Relação obrigacional e equivalência nas obrigações: as diversas faces da boa-fé no direito

Obligational relationship and equivalence in obligations: the differente faces of good faith in law

DOI:10.34117/bjdv7n5-677

Recebimento dos originais: 30/04/2021
Aceitação para publicação: 31/05/2021

Paulo Roberto Athie Piccelli
Mestrando em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Imobiliário pela Fundação Getúlio Vargas, Especialista em Direito Civil pelo Grupo IBMEC, Especialista em Direito Empresarial pelo Grupo Ibmec. Presidente da Comissão de Direito Imobiliário da OAB-SP, 101ª Sbs. Professor no Curso Damásio. Advogado. Endereço comercial Rua Jacinto José de Araújo, 212. Conj.1, São Paulo, São Paulo.
E-mail: piccelli@paulopiccelli.com.br

Marco Aurélio Santos Stecca Morais
Mestrando em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Damásio Educacional. Bacharel em Direito na Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI. Professor no curso de Estratégias, Técnicas e Teses para atuar no mercado imobiliário no Damásio Educacional. Advogado. Endereço Comercial à Avenida. Antônio Carlos Comitre, sala 47, Parque Campolim, Sorocaba, São Paulo
E-mail: marcoaureliostecca@gmail.com.

RESUMO
Por meio deste estudo analisaremos, sem a pretensão de esgotar o tema, de forma prática e teórica, a evolução da relação obrigacional. A obrigação, que antes assumia ideia mais restrita (vínculo que necessariamente adstringia alguém para solver alguma coisa), hoje é vista como um processo de cooperação na busca pelo adimplemento, agora, a interação entre credor e devedor assume uma natureza complexa. Tomaremos por exemplo decisões dos tribunais pátrios, posições doutrinárias (nacionais e estrangeiras) e dispositivos do nosso ordenamento, a fim de verificar a aplicação de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que são utilizados como ferramentas de interpretação e auxílio na solução de eventuais celeumas que surgem durante e o vínculo de colaboração entre solvens e accipiens na pós-modernidade, tutelando o bem mais importante da relação: a confiança.

Palavras-Chave: Direito das Obrigações, Adimplemento, Cooperação, Colaboração, Confiança, Princípios, Cláusulas Gerais, Conceitos Indeterminados.

ABSTRACT
Through this study we will analyze, without pretending to exhaust the subject, but in a practical and theoretical way, the evolution of the contract obligation. The obligation that used to assume a more restricted idea (a bond that necessarily astringed someone to solve something), today is seen as a process of cooperation in the search for payment, now the

interaction between creditor and debtor is necessarily complex. We will take, for example, decisions of the homeland courts, doctrinal positions (national and foreign) and legal dispositions of our order, in order to verify the application of principles, general clauses and undetermined concepts, which are used as tools of interpretation and assistance in the solution of eventual problems that develop during and the bond of collaboration between solvens and accipiens in post-modernity, protecting the most important good of the relationship: trust.

Keywords: Law of Obligations, Completion, Cooperation, Collaboration, Trust, Principles, General Clauses, Undetermined Concepts.

"Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit."

Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire (1802-1861)[1]

1 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Acompanhando a evolução do Direito Romano, o Direito alemão mais antigo prestigiava a ideia da responsabilização patrimonial daquele que não cumpriu a obrigação, onde os pactos entre particulares eram reforçados por garantias, tornando-os executáveis.

A regra era a condenação em dinheiro e a exceção: compelir o devedor ao adimplemento contratual. A base daquela relação obrigacional era a Treue que se equipara à fides romana[2], ou seja, a lealdade[3].

[1] Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire. Oueste-France. Citations. Disponível em: [https://citations.ouest-france.fr/citations-henri-dominique-lacordaire-485.html]. Acesso em: 15.05.2018.

[2] A professora Judith Martins-Costa, diferencia ainda a fides-proteção da fides garantia. A primeira se verificaria nas relações entre desiguais, isto é, naquelas relações em que uma parte depende do poder da outra-como nas relações entre os homens e os deuses-, porém aí não restando limitadas. É que igualmente se verificava nas relações entre iguais, ou companheiros, membros da societas inter ipsos, de modo que a fides como dever de auxílio operava, em ambas, como lealdade mútua, ou como mútua colaboração, consistindo, por vezes, em cumprir com o máximo de forças os deveres de que se estava incumbido. A segunda, por sua vez, se traduzia por um valor fundamental, que era a garantia da palavra dada, essa condição mantida ou prolongada entre as pessoas, gerava um estado de confiança, em relação à conduta do sujeito, titular da fides. O que se visava (e visa) tutelar, segundo a professora, era o estado de confiança de quem justamente confiou, sancionando-se a conduta contrária à confiança do emissor da declaração. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.56-57.

[3] CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Tomo IX: Direito das Obrigações: Cumprimento e Não- Cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3ªed. Coimbra. Almedina. 2017. p.43.

No decorre do século XIX, Savigny defendeu a primeira noção de relação obrigacional[4] que, posteriormente, passou a ser conhecida com uma das primeiras doutrinas pessoalistas:

"A obrigação resulta de uma ligação entre pessoas ou sujeitos jurídicos, constituindo uma relação entre dever e pretensão e uma relação entre duas vontades"[5].

No entendimento do jurista Nelson Rosenvald, apesar da evolução, essa doutrina preconizava a obrigação, ainda como um vínculo de submissão da pessoa do credor ao poder do devedor[6]. Essa doutrina também foi alvo de críticas por Emilio Betti:

"Definição híbrida e incorreta, porque acopla conceitos repugnantes entre si: por um lado os conceitos de "domínio" e "não-liberdade" que são atinentes ao momento da responsabilidade; por outro, o conceito de "ato", que diz respeito ao momento do débito, e que refoge assim ao domínio alheio e à coação física"[7].

Em oposição à doutrina pessoalista, na parte final do século XIX, surge a doutrina realista que, por sua vez, defendia que o credor não tinha direito a uma conduta pessoal, do devedor, mas a um bem, a um patrimônio, apto a satisfazer a sua necessidade. A obrigação passa a ser vista como uma relação entre patrimônios[8].

Em 1917, com a proposta dos juristas August Immanuel Bekker e Alois Brinz, posteriormente aperfeiçoada por Von Gierke, desenvolveu-se a teoria dualista que defendia que a obrigação deveria ser decomposta em dois momentos distintos que utilizamos até hoje: schuld e haftung.

Schuld traduz-se pela dívida autônoma, o dever legal (do devedor) de cumprir a obrigação, quando houver cumprimento, extinta a obrigação, apenas o schuld terá

[4] Savigny, como lembrar Bernardo B. Queiroz de Moraes, foi o grande mestre e precursor da ideia de "relação jurídica". (MORAES, Bernardo B. Queiroz de. Parte Geral: Código Civil: gênese, dfusão e conveniência de uma ideia, São Paulo, YK, 2018, p.90-95). Antonio Menezes Cordeiro também menciona que, na épica, Windscheid, formulou a teoria da pretensão (Anspruch), que teria previsão nos § 194 e §241 do BGB. O direito de pretensão se consubstanciava em exigir de uma outra pessoa uma ação ou abstenção, tal direito estaria submetido à prescrição. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Tomo IX: Direito das Obrigações: Cumprimento e Não- Cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3ªed. Coimbra. Almedina. 2017. p.49.

[5] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. Direito das Obrigações, vol.I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p.177-178.

[6] FARIAS, Cristiano Chaves de. Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil: obrigações. 13ª Ed. Salvador. JusPodivm. 2019. p.38.

[7] BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações. Campinas. Bookseller, 2005. p.351.

[8] MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.222.

existido. Haftung, por seu turno, significa responsabilidade, é a submissão ao poder de intervenção daquele a quem não se presta o que deve ser prestado.[9]

Karl Larenz, deixou de analisar simplesmente o crédito e o dever de prestação para considerar a relação total, englobando todas as relações possíveis e seus reflexos econômicos e sociais, decorrentes do vínculo originário. A relação obrigacional, nessa perspectiva, passa a compreender diversos deveres de prestação e conduta, além daqueles ajustados pelas partes:

"Passemos, pois, agora, a estudar a relação de obrigação como um todo. Sob este conceito entendemos a relação de obrigação não apenas como faz a lei (e.g., no §362), quer dizer, como a relação da prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas como uma relação jurídica total (e.g, relação de compra e venda, de locação, de trabalho), fundamentada por um fato determinado (e.g, este contrato concreto de compra e venda, de locação ou de trabalho), e que se configura como relação jurídica especial entre as partes. Nesse sentido, a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e de conduta, e além deles pode conter para uma e outra das partes direitos formativos (e.g, um direito de denúncia ou um direito de opção) e outras situações jurídicas (e.g, competência para receber uma denúncia). É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior perceptível pelos sentidos, mas de "consequências jurídicas", quer dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica."[10]

A perspectiva da relação obrigacional passa a ser pelo ângulo da complexidade, abrangendo o conjunto dos direitos e os ônus decorrentes do vínculo instaurado.

Sob a ótica de Karl Larenz, tomemos por exemplo um contrato de venda e compra de imóvel, o instrumento gera direito pessoal entre as partes, uma vez que o credor (comprador) exigirá da pessoa do devedor (vendedor) a obrigação de transferir o domínio (naturalmente, desde que cumpridos os requisitos para tanto)[11].

[9] HATTENAHAUER, Hans. Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Trad. Espanhola de Pablo Salvador Coderch. Bacerlona: Ariel, 1987. p.87.
[10] LARENZ, Karl. Derecho de Oblizaciones. Tomo I. Trad.espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.37.
[11] Como sabemos, o Brasil adotou o sistema romano6 (traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis trasnferuntur, a máxima romana que significa: o domínio das coisas transfere-se por tradição e usucapião, jamais por simples pactos) e germânico (neste sistema, o ato jurídico que cria a obrigação de transferir a propriedade é independente do ato pelo qual a propriedade se transfere. Portanto, é necessária a realização de outro negócio, e é, por seu intermédio, que se verifica a inscrição no Registro Imobiliário de que resulta a transmissão do domínio)7 não conferindo eficácia translativa, em outras palavras, o contrato não possui caráter real, mas meramente obrigacional.

Pois bem, no conceito estabelecido pelo jurista alemão, o vínculo obrigacional entre comprador e devedor não se resumirá em: disponibilização/registro e pagamento. Existirá um vinculo mútuo de cooperação, por exemplo, cuidando do bem até a entrega/transferência, zelando pela estrutura, eventuais débitos e outros eventuais vícios (por parte do vendedor), enquanto que por parte do comprador, podemos apontar, por exemplo, o dever de informação em qualquer alteração de sua condição econômica, ou a obrigação de entrega dos documentos necessários para eventual financiamento, pesquisa ou transferência.

A relação obrigacional engloba todos os outros interesses: os deveres que instrumentalizam os deveres de prestação, os interesses de proteção contra danos, os ônus e expectativas das partes, configurando uma relação de cooperação na busca pelo adimplemento.

No contrato de compra e venda, o pagamento do preço e entrega ou entrega da coisa ou transferência da propriedade (no caso de bens imóveis) é prestação primária, ou, dever principal. Enquanto, que as outras condutas dadas como exemplo, caracterizam os deveres secundários, ou, acessórios, de acordo com Mario Júlio de Almeida Costa:

"Facilmente se aceita que os deveres de prestação, sob as várias espécies que consideramos, sejam, via de regra, os mais importantes da relação obrigacional. Mas, a par deles, como também salientou, existem os deveres laterais (Nebenpflichten), derivados de uma cláusula contratual, de dispositivo da lei (ad hoc), ou do princípio da boa-fé. Estes deveres já não interessam diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exato processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa. Os deveres laterais encontram-se sistematizados pelos autores em vários tipos, como os deveres de cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte."[12]

Paula Costa e Silva e Judith Martins Costa, em obra motivada pelos reflexos jurídicos decorrentes da COVID-19, defendem que após a formação do vínculo obrigacional e com o fito de evitar a sua extinção, há existência um dever legal de renegociação, fundado no princípio da boa-fé objetiva e na autonomia privada:

[12] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra. 12ª Ed. Almedina. 2018.p.103.

"Apesar da liberdade de conformação das prestações em juízo, o autor pode deduzir a resolução ou modificação do contrato, sendo, naquele caso, admissível a pretensão modificativa deduzida pelo réu-, caberia, com fundamento na lei, perguntar-se se o ordenamento não aponta para que "a modificação [tenha] precedência sobre a resolução do contrato", em especial quando a resolução cria uma injustiça tão intolerável quanto a manutenção do contrato inalterado. Esta será ainda, uma homenagem à autonomia privada já que o seu parâmetro será o equilíbrio contratual pretérito e não um qualquer outro ditado por razoes exógenas ao que as partes haviam estabelecido. Ao invés de uma colisão entre o princípio pacta sunt servanda e a cláusula implícita rebus sic stantibus [...]."[13]

Acompanha essa farta doutrina a noção de processo obrigacional, muito bem estudada por Clóvis do Couto e Silva, que advém da ideia romana de processus, termo surgido no Direito Canônico que significa uma série de atos relacionados entre si[14], condicionados um a outro e interdependentes. De maneira que os deveres de proteção, além de guardar a confiança depositadas entre as partes, visa garantir o fim da relação obrigacional: o adimplemento, que, nesse raciocínio, é mais do que mera prestação, abarcando também a proteção contra danos, direitos potestativos, ônus e expectativas, numa relação de cooperação.

Contudo, a efetividade da colaboração ou cooperação, foi objeto de críticas por Emilio Betti que apontou uma crise decorrente da falta de comunicação e excesso de individualismo do homem, leia-se a falta de comunicação como falta de empatia[15]. Ao tratar do tema o jurista aponta o que chamou de "casos patológicos da cooperação", que em geral, se equiparam aos vícios na manifestação de vontade do nosso ordenamento jurídico.

[13] MARTINS-COSTA, Judith. Paula Costa e Silva. Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Lantin, 2020. p.316-317

[14] COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV. Editora, 2006, p. 20

[15] A excessiva especialização dos estudos e das profissões, obcecada pela ideia suprema da importância da respectiva técnica, perde de vista o homem em sua totalidade, isto é, sua formação mental e moral, e, esquecendo a função meramente instrumental da técnica, eleva o meio à dignidade de fim em si mesmo. O tipo de homem que essa nova barbárie educa e promove é o especialista, que conhece sua função num restrito ramo da indústria, da arte ou da ciência, mas que, fora desse ramo, não tem vivos interesses espirituais nem personalidade própria ou capacidade de julgamento: é homem-massa. Poder-se-ia dizer de semelhantes tipos humanos que são fragmentos de homens, em vez de homens completos. E exatamente disso se aproveita o preconceito hedonista e utilitário difundido pelo individualismo moderno. Aguilhoado por esse preconceito, o homem médio de hoje vai perdendo cada vez mais o gosto e o talento ode colaborar com autêntica dedicação para obras que o transcendam e sejam destinadas a durar além de sua efêmera existência. BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações. Campinas. Bookseller, 2005. p.48.

O âmago de toda relação obrigacional é a confiança – verdadeiro objeto de tutela (que ocorre por disposições legais especificas ou por institutos gerais, como é o caso da boa-fé) nesse processo, garantindo que as partes hajam de forma honesta[16] e leal, evitando a frustração da legítima expectativa de confiança. Observa-se aqui presença da solidariedade[17] dos indivíduos para satisfação de seus interesses.

Essa confiança é a condição decisiva no do comportamento das partes porque confiam na conduta do outro, ou porque confiam na tutela do direito que torna exigível certo comportamento e sanciona a violação do dever assumido.[18]

É fundamental compreender que a confiança tutelada no vínculo obrigacional é exclusivamente aquela que é legítima e racionalmente compreensível, o investimento de confiança e não qualquer expectativa injustificada, caso contrário, mortificar-se-ia o princípio da boa-fé.[19]

Analisemos um caso prático julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, onde pequeno produtor celebrou contrato de parceria avícola (criação e engorda de aves) com grande empresa do ramo (SEARA) e, para que o negócio fosse efetuado, a SEARA fez diversas exigências de adaptação da granja e, investindo na expectativa criada, o produtor realizou diversas modificações, inclusive contraindo empréstimo bancário no valor de R$ 200.000,00.

[16] Podemos enxergar a relação direta com um dos preceitos do direito, conceituados no Digesto 1.1.10.1 por Ulpiano. O honest vivere que, segundo Rogério Donnini: "retrata justamente a moral estoica, que estabelece a honestidade como um bem supremo. Para o estoicismo, a virtude está acima de tudo e é imposta por todo o universo, haja vista que a natureza é dominada pela razão e esta regula a natureza do homem. Desta forma, o que corresponde à razão prática e às concepções da ética é, simultaneamente, natural. Um homem justo, correto, era aquele que cumpria com sua obrigação proveniente de um contrato. Portanto, agir com correção estava vinculado ao respeito aos direitos do outro contratante, com a efetivação daquilo que foi prometido, pactuado. Essa ação justa, correta, proporcional, resultou na denominada iustitia commutativa. Contudo, no Direito justianeu honeste vivere passou a ter um significado mais amplo, que abarcou a boa-fé (bona fides), a ideia de justiça e também de lealdade. Assim, a noção de bona fides (boa-fé) está relacionada a honeste vivere, pois honestus tem relação com virtus (de vir) e com honor." DONNINI, Rogério José Ferraz. BONA FIDES: DO DIREITO MATERIAL AO PROCESSUAL. Revista de Processo. 2016. p. 3.

[17] A solidariedade é defendida por muitos juristas como princípio inerente ao direito das obrigações, inclusive com previsão constitucional no Art. 3º,I da CF/99.

[18] MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Direito das Obrigações. 2ªEd. São Paulo. Saraiva. 2018. p.128.

[19] Para Judith Martins-Costa: "Essa situação de confiança deve ter força suficiente para suscitar um investimento de confiança e deve ser racionalmente apreensível, não restando encapsulada no que a mente humana pode produzir ou desejar. O que a boa-fé tutela, portanto, não é qualquer expectativa – já que seria absurdo pensar que o simples acalentar de uma expectativa fosse bastante para fundar uma vinculação a sua realização. Tutela apenas a confiança investida em virtude de razões que, racionalmente controláveis, foram objeto de um investimento de confiança pelo destinatário do ato ou comportamento ou omissão, aptos a gerar essa confiança qualificada. MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.256.

O contrato foi assinado em 2008 com validade até 2017, contudo em 2015 a SEARA, sem justificativa, denunciou o contrato, fundamentando sua ação na previsão contratual de rescisão, desde que com notificação prévia (o que ocorreu), e que pagaria a multa contratual de R$ 12.825,47. A justiça, valendo-se do princípio da boa-fé, condenou a SEARA à restituir ao contratante o valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que foi objeto de empréstimo bancário com intenção de investir na granja (motivado pela justa expectativa nutrida pela SEARA)[20]. Como se vê da ementa do Acórdão:

"PARCERIA AVÍCOLA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sentença de parcial procedência. Recurso de apelação da ré. Rescisão unilateral e antecipada do contrato. Abuso de direito caracterizado. Frustração às justas expectativas de ganho pelos autores, pequenos parceiros-criadores. Realização de vultosos investimentos para atender as exigências da ré. Rescisão contratual, de forma abrupta, mediante o pagamento de valor irrisório a título de multa contratual. Concessão de exíguo prazo de aviso prévio. Violação ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC). Inobservância à regra contida no art. 473, § único, do CC. Danos emergentes caracterizados. Dever de reparar os prejuízos decorrentes dos vultosos investimentos necessários à instalação da granja. Vedação ao enriquecimento sem causa da ré. Dano moral, todavia, não configurado. Possibilidade de rompimento unilateral da avença autorizada pela lei (art. 473 do CC) e prevista contratualmente pelas partes. Ausência de ofensa à honra, à dignidade ou à imagem dos autores. RECURSO PROVIDO EM PARTE.(TJSP; Apelação Cível 1000050-26.2016.8.26.0397; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Nuporanga - Vara Única; Data do Julgamento: 17/12/2019; Data de Registro: 18/12/2019)."

[20] Destacamos o seguinte trecho do acórdão proferido pelo Desembargador Relator Alfredo Attié: "É imperioso reconhecer que após sete anos de parceria, o rompimento antecipado do instrumento contratual, com a concessão de prazo exíguo de aviso prévio e sem indenizar efetivamente os investimentos feitos pelos parceiros-criadores, frustrou a justa expectativa de direito por parte dos autores. Da cédula de crédito bancário de fls. 50/55, verifica-se que os autores realizaram empréstimo no valor de R$ 200.000,00, destinado à construção de um galpão aviário e à aquisição dos equipamentos necessários para o funcionamento da granja. A multa prevista contratualmente no valor de R$ 12.825,47, equivalente à média dos pagamentos dos últimos três lotes é insatisfatória diante do vultoso investimento realizado pelos autores. Nesse contexto, a rescisão unilateral do contrato violou o princípio da boa-fé objetiva, especialmente porque a atividade econômica de criação e engorda de aves (logo, de longa duração) demandou investimentos relevantes por parte do pequeno criador rural, que teve a justa expectativa de manutenção da relação contratual frustrada". .(TJSP; Apelação Cível 1000050-26.2016.8.26.0397; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Nuporanga - Vara Única; Data do Julgamento: 17/12/2019; Data de Registro: 18/12/2019)."

Menezes de Cordeiro, sistematiza os pressupostos da proteção (que não são todos indispensáveis e podem se compensar, ou seja, na falta de um podem ser considerados os outros), da confiança no direito:

"1º Uma situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa-fé e ética, própria da pessoa, que, sem violar os deveres de cuidado que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias;

2º Uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos subjetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível;

3º Um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efetivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada;

4º A imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela proteção dada ao confiante: tal pessoa, por ação ou omissão, terá dado lugar à entrega do confiante em causa ou ao fato objetivo que a tanto conduziu."[21]

Portanto, além de moderno, o conceito de relação obrigacional como processo de colaboração entre as partes na busca pelo pagamento, protegendo as obrigações principais e secundárias, mas sobretudo, expectativas depositadas por credor e devedor (em todas as fases desse processo, inclusive após sua conclusão, como é o caso da chamada culpa post pactum finitum), é muito mais eficaz e equânime, já que, ao nosso sentir, tutela algo que é mais valioso que qualquer prestação em si: a fidúcia.

2 BOA-FÉ E EQUIVALÊNCIA

Ao tratarmos da boa-fé é de bom tom diferenciarmos, com brevidade, a boa-fé objetiva da subjetiva.

A boa-fé subjetiva é também chamada de "boa-fé ignorância", uma vez que se trata de um estado de fato (psicológico), de desconhecimento da pessoa que lesa interesses e/ou direitos alheios, exemplos comuns em nosso ordenamento são o casamento putativo[22] e o pagamento feito, de boa-fé, ao credor putativo[23].

O "agir" ou "estar" de boa-fé, contrapõe-se justamente à "má-fé", que pode ser conceituado como a ausência de vontade, ou de intenção, de prejudicar outrem.

[21] MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. Tratado de Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2012. V.I, p.973.
[22] Código Civil, art. Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.
[23] Código Civil, art. 309. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor.

Em sua obra sobre o tema, a professora Judith Martins-Costa conceitua[24]:

"[...] o sujeito está de boa fé apenas porque não tem conhecimento de lesar os direitos alheios, acreditando titular, ele mesmo, o direito em causa, ou por confiar na credibilidade de determinada situação que lhe é apresentada. Diz-se "subjetiva" justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva, está a má-fé, também vista subjetivamente com a intenção de lesar outrem."

O desconhecimento no qual se fundamenta a boa-fé subjetiva reflete também na posse, onde a ignorância de um dos vícios que macula a posse[25], impedindo sua aquisição, (precariedade, clandestinidade ou violência) torna-a de boa-fé, e só perderá essa caraterística quando as circunstancias fizerem presumir que aquele que possui a coisa já não desconhece o(s) vício(s)[26], como, por exemplo, a citação válida do art. 240 do CPC[27].

A boa-fé objetiva, por sua vez, é modelo jurídico, princípio do direito privado e, por consequência, do direito das obrigações, servindo como modelo social e norteando as relações, conforme ensinamento de Clóvis do Couto e Silva, o princípio trata-se de regra de conduta que estabelece um dever de cooperação entre as partes, bem como serve para determinar o que e como da prestação e fixar os limites desta[28].

O art. 422 do Código Civil[29] enuncia ainda uma cláusula geral, expressão de origem alemã Generalklauseln e correspondência no §242 do BGB[30].

Esta cláusula geral[31] permite que o magistrado, ao se deparar com conduta contrária à boa-fé, formule sua convicção e juízo, com certa liberdade na decisão da

[24] MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.281.
[25] Código Civil: Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.
[26] Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.
[27] In verbis: Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor.
[28] COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV. Editora, 2006, p.33-34
[29] In verbis: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
[30] O devedor é obrigado a efetuar a execução de acordo com o exigido de boa fé e tendo em devida conta o costume do ofício. No original: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Fonte: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__242.html. Tradução livre.
[31] Para Judith Martins-Costa: As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no corpus legislativo de princípios, máximas de conduta, standards e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a adequação valorativa do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema. A mobilidade diz respeito à

situação fática – que deverá considerar a confiança e as expectativas depositadas entre as partes. Trata-se de estrutura vaga sem consequência previamente estabelecida, que permite maior elasticidade ao julgador[32], que é remetido pelo art. 422 ao princípio da boa-fé.

Menezes Cordeiro, ao analisar a boa-fé no campo obrigacional, defende que suas quatro principais funções são: determinar a prestação principal, fixar deveres acessórios, delimitar o esforço exigível ao devedor e integrar toda a relação obrigacional (função integrativa).[33]

Judith Martins-Costa divide as funções da boa-fé em: hermenêutica, controladora (impedindo o abuso de direito) e integrativa (impondo deveres laterais).

Na função hermenêutica, o magistrado deve, aplicando os arts. 112 e/ou 113[34] do CC, considerar o objetivo do negócio pelo qual se assumiu a obrigação e não ficará restrito ao texto contratual, mas analisará também a intenção, o comportamento e a confiança (reciprocamente depositada) dos contratantes[35].

acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistematização). MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.174.

[32] Teresa Negreiros relaciona ainda a boa-fé com a dignidade da pessoa humana, defendendo a análise da situação, pelo intérprete, em conjunto com os eventuais reflexos sociais: "Assim é que, sob este ponto de vista, a correlação estabelecida entre boa-fé e a normativa constitucional se ajusta igualmente aos demais princípios. A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que está se presume parte integrante de uma comunidade e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mas especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. Nesse sentido a "incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição a autonomia do indivíduo, na medida em que se possa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade dentre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana." NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2ª Edição. Editora renovar, 2006. p. 117-118.

[33] CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Tomo IX: Direito das Obrigações: Cumprimento e Não- Cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3ªed. Coimbra. Almedina. 2017.p.72

[34]In verbis, respectivamente: Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.; Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[35] "O Art. 112 determina que, nas declarações de vontade, se deverá atender mais à intenção consubstanciada na decisão final, do que ao sentido literal da linguagem. Assim, para compor o suporte fático do negócio jurídico, basta que a vontade negocial seja exteriorizada, independentemente de o ser por simples manifestação (ato de vontade adeclarativo), ou pela declaração (exteriorização qualificada)." MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 492

A função de controle, por sua vez, visa coibir o abuso de direito, materializado no art. 187 do CC[36], Mário Júlio de Almeida Costa conceitua:

"Ocorrerá tal figura de abuso quando um determinado direito- em sim mesmo válido- seja exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante na comunidade social. E, então, apresentam-se duas possíveis soluções sancionatórias: ou a ordem jurídica trata o titular do direito cujo exercício se mostra abusivo como se esse direito não existisse; ou estatui consequências menos enérgicas, designadamente condena-o a simples indenização dos danos sofridos pelo prejudicado, mas mantendo-se o ato abusivo que os produziu".[37]

A título de exemplo, citemos a vedação ao comportamento contraditório, onde o comportamento contraditório e desleal de uma das partes, ainda que exercendo direito legítimo, é incompatível com a boa-fé, ou seja, veda-se o exercício de posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, rompendo o objeto imediato de valoração jurídica, a confiança, "nemo potest venire contra factum proprium"[38].

A função integrativa, prevista no art. 422 do C.C serve como fonte de deveres jurídicos entre as partes, tanto na fase de puntuação, como durante, e após o cumprimento deste, trata-se dos deveres de proteção, informação e cooperação[39].

---

[36] In verbis: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
[37] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra. 12ª Ed. Almedina. 2018.p.83.
[38] Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 95.539/SP. 4ª Turma. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM". BOAFÉ. PREPARO. FÉRIAS. Relator min. Ruy Rosado de Aguiar. Explica Guilherme Magalhães Martins, "O caso concreto envolve a promessa de compra e venda de bem imóvel. Ocorre que, no ato do contrato, o promissário vendedor não requereu a outorga uxória do seu cônjuge. Como se sabe, no direito pátrio, é necessário a anuência do cônjuge para a alienação de bem imóvel. Essa anuência é denominada de "outorga uxória", e encontrava-se presente no Código Civil vigente à época, e também no atual (artigo 1647). Assim sendo, a esposa do promissário vendedor não assinou o contrato e, portanto, não deu seu consentimento formal e expresso à avença. Mesmo assim o imóvel foi vendido. Permaneceu o comprador na posse mansa e pacífica do imóvel, sem qualquer oposição dos vendedores, durante o longo período de 17 anos. Eis que então, após este longo período de inércia, os vendedores (marido e esposa), se insurgem contra o negócio jurídico realizado, requerendo sua anulação justamente com base na ausência da outorga uxória do cônjuge virago. Como bem entendeu o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, os vendedores incorreram em venire contra factum proprium (mais precisamente, em supressio), já que aceitaram tacitamente aquele contrato como válido, por 17 anos, mesmo sem a outorga uxória. Cabe observar que, decorrido este longo período, a esposa aceitou tacitamente o contrato. Assim, gerou na outra parte a legítima confiança de que o contrato era válido e eficaz, e que podiam desfrutar livremente do novo imóvel. Ao requerer a anulação do contrato justamente por falta de um aceite que ela própria deveria ter dado, comete ato contraditório passível de proibição, já que é quebrada a legítima confiança de persistência daquela omissão ou inatividade." MARTINS, Guilherme Magalhães. A Aplicação do Princípio da Proibição do Comportamento Contraditório1 na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Algumas Reflexões. Revista do Ministério Público do Estado do Reio de Janeiro nº 55 jan/mar. 2015. p.77-78
[39] De acordo com Judith Martins-Costa: Os deveres compõem, concretamente, cooperar com a contra parte, em vista de alcançar o adimplemento, fim justificador do contrato; atuar com a lealdade exigível de uma

Da boa-fé, passamos para a equivalência, a fim de demonstrar a relação entre os institutos e a importância da aplicação no campo contratual.

O princípio da equivalência tem a finalidade de preservar o equilíbrio[40], tanto das prestações quanto da relação obrigacional em si e, naturalmente, pode ocorrer de diversas formas, exemplo dessa preservação é favor debitoris[41].

No Código Civil, podemos exemplificar por meio do art. 327[42][43], regra que estabelece o pagamento no domicílio do devedor em caso de não ter havido ajuste diverso entre as partes.

Contudo, a equivalência não tutela exclusivamente o devedor, mas a prestação e a relação negocial em si, em especial à alteração das circunstancias, que nos remete a cláusula rebus sic stantibus[44], onde, em síntese, havendo alteração posterior das

pessoa proba; informar com a completude necessária para viabilizar um consentimento informado à proposição negocial ou a modificações que alterem, no iter contratual, as condições pactuadas; proteger os legítimos interesses da contraparte, de modo que o contrato não seja um fato produtor de danos injustos ao outro contratante ou ao seu patrimônio. Esses deveres passam a integrar a relação contratual, ainda que não expressamente previstos no instrumento. Complementam o seu conteúdo e pautam a conduta contratual correta. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p. 572

[40] Deixaremos de considerar o art.421 do c.c e a Lei da Liberdade econômica, uma vez que já foram abordados neste trabalho (Capítulo 3).

[41] Cumpre de logo esclarecer que a expressão favor debitoris não denota o puro e simples favorecimento ao devedor por compaixão ou outra sorte de graça. De cunho jurídico, se consubstancia por óbvio no seio de uma relação jurídica obrigacional e jamais repele ou deixa de reconhecer o direito de crédito, apenas o torna menos implacável. E assim o é desde sua origem. No direito romano, várias expressões utilizavam o mesmo designativo para indicar uma interpretação contrária ao rigor do direito (iuris rigor), a exemplo de favor nuptiorum, favor populi, favor religionis e favor libertatis, este traduzindo o próprio fundamento em que se inspiraram o legislador e a jurisprudência para atenuar o mencionado rigor do direito. ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. O FAVOR DEBITORIS E A TENDÊNCIA HISTÓRICA DE FAVORECIMENTO DO DEVEDOR VULNERÁVEL. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 3 (2017), nº 5, 805-823. P.812

[42] In Verbis: Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

[43] Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo: PROCESSO CIVIL - AGRA VO REGIMENTAL - AÇÃO DE COBRANÇA - HONORÁRIOS DE PROFISSIONAL LIBERAL - CONTRATO QUE NÃO ESTABELECE FORO DE ELEIÇÃO ~ COMPETÊNCIA FIRMADA PELA REGRA GERAL DO ARTIGO 94, CPC - EXEGESE DO ART. 327, CC - RECURSO IMPROVIDO. "O Código Civil prevê no artigo 327 que o pagamento deve ser feito no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias. Destarte, não havendo convenção ou lei especificando foro diverso, é competente aquele em que domiciliado o devedor". (TJSP; Agravo Regimental N/A; Relator (a): Artur Marques; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; N/A - N/A; Data do Julgamento: 28/07/2008; Data de Registro: 29/07/2008)

[44] Ensina Menezes Cordeiro que Bártolo retomou a ideia dos glosadores em meados do século IV, dizendo: (...) quia quando quir renunciat in aligua re omni iuris quod rabet vel habere potest vel posset: oportete enim intellegi rebus sic habentibus, hoc est, ext ali quo iure quod est de prasentis re vel spe (...) [... renuncie alguém, em certa ocasião, a todos os seus direitos, que tenha ou possa vir a ter, então deve isso ser entendido apenas “rebus sic habentibus”, isto é, apenas com base no direito existente no momento ou o que se esperaria vir a surgir]. CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Tomo IX: Direito das Obrigações: Cumprimento e Não- Cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3ªed. Coimbra. Almedina. 2017. p.558

circunstancias que existiam na época do negócio e, trazendo tais mudanças um resultado excessivamente gravoso decorrente do cumprimento contratual, poderia o devedor requerer a resolução do negócio[45] nos termos do art. 478[46], que poderá ser evitada se a parte adversa se oferecer para modificar equitativamente as condições do contrato[47].

A resolução por onerosidade excessiva[48], de acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, esta fundamentada na destruição da equivalência das prestações, não permitindo que um dos contratantes (ou ambos) cumpram o que foi legitimamente esperado quando firmado o pacto[49]. O instituto guarda relação direta com a noção de solidariedade (cooperação) e, naturalmente, com o princípio da boa-fé, que servirá inclusive para analisar a utilidade da prestação, privilegiando o credor, sem deixar de considerar os interesses do devedor.

Contudo, para Emilio Betti, o desfazimento do negócio pode ser evitado com a eventual revisão do contrato, em homenagem à preservação do negócio jurídico, à equidade e à cooperação[50].

Nesse sentido, o enunciado 176 do Conselho de Justiça Federal[51] e, como fundamento, o art. 317 do CC[52].

[45] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra. 12ª Ed. Almedina. 2018.p.324.
[46] In Verbis: art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
[47] In verbis: art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.
[48] Destaca João Lotufo, em sua monografia apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: Os pressupostos dizem respeito ao âmbito de aplicação do instituto, bem como aos requisitos substanciais que devem estar configurados para que o conceito jurídico esteja preenchido e o instituto configurado, sujeitando-se o negócio estabelecido entre as partes ao drástico remédio da resolução. Os pressupostos para a verificação concreta do instituto da onerosidade excessiva são: (i) contrato bilateral; (ii) contrato de execução diferida ou continuada; (iii) onerosidade excessiva; (iv) extrema vantagem; (v) acontecimento extraordinário e imprevisível; (vi) não imputabilidade pelo evento superveniente e culpa e pelo atraso; e (vii) inexistência de vínculo do acontecimento superveniente com a álea normal do contrato. LOTUFO. João Luís Zaratin. Os Reflexos da Onerosidade Excessiva nas Relações Contratuais. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. 2015
[49] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora AIDE. 2004. Pag. 155.
[50] BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações. Campinas. Bookseller, 2005. p.211.
[51] In Verbis "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual."
[52] In verbis: Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Trata-se da teoria da alteração da base do negócio[53], que também permite a revisão contratual, conforme ensina Pontes de Miranda[54]:

"Base do negócio jurídico é o elemento circunstancial ou estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é essencial a que o contrato subsista, salvo onde o acordo dos figurantes restringiu a relevância do elemento ou do estado geral de coisas. Deixa de subsistir a base do negócio jurídico: a) se, tratando-se de negócio jurídico bilateral, deixa de haver contraprestação (se deixa de haver prestação, há a exceptio non adimpleti contractus, e – com o inadimplemento – a resolução); b) se não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entendendo se que a finalidade de um dos figurantes que o outro admitiu é objetiva (=subjetiva comum)".

Entendemos que também é importante mencionar os art. 157[55] e 413, ambos do CC como materialização do princípio da equivalência. No primeiro, configura-se o instituto da lesão, causa de anulabilidade do negócio jurídico, que poderá ser evitada caso a parte adversa concorde em reduzir seu benefício[56].

[53] A respeito da aplicação da Teoria aos contratos de locação em decorrência da crise econômica causada pelo coronavírus, interessante citar o professor José Fernando Simão: Todo o norte dessas reflexões é o princípio da conservação do negócio jurídico. O contrato deve ser prioritariamente preservado, pois isso interessa aos próprios contraentes (o adimplemento atrai, polariza, a obrigação16). A sua manutenção, portanto, interessa ao sistema jurídico como um todo e se revela fundamental para a economia (manutenção de trocas), especialmente quando o desemprego ameaça considerável parcela da população brasileira. Assim, a base jurídica da revisão contratual será, em leitura alargada, o art. 317 do Código Civil. In verbis: Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. Se o dispositivo nasce exclusivamente para possibilitar a inserção judicial de correção monetária a um contrato que não a previa e por isso está localizado no "objeto do pagamento" e logo a seguir ao princípio do nominalismo (art. 315)17, a elasticidade interpretativa permite que o dispositivo seja utilizado para a revisão geral das prestações contratuais, em busca do equilíbrio perdido. Muitos contratos, em razão da pandemia (motivo imprevisível), nasceram equilibrados (sinalagma genético), mas suas prestações ficaram manifestamente desproporcionais pela mudança da base objetiva do negócio. SIMÃO, José Fernando. 'O contrato nos tempos da covid-19'. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Migalhas Contratuais. p.9.

[54] PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado. t. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 340

[55] In verbis: Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. [...]. § 2 o Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

[56] Teresa Negreiros observa que: "Não se costuma exigir como requisito para a rescisão lesionária que o contratante lesado não tenha tido culpa na criação daquela situação. Mesmo sendo a ele imputada a situação de necessidade, em existindo, dará ao lesado invocar a lesão. Por fim, deve ser ainda observado que esta necessidade será relevante mesmo quando não dirigida diretamente à pessoa do declarante, mas a alguém que lhe seja próximo. Além da noção chave de necessidade, a situação de inferioridade como elemento da lesão é caraterizada pelos ordenamentos jurídicos que acolhem o instituto através da descrição de outros estados referentes à pessoa do declarante. Assim, fala-se em inexperiência, leviandade, dependência e outras situações típicas de inferioridade. NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Editora Renovar, 2006. p.196

O art.413[57], por sua vez, é norma de ordem pública que não admite afastamento e prevê a obrigação, ao magistrado, de redução[58] da penalidade quando houver previsão abusiva na cláusula ou, quando parte da obrigação principal tiver sido cumprida pelo devedor (redução equitativa), nesses casos, o juiz poderá agir de ofício.

O dispositivo corresponde ao antigo art. 924[59] do Código Civil de 1916, e, desde aquela época até o momento, além da equivalência, o Código Civil prestigia a vedação ao enriquecimento injustificado[60].

Assim, o desequilíbrio ou a desproporção, seja relativo aos sujeitos, ao negócio ou à prestação, serão tutelados por meio do princípio da equivalência que permitirá o desfazimento do negócio (sempre como medida excepcional) ou a revisão, prestigiando-se, em ordem: a boa-fé (que servirá inclusive para analisar a possibilidade de cumprimento e utilidade da prestação, como vimos), a conservação do negócio jurídico[61] e a autonomia privada.

3 CONCLUSÃO

Por meio deste estudo, concluímos que, desde o princípio até a atualidade, o vínculo obrigacional é pautado na confiança, a patrimonialização do débito com consequente extinção da responsabilidade pessoal (física) do devedor foi o primeiro grande marco do processo de evolução no direito das obrigações.

[57] In Verbis: art. 413 do c.c: A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

[58] O Tribunal de Justiça de São Paulo, em contrato de prestação de serviços: INDENIZATÓRIA Contrato de prestação de serviços Apresentador e editor-chefe de telejornal Rescisão imotivada Multa compensatória estabelecida em cláusula contratual Montante manifestamente excessivo Incidência do art. 413 do CC Redução equitativa do valor da indenização Critérios a serem observados Adoção de cálculo aritmético com vista ao tempo faltante de cumprimento do contrato Insuficiência Indenização majorada Recurso dos autores provido para este fim Acolhimento de pedido subsidiário formulado na inicial Reconhecimento da sucumbência recíproca Apelo da ré provido. (TJSP; Apelação Cível 0062432-17.2007.8.26.0000; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 13ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 21/06/2011; Data de Registro: 21/06/2011)

[59] In Verbis: Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

[60] Nesse raciocínio, decidiu o C.STJ aplicando o art. 924 do C.C de 1916: "Na conformidade com o disposto no art. 924 do Código Civil/1916, acha-se o Juiz autorizado a reduzir a cláusula penal (perda total das prestações pagas) a patamar justo, com a finalidade de evitar o locupletamento indevido de qualquer das partes. (STJ, REsp n. 134.636, rel. Min. Barros Monteiro, j.27.05.2003)"

[61] Com correspondência no art. 184 do cc, in verbis: Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Com o desenvolvimento do raciocínio iniciado na Alemanha, a relação obrigacional passou ser vista como um processo complexo, onde a caraterística principal é a cooperação[62] entre credor e devedor na busca pelo cumprimento.

O dever de cooperação atinge todas as fases da relação obrigacional, inclusive pré[63] e pós contratual[64], com intenção de tutelar a legítima expectativa depositada pelas partes.

A tutela dessa confiança configura fonte de responsabilidade daquele que frustrou a expectativa, seja credor, devedor ou terceiro que impede o adimplemento, na explanação de Bruno Miragem[65]:

"[...] A situação de confiança tutelada pelo direito resulta de uma crença legitimada pela conduta da outra parte, levando-a a um comportamento determinado, baseada nisso. Nesse sentido, a proteção da confiança a estabelece como fonte autônoma de responsabilidade, na hipótese que um dos sujeitos da relação obrigacional viole os deveres que dela são decorrentes. Esta responsabilidade pela confiança (Vertrauenshatung), constitui o modelo essencial pelo qual se reconhece a proteção da crença gerada a partir do comportamento das partes em dada relação obrigacional, seja

[62] Para Emilio Betti, a cooperação pode ser pela realização de uma atividade, pelo resultado de um operar ou pela assunção da garantia de riscos. BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações. Campinas. Bookseller, 2005. p.351.

[63] Exemplifica Judith Martins Costa: "Cogite-se, por exemplo, da especial importância da fase pré-negocial de um contrato de seguro, em que, de regra, a iniciativa é do segurador, verificando-se os deveres anexos informativos a cargo do segurado e do intermediário (quando o há) e ônus informativos por parte do segurador. Cogite-se, também, das diferentes intensidades de informação a se dada no caso de numa operação de aquisição do controle acionário de determinada sociedade conforme se desenvolva o iter negociatório que desembocará, ou não na transmissão do domínio." MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.219.

[64] A culpa post pactum finitum decorre do raciocínio de culpa in contrahendo, porém, aplicado após o fim do contrato, impondo determinados deveres aos contratantes, está fundada no princípio da boa-fé e ingressou no ordenamento pátrio pela jurisprudência, com o emblemático recurso de Apelação julgado pelo então desembargador relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "No caso examinado pela corte gaúcha, aplicou-se, em sede pioneira, a culpa post pactum finitum, para admitir a rescisão de um contrato de compra e venda, em que o antigo proprietário de um imóvel, imediatamente após a alienação, ou seja, depois de exaurida a prestação, passou a ameaçar a adquirente, impedindo que esta pudesse dispor do bem, expulsando-a do local, com a intenção de vender o imóvel a outra pessoa. Entendeu-se, naquela oportunidade, que houve violação do princípio da boa-fé, além do descumprimento de uma obrigação secundária do contrato, de modo a render ensejo à sua resolução, por culpa do autor da conduta afrontosa aos deveres da boa-fé objetiva." TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Cível. Processo Apelação Cível 588042580. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 16.08.1988. JUNIOR, Luis Martius Holanda Bezerra. O CONTRATO DE FRANQUIA E A VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA: A BOAFÉ COMO FRONTEIRA DE ATUAÇÃO DAS PARTES (DA CULPA IN CONTRAHENDO À CULPA POST PACTUM FINITUM). Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 3 (2014), nº9. p. 6520.

[65] MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Direito das Obrigações. 2ªEd. São Paulo. Saraiva. 2018. p.129.

em relação a sua constituição, execução ou mesmo após sua extinção, preservando-se os efeitos decorrentes da crença estabelecida."

Para proteger essa confiança, como vimos, o sistema jurídico pátrio possui uma variedade de mecanismos que possibilitam certa liberdade ao magistrado para solução do caso concreto, dentre os quais se destacam as clausulas gerais, os conceitos indeterminados e os princípios.

Em nosso estudo, demonstramos que a boa-fé guarda relação direta com todos os institutos do direito obrigacional abordados (que, naturalmente, não se limitam ao que foi abordado), tanto como cláusula geral (permitindo ao juiz a interpretação do significado da norma para aplicação de acordo com a realidade), como quanto princípio, do qual decorrem suas funções e os deveres anexos (inclusive o de negociação).

A boa-fé auxilia o magistrado no combate ao abuso de direito e enriquecimento injustificado, e até mesmo na análise da extinção ou manutenção dos vínculos, servindo como eficaz instrumento para determinação da utilidade da prestação avençada e, por consequência, análise do comportamento (subjetivo) do credor e/ou do devedor que postula em juízo (ou fora dele e do modo que o faz).

A Autonomia privada e as indenizações também sofrerão controle da boa-fé pelo intérprete, sempre que excederem a boa-fé, caso em que caberá ao julgador conferir a elasticidade necessária de acordo com o caso concreto para intervir (sempre como exceção), na relação contratual.

Aliás, nas relações familiares a fides também é objeto de tutela específica, exemplo é a recente decisão[66] pelo Superior Tribunal de Justiça de que o cônjuge infiel não tem direito a receber pensão alimentícia, a decisão está fundamentada na cessação da obrigação alimentar em decorrência do rompimento do vínculo de confiança depositado na relação afetiva, fundamentou a Min. Maria Isabel Gallotti:

'[...] A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca a ruptura do elo firmado entre o casal ao tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança e de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente a honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco se pode olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que

[66] Agravo em Recurso Especial nº 1.269.166 – SP (2018/0064652-9), a ementa não é divulgada em razão de segredo judicial.

passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, a grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. Indignidade reconhecida. Cessação da obrigação alimentar declarada. Procedência do pedido. Recurso provido."

Encerramos com uma pequena reflexão crítica e prática: a romantização da boa-fé (assim como ocorreu com a dignidade da pessoa humana) e invocação, muitas vezes desnecessária (vez que, na maioria dos casos, há dispositivo especifico para solução), gera banalização do instituto e, em alguns casos, cria barreira desnecessária para solução do conflito, pois com o enorme número de processos[67] que inunda o poder judiciário brasileiro, exige um esforço sobre-humano do intérprete que, a longo prazo, pode resultar em desprestígio à base da relação obrigacional: a confiança.

[67] Em 2018, o número de processos em tramitação era de 80 milhões: https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos tramitacao#:~:text=Cerca%20de%2080%20milh%C3%B5es%20de,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20levantamento%20passado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora AIDE.

ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1972

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. O FAVOR DEBITORIS E A TENDÊNCIA HISTÓRICA DE FAVORECIMENTO DO DEVEDOR VULNERÁVEL. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 3 (2017), nº 5.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro Contribui para Inadimplemento Contratual". Revista dos Tribunais, nº 750. São Paulo, abr. 1998.

AZEVEDO JR.**,** José Ozório de. O dano moral e sua avaliação. Revista do Advogado, São Paulo: AASP, n.49.1996

BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Vol.9, nº1. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, nov. 1992

BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações. Campinas. Bookseller, 2005. p.351.

BUNAZAR, Maurício. A invalidade do negócio jurídico. 1.ed. São Paulo: Thomson Reutres, Brasil. 2020

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil. Tomo IX: Direito das Obrigações: Cumprimento e Não- Cumprimento, transmissão, modificação e extinção. 3ªed. Coimbra. Almedina. 2017.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra. 12ª Ed. Almedina. 2018.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV. Editora, 2006.

DE SÁ, Maria de Fátima Freire. Direito de Morrer. Eutanásia, Suicídio Assistido. 2ª Edição. Belo Horizonte. DelRey. 2005.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 30 ed. São Paulo, Saraiva. 2014.

DONNINI, ROGÉRIO. Risco, Dano e Responsabilidade Civil. Editora Jus Podivm. São Paulo. 2018.

DONNINI, Rogério José Ferraz. BONA FIDES: DO DIREITO MATERIAL AO PROCESSUAL. Revista de Processo. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FARIAS, Cristiano Chaves de. Nelson Rosenvald. Curso de Direito Civil: obrigações. 13ª Ed. Salvador. JusPodivm.2019.

GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceito e Normas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HATTENAHAUER, Hans. Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Trad. Espanhola de Pablo Salvador Coderch. Bacerlona: Ariel, 1987.

JUNIOR, Luis Martius Holanda Bezerra. O CONTRATO DE FRANQUIA E A VIOLAÇÃO DOS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA: A BOAFÉ COMO FRONTEIRA DE ATUAÇÃO DAS PARTES (DA CULPA IN CONTRAHENDO À CULPA POST PACTUM FINITUM). Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 3 (2014), nº9

LARENZ, Karl. Derecho de Oblizaciones. Tomo I. Trad.espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. Volume I. Introdução da Constituição das Obrigações.14ª ed. Coimbra. Almedina. 2017

LOTUFO. João Luís Zaratin. Os Reflexos da Onerosidade Excessiva nas Relações Contratuais. Dissertação de Mestrado. PUC-SP.2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para sua Aplicação. 3º ed. São Paulo. Saraiva. 2018. p.219.

MARTINS-COSTA, Judith. Paula Costa e Silva. Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Lantin, 2020.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Direito das Obrigações. 2ªEd. São Paulo. Saraiva

MORAES, Renato Duarte Franco de. A Causalidade alternativa e a responsabilidade civil dos múltiplos ofensores. Dissertação de mestrado em direito apresentada a Faculdade de Direito de São Paulo (USP). 2014.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Editora Renovar, 2006.

PAULO. Digesto. Livro 44, Título 7.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. E. Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado. t. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

POTHIER, Robert-Joseph. Traité des Obligations. Paris: Lib. de l'ouevre de St. Paul, 1883.

ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo.Editora Jus Podvm. São Paulo. 2019.

SANTIAGO, Murilo Carvalho. Considerações sobre o "Contrato Coativo". Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais. Capa n. 21. 1979.

SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado. Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

SIMÃO, José Fernando. 'O contrato nos tempos da covid-19'. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Migalhas Contratuais.2020.

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil: Volume único. 10 ed. São Paulo. Método, 2020.