, do qual fazem parte, igualmente, os deveres secundários.

É o dever típico que serve para determinar o núcleo do suporte fático e, com isso, permitir a incidência da correta norma jurídica ao contrato realizado. No contrato de compra e venda, por exemplo, existe o dever típico do vendedor de entregar a coisa e do comprador de pagar o preço; no contrato de permuta, por sua vez, ambos contratantes necessitam entregar uma coisa. Ainda que o contrato não seja sinalagmático, há de existir um dever peculiar, como ocorre no contrato de doação simples com o dever de o doador entregar a coisa doada²³.

Para além dos deveres típicos, os contratos também possuem deveres secundários e deveres acessórios de conduta, que não se confundem em virtude de os primeiros encontrarem-se no âmbito dos deveres contratuais de prestar, enquanto os deveres acessórios de conduta representam outra espécie de dever, diversa do dever de prestação²⁴, e são decorrentes do princípio da boa-fé objetiva.

A principal diferença entre os deveres acessórios de conduta e os deveres de prestação reside na autonomia do momento de suas formações. Os deveres acessórios de conduta derivam do princípio da boa-fé objetiva e podem existir independentemente dos deveres de prestação, nascendo inclusive em momentos distintos: antes ou após o surgimento do dever de prestar. É por sua causa que houve o surgimento das responsabilidades pré-contratual (*culpa in contrahendo*)²⁵ e pós-contratual (*culpa post pactum finitum*).

Em decorrência de sua autonomia e dos diversos momentos de formação entre os

²² Preferimos utilizar os termos dever típico e secundário a principal e acessório, como forma de evitar eventual confusão que se faça com a acepção de bem principal e acessório. De acordo com o art. 92 do CC, principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente, enquanto o bem acessório é aquele cuja existência supõe a do principal.

²³ De acordo com Antunes Varela (2006, p. 122), “como dever *primário* ou *principal* se considera ainda a obrigação de *indemnizar* nascida da prática de facto ilícito *extracontratual*, visto a relação *obrigacional* nascer directa ou *originariamente* desse facto.”

²⁴ No mesmo sentido, Menezes Cordeiro (1980, p.132).

²⁵ Ao explicar os deveres acessórios de conduta e sua existência em momento anterior à própria existência da obrigação, Christiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 46) afirmam existir o contrato social entre as partes. A nosso ver, a idéia de contrato social não influi na estipulação de um dever acessório de conduta, ligado a um dever geral de não causar dano à outra parte, que se liga muito mais ao *neminem laedere*.

deveres de prestar e os deveres acessórios de conduta, é que se torna possível a cobrança de deveres acessórios de conduta, ainda que os deveres de prestação venham a ser declarados nulos.

É comum perfazer-se outra distinção entre os deveres de prestação e os deveres acessórios de conduta respeitante às consequências que ambos produzem. Enquanto os deveres acessórios de conduta, via de regra, não acarretariam a possibilidade de exigência judicial do seu cumprimento²⁶, esta seria uma das principais consequências que os deveres de prestar geram²⁷. Contudo, no direito brasileiro, cremos ser possível a possibilidade de exigir judicialmente o cumprimento de um dever acessório, como no exemplo mencionado do estabelecimento de ensino que não observa seu dever de proteção ao cobrar pelo estacionamento. Nesse caso se um aluno desejasse, poderia ingressar judicialmente cobrando o cumprimento pela faculdade de seu dever de proteção, vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ainda que seja a direito decorrente de inobservância a dever acessório de conduta (art. 5º, XXXV da CF/88).

Reconhecemos, porém, que as consequências mais comuns da violação aos deveres acessórios de conduta são, realmente, a indenização dos danos, a resolução do contrato ou uma sanção análoga.

A diferença mais relevante entre deveres de prestação e deveres acessórios de conduta, porém, é a posicional, até porque explica as outras duas divergências mencionadas. Os deveres de prestação localizam-se apenas e tão-somente no âmbito das relações jurídicas obrigacionais, enquanto os deveres acessórios de conduta localizam-se em todas as relações jurídicas, ainda que não obrigacionais, e objetivam seu perfeito funcionamento. É de se considerar, para tanto, que nas relações jurídicas de direito absoluto, onde o sujeito passivo é indeterminado, o dever geral de não causar dano a outrem também comporta os deveres acessórios de conduta. Destarte, posicionar os deveres acessórios de conduta apenas no âmbito das relações jurídicas obrigacionais é limitar em demasia seu campo de atuação e desconsiderar sua importância e existência em outras relações jurídicas.

Outro argumento que corrobora a posição defendida refere-se ao aspecto subjetivo dos deveres acessórios de conduta, ou seja, às partes que eles atingem. Se eles apenas existissem em âmbito obrigacional, o mais razoável é que eles protegessem apenas o credor de não sofrer prejuízo. Mas isso não ocorre porque eles atingem tanto o credor quanto o devedor, pois o primeiro tem que evitar posições que acarretem uma onerosidade desnecessária ao segundo.

No caso específico das relações de consumo, pela própria vulnerabilidade do consumidor, é mais difícil a aplicação dos deveres acessórios de conduta ao fornecedor, mas tal é possível. No REsp nº 663969/RJ (2ª T. Rel. Min. Castro Meira. DJ 2/6/2006, p. 113), o STJ modificou seu posicionamento e decidiu que o supermercado não é obrigado a afixar etiqueta individual de preço em todos os produtos colocados à venda, com base em interpretação do art. 2º da Lei 10.962/04, que estabelece opções de afixação de preços a alguns fornecedores.

Como os deveres acessórios de conduta decorrem do princípio da boa-fé objetiva, quando tratamos desse princípio demonstramos que na verdade trata-se de um dever geral, que estipula a todos uma conduta pró-ativa no sentido de evitar danos aos outros em todas as situações. A presença da boa-fé objetiva e dos deveres acessórios de conduta criou um novo panorama sob o *neminem laedere* e que está intimamente conectado ao cumprimento

²⁶ Nesse sentido, Antunes Varela (2007, p. 127) e Menezes Leitão (2007, p. 123), que citam tratar-se da mesma posição de Larenz.

²⁷ Conforme consta do art. 817 do CC Pt. No mesmo sentido Menezes Leitão (2007, p. 122).

defeituoso.

Deixou de ser necessário apenas que alguém não cause dano a outrem e passa a ser indispensável, também, que todos evitem danos que podem ser causados a outrem, por ele ou por terceiros. É também por essa razão que os deveres acessórios podem tutelar a situação de terceiros ao contrato, o que se denomina de eficácia de proteção em relação a terceiros e que veio a ser reconhecido recentemente na reforma do BGB (§ 311 II e III)²⁸.

Inobstante os deveres acessórios de conduta não estarem presentes apenas no âmbito das relações jurídicas obrigacionais, é lá que suas características mais se ressaltam e são mais facilmente compreendidas. E no âmbito obrigacional, o esquema abaixo demonstra claramente a localização de todos os deveres presentes na relação obrigacional, em especial os deveres secundários e acessórios de conduta.²⁹

RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL DEVERES

DEVERES DE PRESTAÇÃO	DEVERES ACESSÓRIOS DE CONDOTA
- TÍPICOS - SECUNDÁRIOS	- PROTEÇÃO - INFORMAÇÃO - LEALDADE

De acordo com Antunes Varela (2006, p. 122), os deveres secundários da prestação principal³⁰ destinam-se a “preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação,” como ocorre na venda de um automóvel com o dever de o vendedor entregar o carro lavado ou pagar os impostos incidentes na coisa antes da tradição (art. 502). Grande parte desses deveres é estabelecida por lei (LEITÃO, 2007, p. 122), como se constata no contrato de locação com a obrigação que o locador possui de manter a coisa em estado de servir ao uso a que se destina (art. 566, I) ou a do locatário de tratar a coisa alugada com o mesmo cuidado

²⁸A ideia do contrato com eficácia protetora de terceiros deve-se a Larenz, que defendia a necessidade de proteção não só aos contratantes como também a terceiros, estranhos ao contrato. Seria a hipótese do empregado que no uso de máquina adquirida pelo empregador vem a sofrer prejuízo por falta de informação do fornecedor. Ela se baseia na boa-fé. De acordo com Menezes Cordeiro (2007, p. 620), “tentativas antigas de alcançar o mesmo resultado, com recurso ao contrato a favor de terceiro ou à liquidação de dano a terceiro não cobriam as hipóteses a resolver e levantavam dificuldades de construção científica.” Mais além, o mesmo autor exclui a aplicação do mesmo conteúdo da responsabilidade aquiliana, apesar de reconhecer que este fenômeno de proteção de terceiros também visa à preservação das esferas pessoal e patrimonial de terceiro. E tal se deve ao fato de que a proteção de terceiros não engloba apenas deveres de proteção, propriamente dito, mas abrange, da mesma forma, deveres de informação. A nosso ver, essa justificativa não possui o condão de excluir a incidência da responsabilidade delitual, vez que o «não causar danos a outrem» engloba quaisquer danos, advindos de quaisquer violações, inclusive, do dever de informar.

²⁹Diversamente, Christiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 45) acreditam que os deveres secundários estariam localizados em “um espaço” entre o dever principal e os deveres de conduta e seria nesse “espaço” que os deveres secundários da prestação penetrariam.

³⁰Menezes Leitão não perfaz a diferença entre os deveres secundários de prestação, apesar de reconhecer sua autonomia em relação aos deveres típicos. Para ele, os deveres secundários de prestação servem apenas para complementar a prestação principal, desempenhando uma função acessória.

como se sua fosse (art. 569, I)³¹. A violação desses deveres secundários também pode acarretar o cumprimento defeituoso do contrato.

- **Deveres acessórios de conduta**

Os deveres acessórios de conduta, também denominados de deveres de proteção, por Stoll, ou deveres laterais, por Esser, são derivados do princípio da boa-fé objetiva e se dedicam a conduzir a um resultado plenamente satisfatório ao sujeito ativo e sem a ocorrência de prejuízo a qualquer uma das partes³²³³. São classicamente entendidos como deveres que não se ligam nem à necessidade de preparação do dever de prestação típico, nem à sua execução propriamente dita³⁴.

Os deveres acessórios de conduta são hostis a qualquer enumeração taxativa e eterna, pois isso os engessaria e não permitiria que os mesmos atingissem seu fim, que é o de proteção das partes. Contudo, alguns dos deveres acessórios atualmente reconhecidos são os deveres de informação e conselho, custódia e vigilância, cooperação, segredo, não concorrência e o de lealdade. Menezes Cordeiro (2007a, p. 604) realizou uma tripartição das principais categorias dos inúmeros deveres acessórios de conduta existentes. Para ele, todos os deveres acessórios de conduta poderiam ser resumidos em três: deveres de proteção, de informação e de lealdade. Concordamos com Christiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 48) quando defendem que existiria, na verdade, “uma conformação híbrida, na qual a ausência do dever de esclarecimento pode implicar quebra do dever de lealdade, assim como esta pode resultar de desamparo ao dever de proteção,” o que por sua vez demonstra que juridicamente o mais importante não é o tipo de dever violado, mas a presença de um dano, ainda que potencial.

Por intermédio do dever de proteção, espera-se que a parte evite a ocorrência de danos à outra parte, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. Situação clara de inobservância a dever de proteção ocorre na hipótese de um fabricante de cerveja contratar um degustador de bebidas alcoólicas ciente de que o mesmo detém predisposição familiar à síndrome de dependência do álcool (SDA), da qual, inclusive, já é portador. Denota-se, nesse caso, que inexistente norma jurídica que proíba o trabalho como degustador de bebidas alcoólicas de pessoas que detenham vícios, mas, pelo dever de proteção física e psicológica do contratante, tais funções não deveriam ser estabelecidas a essas pessoas. Contudo, ainda que o fossem, na hipótese de serem suas únicas atividades e para não configurar discriminação, a empregadora

³¹ A obrigação de o locatário tratar a coisa alugada com o mesmo cuidado como se sua fosse se refere ao cuidado que o homem médio deve ter no cuidado de suas próprias coisas. Lembra Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 293) que “não servirá de escusa ao locatário a alegação de desleixo com que trata as suas próprias coisas.”

³² Nesse sentido, Christiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2007, p. 48) e Antunes Varela (2007, p. 121-122). Em nota de rodapé, Antunes Varela (2007, p. 123, nt. nº 1) ainda complementa que Stoll foi o primeiro a distinguir nitidamente entre os deveres de prestação e os demais deveres que comporta a relação obrigacional e que ele os denominava de deveres de *tutela* ou *proteção* “porque se destinavam, em regra, a *defender o credor dos prejuízos* que lhe podiam advir duma defeituosa realização da *prestação* ou a esclarecê-lo sobre os perigos da *coisa* que lhe era devida”. Ele ainda critica a expressão de Stoll “por abranger apenas um dos múltiplos fins que os deveres de conduta podem ter em vista.”

³³ De acordo com Antunes Varela (2007, p. 126), são deveres mais frequentes no caso das relações *duradouras* do que nas obrigações de prestação *instantânea*. “E avultam sobretudo nas relações obrigacionais que, como as provenientes do contrato de trabalho ou de sociedade, por exemplo, comprometem especialmente a *personalidade* dos contraentes no correcto cumprimento dos deveres contratuais.” No mesmo sentido, Menezes Leitão (2007, p. 122).

³⁴ No mesmo sentido, Eduardo Luiz Bussata (2007, p. 112). Em sentido contrário, Menezes Leitão afirma que os deveres acessórios de conduta “têm por função assegurar a realização do dever de prestação principal, em termos que permitam tutelar o interesse do credor, mas também evitar que a realização da prestação possa provocar danos para as partes” (2007, p. 123). Não concordamos na medida em que o dever de prestação principal pode, inclusive, já ter sido completamente realizado e de forma satisfatória, mas, ainda assim, o dever acessório de conduta subsistiria.

deveria adotar medidas para proteger esses empregados, tais como a fiscalização da quantidade de cerveja ingerida, medidas de prevenção ou tratamento do alcoolismo, inclusive com tratamento psicológico ao funcionário.

Recentemente, em caso idêntico a esse, o TRT da 4ª Região modificou a sentença de primeiro grau e condenou a empresa Ambev a pagar R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais a um funcionário degustador alcoólatra e que ainda recebia diariamente uma garrafa de cortesia ao final do expediente. Inobstante não ter sido levantado diretamente o argumento de inobservância ao dever de proteção, o TRT condenou a empresa com base na sua negligência em fiscalizar as quantidades de álcool ingeridas e de sua atitude não zelosa ao admitir pessoas com SDA na função de degustadores. (TRT 4ª R. AIRR 1242/2005-522-04-40. 6ª T. Rel. Min. Horácio Senna Pires. DJ. 07.03.2008).

Outra situação de violação ao dever de proteção encontra-se no exemplo d'antes fornecido de o estabelecimento de ensino possuir um grande pátio de estacionamento na frente de sua sede desde o seu nascedouro e que, provavelmente, atraiu muitos alunos em virtude da segurança em estacionar, vindo a cobrar, além da matrícula, também pelo estacionamento do veículo do aluno, ciente de que as aulas são noturnas, que a violência na região é gigantesca e que, se o aluno não quiser ser roubado, sequestrado ou ter seu carro furtado, terá de pagar dinheiro ao estabelecimento de ensino para estacionar e se manter em segurança. Ainda que inexistir disposição legal proibindo essa prática, não se pode defender que se trata de conduta correta do estabelecimento. Apesar de o próprio estabelecimento de ensino não estar causando nenhum dano ao aluno, ele não pode defender que sua proteção é ampla, na medida em que não está adotando uma conduta pró-ativa. Nesse caso se um aluno desejasse, poderia ingressar judicialmente cobrando o cumprimento pela faculdade de seu dever de proteção, vez que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ainda que seja a direito decorrente de inobservância a dever acessório de conduta (art. 5º, XXXV da CF/88).

Outro exemplo de inobservância ao dever de proteção é no caso de uma comunidade da rede social *orkut* ser ofensiva a determinado indivíduo, seja através da difamação ou uso impróprio de fotos pessoais, como no caso de uma comunidade falsa sobre a opção sexual de determinada pessoa. O fato de existir uma comunidade criada por um usuário falso com a denominação de ser homossexual e constar a foto da pessoa pode violar o dever de proteção que o *google* possui se ele não retirá-la imediatamente. Se assim o fizer, estará agindo de acordo com a boa-fé objetiva e respeitando o dever acessório de proteção, caso contrário, deverá indenizar pelos danos causados por inobservância a esse dever³⁵.

O dever de informação, ou de esclarecimento, obriga a parte a conceder todas as informações relevantes sobre o negócio jurídico, para que sua vontade seja consciente quanto ao conteúdo e aos efeitos da execução contratual. Diferentemente do Código Civil português CC Pt (art. 485º), o CC Br não traz um regime geral no tratamento da matéria. O único momento que estipula um dever de informação é quando trata do contrato de transporte de coisas e estipula, no art. 745, que, em caso de informação inexata ou falsa descrição na relação das coisas a serem transportadas, o transportador será indenizado pelo prejuízo que sofrer.

No entanto, apesar de não expresso, o dever à informação por vezes é tão relevante no CC que sua falta pode caracterizar dolo, acarretando a invalidade do negócio jurídico, posto que a falta de informação pode ser considerada uma forma de enganar o outro contratante e induzi-lo ao erro ou nele mantê-lo.

O dever de informar, porém, foi estabelecido expressamente pelo art. 6º, inciso III do

³⁵Condenações desse tipo são comuns na justiça brasileira. Vide TJ/RJ. Processo nº2009.001.47765. 9ª Câm. Cív. Rel. Des. Marco Aurélio Fróes. DJ 8/10/2009.

CDC, que prescreve como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Caso o dever de informação não seja observado existirá um vício do produto ou serviço, se nenhum dano for gerado, representando assim um cumprimento defeituoso.

A partir do art. 8º, por outro lado, o CDC liga o dever de informar ao dever de proteger ao estabelecer que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

O art. 9º do CDC estipula o dever de informação ainda que os produtos ou serviços sejam potencialmente perigosos à saúde ou segurança. Seria a hipótese da venda de um veneno ou de fogos de artifício, visto que nesses casos o perigo é previsível por natureza, no entanto, independentemente disso, o fornecedor deve alertar o consumidor, de maneira ostensiva e adequada, de todos os riscos que aqueles produtos, por natureza potencialmente mais perigosos, podem acarretar, bem como a forma correta de utilizá-los.

O art. 10º do CDC demonstra a existência dos deveres acessórios de conduta mesmo após o cumprimento do dever de prestação típico ao dispor que o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Se o fornecedor introduz no mercado um produto ou serviço que depois se descobre perigoso, ele possui o dever de informar imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, às custas do fornecedor (§§1º e 2º do art. 10 do CDC). Tal ocorreu em nível mundial no segundo semestre de 2007 com alguns brinquedos da Mattel, visto que, após a inserção no mercado dos brinquedos, restou constatada a possibilidade de descolamento dos pequenos ímãs contidos nas peças desses produtos, que poderiam ser ingeridos ou inalados por crianças, causando lesões graves. O maior problema ocorreria se a criança ingerisse dois ímãs, posto que, por causa da atração das peças, passaria a existir risco de perfuração de órgãos, principalmente do intestino. Por conta disso, a Mattel realizou *recall* mundial, requisitando a devolução dos brinquedos para que fossem substituídos por outros sem o mesmo vício, como forma de proteger a criança.

No tocante aos transgênicos, eles só foram aceitos para inserção no mercado de consumo brasileiro porque não se sabe de nenhuma nocividade ou periculosidade à saúde no consumo dos mesmos no momento científico atual. No entanto, se a qualquer tempo restar comprovado que os fornecedores deveriam saber dos riscos atuais, terão eles violado o dever acessório de proteção aos consumidores.

Por fim, os deveres acessórios de lealdade geralmente vinculam as partes a condutas negativas, que evitem atitudes que possam desequilibrar as prestações ou fazer com que a obrigação venha a perder seu objetivo³⁶, apesar de existirem condutas positivas com o mesmo intuito. Corresponde ao sexto grupo de situações mencionado por Staub, como a obrigação de não divulgar segredo para concorrente, mesmo após o término da relação de trabalho.

Há infração ao dever de lealdade quando, por exemplo, encomenda-se vestido de noiva único e exclusivo que, depois de entregue e usado, vem a ser reproduzido para outras noivas ou na hipótese do funcionário de afamada lanchonete que, após prestar regularmente seus serviços, vem a ser demitido e conta o segredo de fabricação da famosa receita daquela lanchonete ou, ainda, na hipótese de fornecedor que deve manter a assistência técnica e peças

³⁶Ou, ainda, falsear o objetivo do negócio jurídico, segundo Menezes Cordeiro (2007a, p. 606).

de reposição da coisa vendida, ainda que pare de fabricá-la.

Este último exemplo, inclusive, foi regulamentado pelo art. 32 do CDC, que no seu *caput* estipulou o dever dos fabricantes e importadores de assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não findar a fabricação ou importação do produto, enquanto o seu parágrafo único determina que, ainda que cessada a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo.

Outras aplicações do dever de lealdade dos fornecedores encontram-se no dia-a-dia, como no fato da pizzaria aceitar fornecer pizzas com dois sabores ou mais, no entanto, cobra o preço do sabor mais caro, ao invés de ratear os valores dos sabores fornecidos. A deslealdade é encontrada com mais afinco na aquisição de morangos, haja posto que é usual o consumidor adquirir caixas de lindos morangos lacradas e coloridas na parte inferior, restando impossível escolhê-los ou inspecioná-los individualmente e, ao chegar em casa, constatar que embaixo dos lindos morangos da primeira camada escondem-se frutas minúsculas e, na maioria das vezes, podres, provavelmente escolhidas propositalmente pelo produtor de morangos para aumentar sua lucratividade com a venda de frutas podres e pequenas, que não seriam vendidas ou o seriam por valores inferiores aos das frutas de maior tamanho.

Há notícia de deslealdade praticada por uma companhia telefônica brasileira que realizou uma promoção para a venda de um plano onde o consumidor só pagaria o primeiro minuto e depois falaria de graça por quanto tempo desejasse. Esse foi o *marketing* utilizado para aquisição do plano. Ocorre que, na prática, muitos consumidores denunciaram que quando a ligação estava perto de completar um minuto ou depois que passava um pouco do minuto completado, a ligação findava e os consumidores tinham de discar novamente, impossibilitando, por via indireta, a utilização do plano conforme anunciado. Isso viola frontalmente o princípio da boa-fé objetiva, em especial o dever de lealdade.

CONCLUSÃO

A boa-fé objetiva é um dos mais importantes princípios do nosso sistema jurídico, mas seu conceito é vago e indeterminado, gerando, de um lado, a possibilidade de ser aplicado a inúmeras situações e, do outro lado, insegurança jurídica, na medida em que não possui qualquer limite.

De maneira simplificada, o princípio da boa-fé se resume no dever de as partes agirem de forma correta, honesta, leal e ética. Existem dois tipos de boa-fé: a subjetiva e a objetiva. Na boa-fé subjetiva analisa-se o aspecto psicológico, íntimo ou pessoal do indivíduo. A boa-fé objetiva, por outro lado, é regra de conduta, cujo intuito é examinar se o comportamento do contratante se adequa a uma conduta padrão correta.

Corolário do princípio da boa-fé objetiva é o *venire contra factum proprium*, que proíbe o agir contra fato próprio. Os pressupostos para caracterização do *venire contra factum proprium* são: 1. conduta inicial séria e direcionada a uma finalidade e 2. conduta posterior da mesma pessoa, porém, injustificadamente contrária à conduta e à finalidade iniciais.

A confiança, porém, nada tem a ver com a boa-fé objetiva. Ela está muito mais ligada à boa-fé subjetiva, pois aquela representa elemento interno. A confiança é algo valorativo, que depende de avaliação íntima de cada indivíduo e nem consegue ser explicada através de elementos objetivos.

Trouxemos o conceito de boa-fé objetiva ativa, que representa uma conduta qualificada, no sentido de conseguir um comportamento mais cuidadoso das partes. Deixa, então, de ser necessário apenas que alguém não cause dano a outrem e passa a ser indispensável também que todos evitem danos que podem ser causados a outrem, por ele ou por terceiros.

Passando para os deveres das partes, há de se esclarecer que todo contrato possui ao menos um dever típico, que o caracteriza e distingue de outros contratos. Esse dever típico insere-se no âmbito dos deveres de prestar, do qual fazem parte, igualmente, os deveres secundários.

Para além dos deveres típicos e secundários, os contratos também possuem deveres acessórios de conduta, que decorrem do princípio da boa-fé objetiva, consequentemente, representam um dever geral, que estipula a todos uma conduta pró-ativa no sentido de evitar danos a outrem. Eles se dedicam a conduzir a um resultado plenamente satisfatório ao sujeito ativo e sem a ocorrência de prejuízo a qualquer uma das partes.

Os principais deveres acessórios de conduta são os de lealdade, proteção e informação. Sua aplicação vai desde situações simples, como a venda de morangos estragados embaixo de frutas de grande beleza, passam pela delicada questão de venda de produtos que não seriam mais adequados ao consumo no dia seguinte pela expiração do prazo de validade, e atingem condutas complexas, como a de determinada empresa telefônica que age no sentido de não permitir que as ligações ultrapassem um minuto de duração, sob pena de tornar o tempo excedente gratuito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ANTUNES, João de Matos Varela. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. *Juscriptum*, Lisboa: Núcleo de Estudantes Luso-brasileiro, ano 2, n. 4., 2006.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Direito das Obrigações*. Atualizada pela Lei nº 11.382/06 (que alterou o Código de Processo Civil e o regime de impenhorabilidade). 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizador: Edvaldo Brito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores: Edvaldo Brito, Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Flávio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé do direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Violação positiva do contrato. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Janeiro de 1980*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1980.

_____. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007a.

_____. *Tratado de Direito Civil português*. Parte Geral. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007b.

MENEZES LEITÃO. *Direito das obrigações*. Vol. I. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no Direito Civil: do enquadramento e do regime – reimpressão*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. Mora; Perdas e danos; Juros legais; Cláusula penal; Arras ou sinal. In: *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Coord: REALE, Miguel. São Paulo: LTR, 2003.

TELLES, Inocência Galvão. *Manual dos Contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. In: *Contratos internacionais: tendências e perspectivas*. Ijuí: Unijuí.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade contratual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão*. Direito das obrigações. Parte geral. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983.

Site pesquisado:

<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 2 mar. 2008.