

A BOA FÉ OBJETIVA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO EUROPEU DE CONTRATOS

*Manoel Jorge Pereira da Mota**

1. Introdução: O Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos.
2. A evolução do conceito de boa-fé objetiva na Europa.
3. A boa-fé objetiva no Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos.
4. A boa-fé objetiva nas disposições preliminares.
5. A boa-fé objetiva na formação dos contratos.
6. A boa-fé objetiva no conteúdo dos contratos.
7. A boa-fé objetiva na interpretação dos contratos.
8. A boa-fé objetiva no não cumprimento dos contratos.
9. Conclusão.
10. Referências bibliográficas;
11. Notas.

I. Introdução: o anteprojeto do código europeu dos contratos

Em 1986, os Estados-Membros da Comunidade Europeia decidiram como perspectiva estabelecer, até o final do ano de 1992, aquilo que eles denominaram "o grande mercado interno" europeu. Para dar consecução a este desiderato, decidiram adotar diversas medidas, dentre elas, iniciar a feitura de um Código Europeu de Contratos que, mediante a utilização rigorosa do método do direito comparado, pudesse realizar o esforço de integração dos distintos direitos nacionais, buscando sintetizar uma tradição comum que razoavelmente permitisse aplicar os dispositivos do Código a todos estes ordenamentos.

Para tanto, um importante colóquio, longamente preparado, celebrou-se em Pavia, em outubro de 1990. Seus participantes, na sua maioria prestigiosos professores de Direito, vindos de todos os países membros, preocupados em acompanhar a realização da vasta empresa econômico-política acima referida, propuseram-se a debater a respeito da utilidade e da viabilidade eventual de uma

codificação europeia dos contratos. Tendo chegado, quanto a essas duas assertivas, a respostas unanimemente afirmativas, formularam o desejo de ver criarse um organismismo estável no qual poderiam consagrar-se à necessariamente longuíssima aplicação do projeto: em 09 de novembro de 1992, nasce a Academia de Jusprivatistas Europeus de Pavia.

Os membros fundadores foram os professores Trabucchi (Pádua), Giuseppe Gandolfi (Pavia), Franz Wieacker (Göttingen), Tunc (Paris), José Luis de los Moros (Valladolid), Stein (Cambridge) e A. Brancaccio, primeiro presidente da Corte de Cassação italiana. Contando atualmente com mais de cento membros ativos, universitários e magistrados, além de cidadãos de países estrangeiros à União Europeia, a Academia realiza duas sessões anuais.

Inicialmente, a Academia preocupou-se com o método e com o conteúdo. Tomando como esquemas básicos dois documentos existentes: o Livro IV (Obrigações e contratos) do Código Civil italiano, e o "Contract Code" redigido pelo professor Harvey Mc Gregor, professor da Universidade de Oxford, para a Law commission do Parlamento britânico¹, adotou, para o desenvolver dos trabalhos e a redação do projeto, a língua francesa, tipicamente europeu-comunitária, e o inglês, que apresenta antes um caráter intercontinental, e previu todas as traduções eventualmente exigidas pela pluralidade dos seus membros.

Seguidamente, abordando o tema principal, renunciou ao enunciado de princípios, cujo alcance, às vezes tão vasto quanto indeterminado, é realmente um obstáculo à unificação efetiva, de tal modo as deduções e aplicação revelam-se ulteriormente tributários das mentalidades e tradições nacionais, mesmo supondo-se que as próprias formulações não foram tornadas *ab ovo* impossíveis pelos pressupostos conceituais diferentes.

Atendo-se ao contrato, figura conhecida e difundida por toda a Parte, a Academia preferiu, pois, perseguir um objetivo de unificação pelas soluções: propor regras portadoras de saídas práticas e homogêneas largamente extraídas do fundo comum romântica, abertas também às sugestões anglo-saxãs, e velar para não sair da matéria concreta e delimitada, objeto estreito do seu trabalho.

Deste esforço doutrinário surge, em 2003, em versão finalística, o Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos - Livro I - versando sobre a parte geral das obrigações e contratos, com 173 artigos, tratando de temas diversos como formação, interpretação e execução do contrato, cessão do contrato, extinção do contrato e das relações que dela nascem, anomalias do contrato e seus remédios etc.

O espírito do Anteprojeto - Livro I - não é o de entrar nos programas de ensino das universidades ou no direito positivo de cada membro da União Europeia, mas sim o de servir como instrumento de realização dos interesses

das partes contratantes nos negócios realizados. Observa-se, a esse respeito, a relativização de oposições tradicionais rígidas: a da validade/nulidade, transcendida por diversos métodos de regularização (validação parcial, conversão, alteração, redução à equidade do contrato rescindível, renegociação do contrato que se tornou excessivamente oneroso); a da execução/inexecução, pelas vias previstas para chegar à satisfação do credor (caráter excepcional da reparação de valor) levando em consideração as dificuldades do devedor (clássica prorrogação de termo, mas também reparação ou substituição da coisa, substituição de outro *solutus*).

A intenção de garantir a eficiência do contrato explica também a presença, como necessidade, de definições e exemplos, ou a interpretação deduzida do sentido literal das cláusulas, salvo a retenção do sentido técnico nas relações entre profissionais. Além disso, se foram abordadas as dificuldades que serão sempre consubstanciais à matéria (citemos a anulabilidade dos atos dos incapazes, a obrigação sem causa, a desvalorização monetária, a ocorrência de acontecimentos externos imprevisíveis, a causalidade), também se deu lugar ao comércio eletrônico ou à *lettre de paixonge*.

Neste sentido, o Anteprojeto acolhe modificações inovadoras que, em muito, poderão dinamizar a economia dos contratos no cenário europeu. O presente artigo propõe-se a examinar como o Anteprojeto acolhe a boa-fé e quais as percutientes soluções que este preconiza para o desenvolvimento conceitual desse fundamental instituto do direito privado.

2. A evolução do conceito de boa-fé objetiva na Europa

A boa-fé assume relevância na prática jurídica europeia a partir das transformulações advindas da Revolução Industrial que estabelecem um novo padrão frenético de realização das transações civis e comerciais. Tal frenesi obriga os contraires a se relacionarem, cada vez mais, dentro de estreitas relações de confiança e lealdade, dada a multiplicidade de operações a realizar num mundo em incessante mudança.

Assim, impunha-se que, além das disposições expressas do contrato, tal como disposto no Código napoleônico, também fosse tutelada a confiança legítima das partes no regular cumprimento do contrato.

Essa nova mentalidade expressa-se, sobretudo, na Alemanha, a partir da jurisprudência dos Tribunais Comerciais e, particularmente, do *Oberappellationsgericht zu Lübeck* (OAG Lübeck), tribunal superior de apelação comercial criado em Lübeck em 1815 por quatro cidades livres do Ocidente alemão - Lübeck, Hamburgo, Bremen e Frankfurt - por força do

incremento das necessidades comerciais e com jurisdição sobre as cidades em causa.

Segundo Menezes Cordeiro, ainda que num estágio embrionário, denota-se já a presença dos videntes futuros da evolução do conceito: o exercício inadmissível de posições jurídicas, a interpretação objetiva e os deveres de comportamento no tráfego. Tudo isso traduzia a vitalidade do fator germânico da tradição romântica, o poder jursciativo das necessidades reais e um certo desapego jurisprudencial perante a doutrina, dadas as insuficiências desta.

O BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em vigor a partir de 1900, consagra o novo princípio em seus parágrafos 242 e 157⁶. O Código Civil Suíço, vigente a partir de 1912, estabelece em seu art. 2º que todos estão obrigados a exercer seus direitos e executar suas obrigações de boa-fé. O Código Civil italiano, de 1942, prevê, em seu art. 1175, que o devedor e credor devem se comportar segundo a regra da correção. E, no que pertine ao contrato (art. 1337), dispõe que as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato devem se comportar, segundo a boa-fé. Do mesmo modo, o Código Civil português de 1966 previu que, quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé e que no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé. Igualmente o título preliminar do Código Civil espanhol, pionieramente, preceituou que os direitos devem se exercitar conforme os ditados da boa-fé.

A esta nova noção de boa-fé objetiva passa a corresponder um novo conceito de obrigação. A obrigação jurídica, no seu sentido clássico conferido pelos autores do século XIX, pode ser concebida, no dizer de Savigny, como "a dominação sobre uma pessoa estranha, não sobre toda a pessoa (pois que isto importaria em absorção da personalidade), mas sobre atos isolados, que seriam considerados como restrição à sua liberdade sobre os mesmos e sujeição à nossa vontade"⁷.

Da definição, ressalta-se o domínio sobre os atos ou a liberdade do devedor em relação a estes, de modo que não pode ele mais praticá-los de forma livre e indeterminada, mas sim, sujeitando-se à vontade do credor. A sujeição do devedor e o seu concreto objeto (a prática do ato), a prestação, passa a ser o cerne da relação obrigacional⁸, ao contrário do sentido romano, que previa uma obrigação de natureza compromissória e fiduciária.

Sendo a prestação - de dar, de fazer ou de não fazer - a finalidade precípua da obrigação, os direitos do credor estariam previamente delimitados e seriam os que decorrem da natureza do crédito: a) o de exigir a execução forçada; b) o direito de exigir uma indenização no caso de inexecução; c) o direito de exercer medidas asseguratórias do patrimônio do devedor, considerado como garantia

do seu crédito⁹. Assim, a obrigação, segundo esta orientação clássica, apresentava uma única finalidade: a prestação, concebida como um único dever principal, seja a realização ou abstenção de um fato, seja a dação de uma coisa¹⁰.

Tal concepção unívoca de obrigação possuía por fontes a lei e o contrato. A primeira era concebida como um ato assecuratório da igualdade de todos, sendo, por natureza, geral e impersonal, fruto da vontade geral¹¹. Uma dialética abstrata-geral, de um lado, e concreto-individual, do outro lado, constituía o modo específico de realização e de garantia da liberdade no Estado de Direito. Era essa dialética que proporcionava segurança à liberdade ou, numa terminologia moderna, tornava a liberdade mensurável. Concebida-se que as intervenções na liberdade e na propriedade somente poderiam ser realizadas se fundadas nesse caráter legal de generalidade e abstração.

Por outro lado, a esfera de atuação dos particulares era regulada pela idéia de autonomia da vontade expressa no contrato. A concepção de vínculo contratual centrava-se na idéia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única, para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual.

Como se deprende da definição de contrato de Savigny, "contrato é o acordo de mais de um indivíduo sobre uma manifestação comum de vontade destinada a reger suas relações jurídicas"¹².

Assim, apenas a vontade livre e real, isenta de vícios ou defeitos, dirigida a um fim específico, podia dar origem a um contrato válido, fonte de obrigações e direitos.

Esa refinada construção conceitual, fundada na absoluta clivagem entre Estado e sociedade civil, tinha como pressuposto a escravidão das relações sociais, que foi a característica predominante daquele período até a Primeira Guerra Mundial.

Nesse mundo de estabilidade, a função da ciência do direito era a de proteger a vontade criadora e a de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes¹³. A tutela jurídica limitava-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações sociais próprias através dos contratos, desinteressando-se totalmente pela situação econômica e social dos contraentes e pressupondo a existência de igualdade e de liberdade no momento de contrair a obrigação¹⁴.

A esse mundo de segurança correspondia um conceito unívoco de obrigação, onde a prestação era sempre a de dar, fazer ou não fazer um determinado dever principal, perfeita e expressamente delimitado pela declaração de vontade das Partes, ou, quando muito, agregava-se a este um dever secundário, também diretamente decorrente do dever principal correlato¹⁵.

Com o desenvolvimento da noção de boa-fé objetiva a partir da promulgação do BGB em 1900 e, sobretudo, pela nova interpretação que a doutrina e a jurisprudência alemãs passam a elaborar fundadas no § 242 do BGB essa concepção tradicional de obrigação, em perfeita consonância com essa estabilidade das relações jurídicas, começa a se modificar.

Foi com o estudo de H. Staub, *Positive Vertragsverletzung*, publicado em 1902, no *Festschrift für das deutsche Jurisprudenz*, sobre a quebra positiva do contrato, que começa a se modificar o conceito tradicional de obrigação. Esta passa a ser concebida como um vínculo dialético entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento. A relação dialética assim estabelecida é perpassada na sua inteireza pela noção de boa-fé que constitui, assim, uma fonte autônoma de direitos e obrigações. Sendo a relação obrigacional uma totalidade voltada para o adimplemento, esta não inclui apenas, como relação totalizante que é, o dever principal de prestar, ou um eventual dever secundário correlato, mas também deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, a lado da obrigação principal, todos voltados para o correto adimplemento.

A obra de H. Staub, em que se manifesta no direito germânico o conceito de quebra positiva do contrato, marca uma nova concepção de relação obrigacional, com deveres secundários vinculados à aplicação do princípio da boa-fé.

Essa transformação poderia representar apenas uma leve modificação do conteúdo da relação obrigacional, não houvesse, simultaneamente, assumido o juiz funções criadoras do direito bem mais amplas. Essa nova posição resultou da aplicação concomitante de outro dispositivo, o § 138 do Código Civil germânico, quando os tribunais começaram a declarar a nulidade de contratos em que se manifestasse a utilização abusiva do poder econômico de uma das partes, os “contratos mordaca” (*Knebelungvertrag*), por serem contrários aos bons costumes (*contra bonos mores*).

Mais tarde, nos tempos da grande inflação, por volta de 1920, começou-se a falar no desaparecimento de base do negócio jurídico, outra importante criação da doutrina que se refletiu na jurisprudência.

A relação obrigacional, sob essa nova perspectiva, passou a ser encarada como uma totalidade que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor. Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos. O vínculo obrigacional como um todo, muitas vezes, não se altera ou modifica com certas alterações ou modificações sofridas pelas partes. Por esse motivo, o adimplemento de um crédito determinado pode não extinguir, ou modificar, a relação jurídica.

Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito

de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de orgânico, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que, mesmo adimplindo o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantir), ou em razão de outro dever secundário independente.

A obrigação contratual no sentido moderno pode ser entendida, portanto, como um dever global de agir objetivamente de boa-fé. Essa boa-fé objetiva constituiu, no campo contratual, um processo que deve ser seguido nas várias fases das relações entre as partes. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à declaração de oferta, os contraentes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc. Na fase contratual, a conduta leal implica em vários deveres acessórios à obrigação principal, e, na fase pós-contratual, implica em deveres posteriores ao término do contrato - deveres *post pacem finitum* - como o de guarda de documentos, fornecimento de material de reposição ou informações a terceiros sobre os negócios realizados.

3. A boa-fé objetiva no Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos

O Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos constitui uma verdadeira teoria geral do contrato, aplicável aos países europeus e integralmente informado pelo princípio da boa-fé objetiva.

O Anteprojeto tem por escopo prever soluções concretas para os problemas sobre os quais se debruça, mas do que enunciar princípios gerais. Recorrendo a uma configuração normativista, o Anteprojeto procura situar-se a meio caminho entre o regramento minucioso inglês e as abrangentes definições gerais do direito da *civil law*. Deste modo, o juiz pode determinar com maior precisão o âmbito de aplicação das regras e superar incertezas interpretativas.

A obra compõe-se de 173 artigos, repartidos por 11 títulos: disposições preliminares; formação do contrato; conteúdo do contrato; forma; interpretação; efeitos; cumprimento; incumprimento; cessão do contrato e das relações que nascem do mesmo; extinção do contrato e das relações que dão advêm; outras anomalias do contrato.

Giuseppe Gandolfi resume assim os objetivos do Anteprojeto e sua perspectiva de aceitabilidade em decorrência da noção comum de boa-fé objetiva,

a constituir uma regulação diretamente aplicada, quer se apresente como um novo *ius commune* ao lado das legislações nacionais existentes:

preparare una unificazione effettiva del diritto dei contratti dell'Unione europea, proponendo un corpo di regole che esprimano delle "soluzioni" in virtù delle quali il "contratto" costituisca uno strumento veramente efficace [...] efficiente] per regolare i rapporti nel Mercato interno europeo, dunque per soddisfare pienamente le esigenze di coloro che operano in esso; e tenere queste disposizioni in una forma, ossia in uno stile, e con un contenuto tale che esse costituiscano delle norme accettabili e agevolmente interpretabili in tutti i Paesi dell'Unione stessa, senza che rappresentino una impostazione per i cittadini europei, ma anzi costituiscano un aiuto anche per le eventualità da essi non previste, e che inoltre non ignorino le esigenze socio-economiche dell'Europa del terzo millennio.¹³

Procurou o Anteprojeto seguir a orientação jurisprudencial comum na matéria e tendo como principais opções: evitar noções ou categorias desconhecidas em alguns países para não lhes infringir um corpo estranho à sua ordem jurídica (o Anteprojeto não aproveita, pois, os conceitos de “cause”, “consideration”, “Rechzugschäff”); propor alternativas em algumas matérias, tendo, todavia, o cuidado de precisar qual a solução a seguir em caso de dúvida; permitir que o contrato produza os seus efeitos da maneira mais eficiente possível (são previstas várias medidas de validação, sem, no entanto, penalizar excessivamente o devedor; considerar a indenização apenas em última instância; proteger os terceiros; facilitar as reclamações e as constatações de direitos; permitir a exoneração de responsabilidade apenas quando da ocorrência de uma causa estranha e imprevisível).

Ausência sentida porém no texto é aquela decorrente da *culpa post pactum finitum* ou pós-eficácia das obrigações, fundada na boa-fé objetiva. Insere-se a pós-eficácia das obrigações no âmbito da função integrativa da boa-fé objetiva como um dever lateral de lealdade. A pós-eficácia das obrigações constitui um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte ver-se-ia despojada ou essencialmente reduzidas as vantagens oferecidas pelo contrato¹⁴. Esses deveres laterais de lealdade se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, deveres de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído.

Sobre a boa-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos

Ao não prever a pós-eficácia das obrigações em seu bojo, o Anteprojeto deixou de regular um importante espectro das relações civis e comerciais que, deste modo, ainda fica sob a égide das legislações nacionais.

De todo modo, o Anteprojeto é rico em soluções abrangentes e inovadoras para os problemas da contratação civil e empresarial contemporânea, particularmente no que diz respeito ao domínio da boa-fé objetiva e, assim, justificando a análise pormenorizada de cada um dos institutos jurídicos a seguir.

4. A boa-fé objetiva nas disposições preliminares

O Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos define, em seu artigo primeiro,¹⁵ que o contrato é o acordo de duas ou mais partes destinado a criar, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica, da qual podem derivar-se obrigações e outros efeitos, mesmo que a cargo de uma só parte.

A seguir, estabelece a forma pela qual este acordo se forma, regrando que este também se estabelece por comportamentos concludentes, positivos ou omisivos, conforme ou a uma vontade previamente expressa, ou aos usos e costumes ou à boa-fé¹⁶.

Trata-se aqui de relevante aporte do Anteprojeto, reconhecendo em diploma expresso o valor jurídico dos comportamentos concludentes na integração da vontade contratual, assim também como os chamados contratos fáticos e as relações contratuais de fato.

Por comportamentos concludentes deve-se entender aqueles de eficácia vinculante, não consistentes, propriamente, em declarações de vontade. É o caso de utilização de um meio de transporte público, com tarifa autorizada oficialmente, no qual não se queira a prévia aquisição de um bilhete. Não se configura uma declaração de vontade, senão uma conduta socialmente típica consistente em um ato de utilização. Nesses casos, considera-se que o ato jurídico valoriza-se segundo suas circunstâncias negociais como ato destinado à produção de efeitos jurídicos e como atuação de uma vontade latente de aceitação e, portanto, como atuação de vontade jurídico-negocial. E existirá comportamento concludente sempre que, conforme aos usos da vida, haja quanto aos fatos de que se trata toda a probabilidade de terem sido praticados com dada significação negocial (aquele grau de possibilidade que basta na prática para as pessoas sensatas tomarem as suas decisões), ainda que não esteja precluída a possibilidade de outra significação. Não se exigindo, sequer, para se aquilatar da conludência de um comportamento, no sentido de permitir considerar a latere um certo sentido negocial, a consciência subjetiva por parte do seu autor desse significado implícito, bastando que, objectivamente, de fato,

numa consideração de coerência, ele possa ser deduzido do comportamento do declarante.

O comportamento concludente deve ser realizado ante quem se deve informar que seja o destinatário da declaração. O destinatário há de ter a possibilidade de tomar conhecimento do ato e apreciá-lo devida e adequadamente. É o caso do credor, com intenção de perdoar a dívida, que rasga, à vista do devedor, o título da dívida sem nenhuma manifestação de palavra. Pode-se inferir deste ato uma remissão da dívida, mas não o é quando o mesmo credor pratica o ato na ausência do devedor¹⁷. O valor jurídico da conduta é aquele que a boa-fé objetiva repura passível de criar, à vista das circunstâncias, a legítima confiança da contraparte.

Os factos *concludentes* servem para complementar a vontade negocial ou para substituí-la, de acordo com os usos e a boa-fé, e realizam, no direito moderno, a chamada função integradora da boa-fé no que concerne à vontade contratual¹⁸. Por função integradora da boa-fé entende-se a idéia de que os deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis, mas que se impõe também a observância de muitos outros deveres de conduta, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistemática ou totalizante¹⁹.

Também no que se refere à omissão, podemos observar, no Anteprojeto, essa mesma vinculação negocial que decorre da boa-fé. Como é corrente na doutrina, o silêncio, em princípio, sem qualquer elemento qualificador, não tem valor declarativo, em regra não é, portanto, juridicamente eloquente.

No direito hodierno, contudo, introduz-se nessa matéria uma perspectiva relational. O homem em sociedade tem deveres, em certos casos ele deve pronunciar-se. Se ele não o faz, comete então uma falta, pela qual deve responder e reparar e se pode considerar que há, da sua parte, uma certa vontade. É o chamado silêncio circunstanciado: de algumas relações infirmadas pelo princípio da boa-fé decorre a legítima expectativa da contraparte de que determinada conduta, necessariamente de correção e lealdade, de silenciar-se ante determinado ato no qual deveria manifestar-se, importa no consentimento de quem cala, objetivamente valorizado²⁰.

Assim, a relevância jurídica negocial do silêncio decorre de circunstâncias concludentes, de acordo com critérios previstos na lei, que constituem elementos qualificadores de tal valor. Somente esse silêncio circunstanciado tem valor jurídico positivo de declaração. Serpa Lopes define as características do silêncio circunstanciado, apto a ser considerado como uma declaração de vontade: "a) manifestação de vontade por meio de um comportamento negativo; b) dedu-

A boa-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos
zida de circunstâncias concludentes [de acordo com critérios previstos na lei]; c) caracterizada pelo dever e possibilidade de falar por parte do silente; e d) pela convicção da outra parte de haver, nesse comportamento negativo e nessas circunstâncias, uma direção de vontade inequivoca e incompatível com a expressão de uma vontade oposta"²¹. São essas qualificadoras que importam no valor de anuência do silêncio: a lei, as circunstâncias (convenção ou relações negociais) e os usos do tráfego jurídico.

Os usos comerciais podem implicar em um valor declarativo para o silêncio. Usos comerciais significam as práticas prevalentes em um determinado grupo social mercantil. São assim as práticas em um determinado ramo de atividade econômica, ou aquelas de atribuição de um sentido negocial a um comportamento omisivo.

A concepção do tráfego jurídico, deste modo, pode autorizar a interpretar o silêncio como expressão de uma determinada vontade, quer dizer, como suposto de fato de uma declaração de vontade determinada. Isso ocorrerá quando o que cala, em atenção à boa-fé e tendo em conta os usos do tráfego e os hábitos e costumes prevalecentes, tivesse o dever de falar para dar a conhecer sua vontade²².

Os usos têm de ser especificamente provados e dizer respeito ao valor da omissão. São primordiais nessa hipótese não só os usos gerais do comércio, como também os usos particulares de certa atividade econômica ou profissão, ou de certa localidade, bem como, ainda, os que se formem apenas *inter partes* ou que decorram no quadro de uma relação corrente de negócios²³.

A autonomia contratual, por seu turno, naquilo que diz respeito à fixação do conteúdo do contrato, é delimitada na própria regra geral. As partes só podem determinar livremente o conteúdo do contrato dentro do limite das leis imperativas, dos bons costumes e da ordem pública e desde que não persigam com isso unicamente a prejudicar terceiro²⁴.

Exemplo disso no direito europeu é a Lei de regulação das condições gerais de contratação - *AGB-Gesetz* naquel que concerne às disposições relativas ao processo. Nos termos do § 13, número 2 AGBG, as associações de consumidores e os grupos que visam a promoção de interesses profissionais podem acionar um comerciante ou um organismo profissional para que se abstenha de utilizar ou de recomendar a utilização de condições gerais cujas disposições sejam nulas em virtude da aplicação dos §§ 9 a 11 da AGBG. O julgamento da questão produzirá efeitos não somente em face do estipulante mas também em relação a terceiros. Com efeito, este último deverá ou modificar suas condições gerais ou renunciar a recomendar o seu uso. De resto, quaisquer dos contratos ulteriores poderá, nos termos do § 21 AGBG²⁵, invocar a nulidade consta-

tada no julgamento da condenação. Essa regra excepcional não é válida sem uma publicidade eficaz. Desse modo, o legislador previu no § 20 AGBG que as decisões exaradas em um processo, segundo o § 13 AGBG, devem ser inscritas em um registro de condições gerais mantido pelo Ofício Federal de Empresas e que este organismo comunicará a todos os interessados os registros que aí figuram.

Assim, os preceitos contratuais que beneficiam as partes e se desunem unicamente a fragilizar direitos ou interesses de terceiros restam, por definição, sem proteção legal.

5. A boa-fé objetiva na formação dos contratos

O Anteprojeto detalha com exatidão a fase pré-contratual do contrato, das negociações preliminares à declaração de oferta, disciplinando que nela os contratantes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.

São estabelecidos os parâmetros normativos de três deveres fundamentais da fase pré-contratual: o de proteção, o de informação e o de reserva.

O Anteprojeto fixa, no seu artigo 6, “Dever de proteção”, uma petição de princípios nacuílo que importa à boa-fé objetiva nas tratativas de um contrato. Estabelece-se nessa passagem que não há responsabilidade nos tratos preliminares de um contrato, caso esse não se aperfeiçoe, exceto quando o comportamento das partes for contrário à boa-fé.

Trata-se de importante definição, levando-se em conta que a boa-fé não é um padrão de conduta nas preliminares e na formação dos contratos aceite nos sistemas de *common law*. Nesses sistemas, rejeita-se a existência de qualquer vínculo obrigacional entre aqueles que negociam com vista à conclusão de um contrato, apenas se admitindo a imputação de danos causados *in contrahendo* nos termos da responsabilidade extracontratual.

No direito inglês a abertura de negociações para a celebração de um contrato não cria entre as partes qualquer relação jurídica integrada por deveres de conduta específicos fundados na boa-fé; cada uma delas pode, por exemplo, conduzir negociações paralelas sem informar a outra e rompê-las arbitrariamente, mesmo à beira da conclusão do contrato, bem como omitir a contraparte informações vitais para a decisão de contratar, que só ela possui. A proteção conferida assim pelo direito inglês contra danos sofridos por uma das partes nos preliminares e na formação dos contratos é, por isso, muito inferior à que se encontra consignada nos códigos continentais.

A boa-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos

No direito anglo-saxão a preocupação dominante não é a de que o contrato aceitável não é qualquer contrato, mas tão-só aquele em conformidade com as exigências da ética e da sua função social, como nos direitos alemão, italiano e português e sim a de que a conduta contratual consiste em assegurar as condições essenciais ao funcionamento da economia de mercado: liberdade contratual e força vinculativa dos contratos. Por isso, a responsabilidade pré-contratual, que inevitavelmente envolve certa limitação da autonomia privada, tem menor acolhimento.

Com a redação do art. 6º, tal dicotomia se flexibiliza, fixando-se a boa-fé objetiva como padrão único europeu para definição da liberdade das partes nas tratativas pré-contratuais.

O dever de correção nas tratativas impõe que cada parte deve agir com lealdade, não criando expectativas que sabem destinadas ao fracasso. Se a parte não tem a intenção de concluir o contrato (por ausência de boa-fé subjetiva), a entabulação ou o prosseguimento das tratativas, suscitando a confiança da outra parte, é comportamento contrário à boa-fé e, assim, enseja a responsabilidade pelos danos causados²⁶.

No que se refere ao rompimento abrupto das negociações sem motivo justificado, o Anteprojeto prevê um parâmetro de razoabilidade para aferir a legitimidade ou não desse comportamento: a confiança suscitada no outro contratante. Esta existe toda vez que, no curso das tratativas, as partes tenham já ex-minado os elementos essenciais do contrato previsto numa eventual conclusão e gerado a confiança razoável quanto ao que seria estipulado nesse contrato. Era a solução já dada pela jurisprudência, inclusive a brasileira, que agora encontra parâmetro adequado para aferir a seriedade e densidade das tratativas que geram o direito à indenização²⁷.

A compensação prevista no caso de rompimento abrupto das negociações sem motivo justificado é o resarcimento dos danos que o contraente sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esse prejuízo abrange, em princípio, às despesas em que incorreu durante o desenvolver das tratativas (o interesse negativo).

O Anteprojeto inova, porém, ao prever que essa indenização de danos pode englobar, em situações excepcionais, o que a parte obteria na hipótese do contrato ter sido estabelecido. Isso ocorreria quando a infringência dos deveres de lealdade e correção pela parte que rompe as negociações acarretar a perda da possibilidade de a outra parte realizar negócio similar com outra pessoa²⁸. Nesse sentido, o diploma da Academia de Pavia incorpora o estalão de decisões do *Bundesgerichtshof* – BGH (Corte Federal de Justiça alemã) de conceder a indenização do interesse positivo nos casos de perda de oportunidade de similar contratação²⁹.

A hipótese em apreço de indenização do interesse positivo ou de cumprimento é aquela decorrente de perda de chance, na qual uma das partes contratantes tenha, de modo inequívoco, perdido a chance de realizar negócio similar causado pelo trato pendente e injustificadamente frustrado. Nesses casos, cabe a indenização por todo aquilo que, razoavelmente, se deixou de realizar.

A perda de chance é aquele dano do qual decorre a frustração de uma esperança, na perda de uma oportunidade, de uma probabilidade. Neste dano coexistem um elemento de certeza e um elemento de incerteza. O elemento de certeza parte do pensamento de que, por não ter se realizado o contrato, a parte manteria a esperança de, no futuro, obter um lucro. De outro lado, o elemento da incerteza impõe, porque por não se haver produzido o acerto contratual e mantido a chance (ou oportunidade), não se teria certeza da obtenção do lucro ou se a perda teria sido evitada. Concretiza-se a perda de uma chance quando determinado acontecimento não ocorreu, mas poderia ter ocorrido, por si mesmo ou através de intervenção de terceiro. O evento teria sido possível, mas a atuação da contraparte tornou-o impossível, provocou a perda de uma chance.

A perda de uma chance é um tipo especial de dano. Não se trata de mitigação do risco causal mas, tão-somente, do deslocamento do vínculo causal para a perda de chance, constituindo esta, em si mesma, o próprio dano. Constitui-se numa zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro, tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que não mais se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não os ganhos ou se evitaria ou não certa vantagem, pois um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

Naquilo que pertine ao *quantum debatur*, se a chance é a possibilidade de um benefício futuro provável, integrada nas faculdades de atuação do sujeito, sua perda deve ser considerada um dano, ainda quando possa resultar difíltculo estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma consequência atual e certa, em razão do que se aconselha efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos. A obrigação de reparar é somente parcial, se comparada aos ganhos finais, por isso não se reivindica a reparação destes, mas somente se considera relevante a perda da possibilidade de serem evitados.

O dever de informação nas tratativas pré-contratuais está configurado no art. 7º e prevê que cada parte tem a obrigação de informar à outra sobre cada circunstância de fato ou de direito que ela tem ou deveria ter conhecimento e que possa influir na validade do contrato ou no interesse de concluir-lo³⁰.

O dever de informar nas negociações preliminares é regido pelo princípio da boa-fé objetiva. Esta impõe às partes especiais deveres de conduta uma em relação à outra. Esses deveres são aqueles referentes ao comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, de uma pessoa diligente, comportamento este expresso na noção de *bonus pater familiæ*. Deve-se observar também se a situação criada produziu na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado, quando então deverá se tutelar essa expectativa. Desde que a contraparte tenha legitimamente confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico que celebra impõe-se a tutela dessa confiança pelo princípio da boa-fé objetiva. Desse modo, avulta reforçado o dever de agir, de informar no préâmbulo do negócio jurídico, resultando este dos usos do tráfico e do princípio da boa-fé.

O dever de informar nas tratativas do negócio jurídico então se consubstancia na obrigação de revelar tudo aquilo que constitua circunstância determinante da realização do negócio. Este dever abrange as circunstâncias intrínsecas do negócio ou de seu conteúdo (v.g. os vícios redibitórios) mas também todas as condições extrínsecas que, do conhecimento da parte, influenciem decisivamente a realização do negócio. "Também há dever de informar passível de anular o negócio jurídico por omissão quando a parte conhece um valor mercantil porque só ela obtém as informações (as *insider informations*)"³¹.

Deste modo, não se trata de admitir um dever geral de informar ou esclarecer a contraparte acerca da totalidade das circunstâncias de fato e de direito determinantes da decisão de contratar, mas sim que o dever de informar abrange tudo aquilo que relaciona-se com a validade do contrato e estimativa do interesse objetivo de contratação nas circunstâncias comuns do trato negocial³². Ao contrário cabe velar por si mesmo, esclarecidas as circunstâncias objetivas do negócio, por seu interesse específico em contratar, segundo o padrão de diligência exigível ao comum das pessoas.

Em uma perspectiva nova, também contraria a boa-fé a conduta negligente da parte que não informa à outra sobre dados fundamentais concernentes à validade ou ao interesse de conclusão do contrato, que poderiam ser obtidos por simples comportamento diligente. Como se delimitam os contornos dessa presunção? Trata-se aqui de negligéncia ou imprudência anormal no trato geral dos negócios, falta de cumprimento ao dever normal de diligência a evidenciar culpabilidade. Sendo uma infração a um dever lateral de conduta de diligência na fase pré-contratual, deve a culpa ser presumida, salvo prova insuficiente da parte em contrário. Registre-se que a aferição do dolo no direito civil é genérica e que, em geral, no trato negocial, é de se presumir o conhecimento da parte a quem aproveita o prejuízo acarretado à contraparte.

A sanção prevista para a falta no dever de informar é a mesma do item 4 do art. 6º, ou seja, a indenização pelo interesse negativo ou, em caso de perda

de oportunidade de negócio similar, pelo próprio interesse positivo desse fato decorrente.

Essa sanção existe mesmo no caso de o contrato vir a ser concluído, quando então o juiz irá fixar a indenização que julgar em conformidade com a equidade, salvo o direito da parte prejudicada de pedir a anulação do contrato por erro.³³

O art. 8º trata do dever de reserva ou segredo entre as partes nas tratativas negociais. As relações negociais importam no dever de sigilo acerca das informações recebidas ou fatos conhecidos decorrentes dos vínculos de tratativas iniciado, como do exame de documentos; de equipamentos; de projetos industriais; do processo produtivo; da situação econômico-financeira da outra parte ou de terceiro. Este sigilo pode perdurar, conforme o caso, até além do vínculo pré-negocial.

A boa-fé, assim como a dignidade e solidariedade, veda a utilização de informações obtidas no âmbito das tratativas, ainda que não por causa delas, mas somente por ocasião delas. Este dever persiste mesmo que sua divulgação não atinja a reputação ou o bom nome da outra parte, pois deve-se considerá-lo objetivamente. Não importam os motivos pelos quais o sigilo foi quebrado, se para prejudicar a parte ou para benefício próprio. Esses aspectos poderão influir no valor da indenização mas não são pressupostos para a responsabilidade.³⁴

Hipótese de quebra do dever de reserva para benefício próprio é a do médico cirurgião plástico, que divulga o fato de artista conhecido o haver procurado ou a do advogado, que revela ter sido procurado por político que pretendia se divorciar. Em ambos os casos há a ruptura da lealdade, especialmente em relação ao dever de manter sigilo, dever negativo resultante da cláusula geral de boa-fé objetiva.

Nessas circunstâncias, o Anteprojeto determina que a parte que houver obtido uma vantagem indevida com a informação confidencial (que estava obrigado a guardar em segredo) deverá indenizar a contraparte na medida do seu próprio enriquecimento com o ilícito. Medida idêntica já é referendada no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere ao mercado de valores mobiliários, ao uso de *insider information*.³⁵

Na Seção II que trata do conteúdo do contrato encontramos pormenorizadamente a disciplina sobre o valor jurídico do silêncio (art. 16, item 3), já tratado nas disposições preliminares.

Na definição de René Demogue, "há silêncio no sentido jurídico quando uma pessoa no curso dessa atividade permanente que é a vida, não manifestou

Sa boa-fé objetiva no anteprojeto da cédula europeia de contratos
sua vontade em relação a um ato jurídico, nem por uma ação especial necessária a este efeito (vontade expressa) nem por uma ação da qual se possa deduzir sua vontade (vontade tacita)."³⁷

O silêncio tradicionalmente era concebido como uma não manifestação de vontade, não podendo, em princípio, ser considerado como um consentimento ou uma confissão. Ainda era a velha assertiva de Savigny que predominava: "Se, pois, alguém me apresenta um contrato e manifesta que tomará meu silêncio como aquiescência, eu não me obrigo", porque ninguém tem o direito, quando eu não consinto, de forçar-me a uma contradição positiva".³⁸ Savigny admitia apenas duas exceções a esta regra, sem extensões analógicas: as que se fundavam numa relação especial de direito, como as de direito de família e àquelas decorrentes da relação entre o silêncio atual e as manifestações precedentes.

A vida moderna porém, como já visto, vai impor a vinculação jurídica do chamado silêncio circunstanciado.

Assim, o silêncio "só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições de fato que o cercam, a falta de resposta à interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e voluntária de quem silêncio induz a outra parte, como a qualquer pessoa normal induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada".³⁹

É isso o que dispõe o Anteprojeto ao regular que o silêncio e a passividade só equivalem à aceitação quando assim haja sido previsto pelas partes ou possa se deduzir da existência de relações que estas hajam mantido, das circunstâncias ou do costume ou, ainda, quando a oferta tenda a celebrar um contrato do qual derivem obrigações apenas para o seu autor.

Desse modo, o silêncio assume significativo protagonismo jurídico sempre que das circunstâncias de fato ou da conduta precedente das partes, interpretada em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, se possa verificar que foi suscitada uma confiança legítima e está presente uma vontade plena, mesmo justificada. Portanto, não existente essas circunstâncias especialíssimas, não há valor jurídico do silêncio.⁴⁰

O artigo 17, inciso I trata da irrevogabilidade da oferta. A declaração de vontade no sentido da celebração de um contrato, feita com seriedade e de forma completa – dela já constando os elementos necessários à criação da relação contratual por simples ato de aceitação da outra parte vincula o pollicitante, impondo-lhe o dever de reparar as perdas e danos decorrentes da não celebração do contrato objeto da proposta. Nos termos do Anteprojeto, fundado na boa-fé objetiva, a oferta, ainda que não haja a aceitação do oblatio, pode permanecer irrevogável durante certo lapso de tempo se, com base nas relações precedentes entre

6. A boa-fé objetiva no conteúdo dos contratos

as partes, as tratativas ou os costumes, pudesssemos razoavelmente reputá-la como tal⁴¹. A mesma disposição de irrevogabilidade por contrariedade à boa-fé encontra-se presente na regulação dos atos unilaterais⁴², da promessa ao público⁴³ e dos contratos constituídos mediante comportamentos concludentes.⁴⁴

A irrevogabilidade da oferta também tem, portanto, na boa-fé, a sua fundamentação. Consoante o dever lateral de conduta de lealdade entre as partes, a publicidade de um oferecimento ao público de oportunidade contratual implica a irrevogabilidade da oferta, desde que o potencial comprador preencha os requisitos legais para negociar e sua proposta de aceite do negócio tenha atingido o preço mínimo de venda, ficando vedado ao ofertante retirar a oferta no curso da duração razoável do negócio.

Como bem explica, por exemplo, Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado:

"No direito comum, a manifestação ou a declaração de vontade que há nas ofertas não cria, por si, negócio jurídico (= a entrada do suporte fático no mundo jurídico só se dava quando se uniam oferta e aceitação); não vinculava, de si só. Portanto, era feito da veda, porém não feito da viés jurídica. Se ainda não havia ocorrido a aceitação, a oferta pertencia à classe dos elementos não juridicizados (classe a); extinguia-se com a morte, com a incapacidade civil, superveniente, e podia ser, livremente, revogada. As relações da vida impuseram ao direito comercial e, depois, ao direito civil, que se tratasse a manifestação de vontade do oferente, desde logo, como suporte fático de negócio jurídico, portando como vinculante. O direito austriaco, o alemão, o suíço e o brasileiro deram a solução técnica. A vinculação passou a ser a regra: "O que oferta a outrem conclusão de contrato (Código Civil alemão, § 145) é vinculado (gebunden) à oferta, salvo se exclui a vinculação". A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso"⁴⁵.

No art. 24, o Anteprojeto estabelece, nas declarações unilaterais de vontade, a prevalência da confiança suscitada sobre a intenção do agente na prática do ato⁴⁶. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha feito racionalmente confiança sobre uma dada manifestação jurídica e se comportado em coerência com tal manifestação, proporciona-lhe direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade⁴⁷.

Quanto ao conteúdo do contrato, no art. 30, inciso 3, está previsto o instituto da lesão, na acepção subjetiva. No dispositivo em epígrafe, a lesão é definida como a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado⁴⁸. Sendo os negócios jurídicos no Anteprojeto informados pela obrigação de correção e lealdade que decorre da boa-fé objetiva, não apenas naquilo que se estipulou mas também em todos os deveres laterais de conduta que decorrem naturalmente da relação negocial, o negócio em que se auferem ganhos com a inexperiência ou a premente necessidade de contratar da contraparte, é necessariamente um negócio rescindível, na dicção do Anteprojeto. Porém, o contrato proporciona ao lesado, por meio da prestação do outro contratante, o bem que é preciso para satisfazer a sua necessidade, tem uma função socialmente útil, embora injusto, se o contrato ainda é útil, realiza um interesse que merece ser tutelado. Este se abriga, na acepção do Anteprojeto, no princípio da conservação dos contratos informados por normas protetivas: o negócio é rescindível parcialmente até a redução do preço ao nível lícito ou, uma vez já pago este, a determinação da restituição do excesso⁴⁹⁻⁵⁰.

O conteúdo lícito e não abusivo do contrato submetido a condições gerais é delimitado (art. 30, inciso 4), sobretudo, tendo em conta a Lei alemã de Condições Gerais de Contratação - *AGB-Gesetz*, particularmente o artigo 10 do § 11 AGBG. Assim, é interdita a exclusão da responsabilidade do estipulante e este não pode se desonerar inteiramente de sua responsabilidade para com a contraparte. Também é vedada a limitação da garantia de reparação da coisa: o estipulante não pode limitar a sua responsabilidade à colocação em conformidade ou à troca do produto. À contraparte insatisfeita deve ser garantida a possibilidade de requerer a diminuição do preço ou a resolução do contrato. Desta maneira se, por exemplo, as condições gerais do contrato de um concessionário de automóveis devem oferecer efetivamente a possibilidade de, em caso de vício da viatura vendida, demandar a resolução do contrato se a reparação falhar.

O vendedor deve também suportar os encargos da reparação, notadamente aqueles decorrentes do transporte e da expedição, do trabalho e do material. O estipulante não pode assim nem excluir nem limitar sua obrigação repassando os custos para o cliente. Igualmente, pelo mesmo dispositivo legal é interditado ao estipulante fixar um prazo de denúncia de vícios mais curto do que o prazo legal de garantia contra um vício oculto. Ainda o estipulante não pode validamente reduzir o prazo legal de garantia⁵¹.

A lesão consumerista implícita, tal qual o disposto no direito brasileiro (arts. 6º, V; 39, V; e 51, IV, do CDC) está prevista. Ao consumidor é assegurado o desfazimento do negócio jurídico sempre que contratar em circunstâncias iníquas ou abusivas, sendo sua prestação exagerada. Não se cogita aqui de elementos subjetivos, bastando a existência de prestação exagerada por parte do consumidor³².

A determinação do conteúdo do contrato deve ser realizada de maneira equitativa, mesmo se for deferida a apenas uma das partes. É a realização no direito europeu do Previsto nos Princípios dos Contratos do Comércio Internacional – UNIDROIT, que estabelecem em seu artigo 4.6: (Interpretação “contra proferentem”). Se as cláusulas do contrato propostas por uma parte não são claras, é preferível uma interpretação contrária a esta parte³³.

Pela primeira vez também se prevê que integram o conteúdo do contrato as cláusulas implícitas que decorram do dever de boa-fé. Reconhece-se aqui o caráter juridicamente vinculante dos deveres laterais de conduta³⁴.

A alínea “c” do art. 32 define que forma parte no conteúdo do contrato as cláusulas implícitas que devem considerar-se necessárias para que o contrato produza os efeitos queridos pelas partes. Trata-se da base objetiva do negócio jurídico.

Na conhecida definição de Larenz, deve-se entender por base objetiva do negócio jurídico as circunstâncias e o estado geral das coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido³⁵. Esclarece este que a finalidade do contrato é a objetividade ínsita na natureza do próprio contrato ou aquela ulterior de uma das partes, que ambos os contratantes tenham tido em conta ao determinar o conteúdo do contrato:

“La finalidad primera e inmediata de cada parte de un contrato bilateral es obtener la contraprestación. El comprador quiere disponer de las mercancías compradas; el arrendatario, usar del modo normal o convenido la cosa arrendada; el comunitario, que se realice la obra contratada. Esta finalidad se comprende de la naturaleza del contrato en cuestión; es una finalidad común, puesto que cada parte quiere procurar la finalidad de la otra para así conseguir la suya; por tanto, es necesariamente contenido del contrato. Pero esa primera finalidad se enlaza de ordinario en las representaciones de las partes con una segunda; y, aún a veces, una tercera finalidad: el comprador querrá emplear la cosa para un determinado fin (por ejem-

7. A boa-fé objetiva na interpretação dos contratos

Na interpretação de cláusulas ambíguas da avença deve-se verificar o comportamento efetivo dos contratantes na execução do contrato. A teoria dos atos próprios aqui abrigada (art. 39, §§ 3 e 4), ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte³⁶. O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em tempo e lugar diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato. Para o reconhecimento da proibição é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada³⁷.

plo, consumirla, hacer con ella un regalo de boda o engenearla después de haberla transformado en industria); el arrendador, usar de cierto modo los locales arrendados (por ejemplo, explotar en ellos una determinada industria), etc. Estas finalidades ulteriores de una de las partes nada interesan a la otra, aun cuando las conozca e incluso se le hayan comunicado expresamente, a no ser que las haya hecho suyas de algún modo, por haber influido en su prestación, o por haber fijado la cuantía de la contraprestación en atención a ellas. No es necesario que la finalidad en cuestión se haya convertido en contenido del contrato en el sentido de que se mencione expresamente en él, pero debe haberse tenido en cuenta por ambas partes al determinar tal contenido y manifestarse, al menos mediamente, en el mismo”³⁸.

Constitui a base objetiva do negócio jurídico, por exemplo, na compra e venda de um estabelecimento, o uso regular da coisa segundo sua utilidade e a livre disposição da mesma (a finalidade insta do contrato). Ou ainda, na compra e venda de um vestido de noiva, para ser usado na cerimônia do matrimônio (finalidade ulterior de uma das partes), o fato de que este deve ser entregue antes da referida cerimônia (uma vez que a outra parte teve tal finalidade em conta ao determinar o conteúdo do contrato). A teoria assim assume uma base legal, suficientemente ampla e vertida numa vaguedade socialmente típica que lhe permitirá desenvolver todas as suas potencialidades.

Questão Unis.

A boa-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos

Nesse desiderato, realiza-se aqui a denominada função normativa da boa-fé, desenvolvendo as cláusulas implícitas a sua eficácia no mesmo plano em que o faz a norma dispositiva, promovendo os efeitos que são próprios da natureza do contrato⁶³. Assim, como interface do sistema jurídico a boa fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados para outro sentido, que se impõem à consideração, modificando a relação jurídica ou alguns de seus preceitos, que são reelaborados ou desconsiderados em função da atuação prevalente do princípio. O mesmo fenômeno ocorre no cumprimento das obrigações devidas onde cada uma das partes deve cumprir, além do pactuado, tudo aquilo que decorrer da boa-fé e da prática corrente segundo a natureza de cada contrato⁶⁴.

Isto também é o que significa no Anteprojeto se dizer que os efeitos do contrato derivam não só dos pactos mas senão dos preceitos do Código, assim como das disposições nacionais ou comunitárias, dos usos, da boa-fé e da eqüidade⁶⁵.

Quanto às cláusulas ambíguas dos contratos, o Anteprojeto prevê que as cláusulas que admitem mais de um sentido devem ser entendidas naquele mais adequado para a sua eficácia⁶⁶, enquanto que as palavras que podem ser de diferentes acepções serão entendidas naquela que seja mais conforme à natureza e objeto do contrato⁶⁷. Em ambos os preceitos, nota-se o princípio da conservação do negócio jurídico. Essa idéia, que já pode ser encontrada em germe na terceira regra de interpretação dos contratos de Pothier: quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, devem-se entender no sentido que mais convém à natureza do contrato⁶⁸.

Nas expressões obscuras, se o contrato é a título gratuito interpretar-se-á no sentido menos gravoso para o obrigado; e se é a título oneroso no sentido que produza um ajuste qualitativo ao interesse das partes⁶⁹.

Nos efeitos produzidos por elementos acidentais, a boa-fé está presente no negócio sob condição suspensiva. Reza o preceito que, enquanto a condição não se cumpra, a parte que contraiu a obrigação ou constituiu ou transmitiu um direito real, deve se comportar de boa-fé, sem prejudicar os direitos da outra parte. Define-se que a ninguém é lícito *venire contra factum proprium*, isto é, exercer direito, pretensão, ou ação, ou exceção, em contradição com o que foi a sua atitude anterior, interpretada, objetivamente, de acordo com a lei. A teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.

No artigo 54, o Anteprojeto estipula que é nulo o contrato submetido a uma condição suspensiva cuja realização depende exclusivamente de uma das partes. Trata-se aqui de condição porestatativa pura. Também o direito romano (Ulpiano, comentários a Sabinio, livro XXVIII) repudia as condições puramente porestatativas que deixam ao arbitrio exclusivo de uma das partes a concretização do negócio ou de parte substancial dele: assim, se a venda de uma coisa fica ao inteiro arbitrio do senhor, ou a fixação do preço, a venda é nula porque iníqua e violadora dos preceitos do comércio mercantil (D. 18, 7).

Nos contratos de execução contínua ou periódica, se as partes não fixaram um termo final cada uma delas pode, por fim ao contrato, mediante uma comunicação dirigida a outra com um pré-aviso, conforme a natureza do contrato, os costumes ou a boa-fé⁷⁰. O dever de lealdade impõe um controle objetivo a esse término, consonante a natureza do contrato e a situação das partes. Nesses contratos, no que diz respeito aos termos não previstos especificamente, também a boa-fé está presente em sua função de controle. A função de controle da boa-fé é limitativa: ela estabelece que o credor, no exercício do seu direito não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder antijuridicamente. Deste modo, os termos inicial e final, na ausência do estabelecimento convencional, serão aqueles que puderem ser inferidos das circunstâncias ou previstos conforme a natureza do contrato, os costumes ou a boa-fé⁷¹.

No Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos, a boa-fé impõe a aplicação da teoria da aparência para a perfectibilidade do contrato (art. 61)⁷².

A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma descoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

Como bem lembra Mariano D'Amélia, no mundo jurídico o estrado de fato nem sempre corresponde ao estrado de direito; mas o estrado de fato, por si, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estrado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera consequências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estrado de direito.

Desse modo, a situação geral pela qual alguém tenha feito racionalmente confiança sobre uma dada manifestação jurídica e se comportado em coerência com tal manifestação, proporciona-lhe direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade⁷³. Angelo Falzea concebe a aparência de direito como "a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este espírito sem ser coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar"⁷⁴.

A aparenteza de direito se caracteriza e produz os efeitos que a lei lhe atribui somente quando realiza determinados requisitos objetivos e subjetivos. São estes, no magistério de Vicente Rão:

"São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato criada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, mas nem todas, acima, apresente o titular aparente como se fosse titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

São seus requisitos subjetivos essenciais: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a excusabilidade desse erro apreendida segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.

Como se vê, não é apenas a boa-fé que caracteriza a proteção dispensada à aparenteza de direito. Não é tampouco, o erro excusável, tão somente. São esses dois requisitos subjetivos inseparavelmente conjugados com os objetivos referidos acima, - requisitos sem os quais, ou sem algum dos quais a aparenteza não produz os efeitos que pelo ordenamento lhe são atribuídos."⁷¹

Assim sendo, na dicção do Anteprojeto, quando um sujeito que não tem poder para atuar em nome e interesse de outro, mas que este outro tenha atuado de maneira que induza o terceiro a contratar, deixando razoavelmente crer que ele tinha tal poder, o contrato resta celebrado para todos os efeitos entre o representante aparente e a outra parte contratante. É a solução já pacífica da jurisprudência, inclusive da brasileira.⁷²

Difere um pouco a situação no que se refere ao direito empresarial e suas práticas. O princípio da boa-fé que norteia o direito empresarial não deve ser levado aí às últimas consequências, como regra geral. Pois se assim fosse, o patrimônio social correria enormes riscos frente a má administradores. Deve-se proteger o terceiro de boa-fé se este for um homem comum, já que não é hábito desta categoria a verificação de poderes dos diretores no registro de comércio; assim, não deve ser prejudicado se não houver razões concretas para presumir que tinha conhecimento da irregularidade. No entanto, não deve restar protegido o terceiro que tenha conhecimento, ou devesse ter, do objeto social e dos limites da atuação dos gerentes em razão da profissionalidade de seus atos.

O art. 68 trata do contrato consigo mesmo e da procuração em causa própria. Prevê o dispositivo que tais contratos são anuláveis, exceto se o representado o autorizou expressamente ou se o conteúdo do contrato está determinado de tal forma que exclua toda possibilidade de conflito de interesses⁷³.

Estabelece a boa-fé a lealdade nas relações contratuais; assim, sendo o mandado constituído no exclusivo interesse do mandatário e não existindo conflito de interesses com o mandante é de se ter por irrevogável a procuração em causa própria.

8. A boa-fé objetiva no não cumprimento dos contratos

O art. 89 estabelece a regra geral segundo a qual se considera não cumprida a obrigação contratual se um dos contratantes, ou seus colaboradores ou encarregados, adotam um comportamento diferente do previsto no contrato ou se se verifica uma situação de direito ou de fato diferente da que se pode considerar acordada.

Reconhece-se aqui que a relação obrigacional agora deve ser pensada como uma totalidade vocacionada para o adimplemento e comportando, além do dever de prestar principal, deveres laterais de conduta de correção e lealdade no tráfego jurídico. Avulta no limiar do século XXI a consagração da boa-fé objetiva formulada como um dever global de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte. Do princípio da boa-fé objetiva deriva o reconhecimento de deveres secundários (não diretamente pactuados), independentes da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação e mesmo, em alguns casos, após o adimplemento desta. Tudo está relacionado a esse processo, a obrigação como um processo e, assim, aos Códigos se demanda uma fluidez de linguagem, uma vaguença socialmente típica que permita dar conta de todas as mutações de uma realidade contratual em constante transformação.

Conforme o art. 94, com relação à valoração do cumprimento da obrigação de fazer, esta se tem por inexecutada se não é realizada no prazo previsto no contrato, ou executada parcialmente, ou de maneira defectuosa, ou com a ajuda de materiais inapropriados. Reserva-se, contudo, sem prejuízo de perdas e danos, a faculdade de outorga pelo credor ou pelo juiz de prazo ao devedor para correção das obras, eliminação dos defeitos ou substituição das coisas ou materiais inapropriados, com a condição de que tais reparações ou substituições possam ser consideradas como razoáveis em virtude da natureza do contrato, dos usos ou da boa-fé⁷⁴. Inspira-se esta norma no artigo 10 do § 11 da Lei alemã de

Condições Gerais de Contratação - *AGB-Gesetz* que prevê o termo de inefficácia da reparação, sob pena de nulidade. Desta maneira, por exemplo, as condições gerais do contrato de um concessionário de automóveis devem oferecer efetivamente a possibilidade de, em caso de vício da viatura vendida, demandar a resolução do contrato se a reparação falhar. Após duas reparações infrutíferas do mesmo vício, o cliente pode se opor a uma terceira invocando o seu direito à resolução e à restituição do preço pago, segundo a prática dos Tribunais.

Vigorosa previsão da boa-fé objetiva no Anteprojeto é aquela referente à exceção non adimpleri contractus, exceção de contrato não cumprido. Em um contrato bilateral, se uma das partes exigir da outra o cumprimento da prestação sem ter cumprido a sua, pode esta opor em sua defesa o não cumprimento pelo reclamante, deixando de prestar a sua enquanto o outro não o fizer. Trata-se, pois, de uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação, sendo esta exigibilidade deferida para o momento em que a prestação do reclamante for cumprida. Até esse momento, dá-se uma espécie de paralisação da exigibilidade da prestação reclamada.

Pelo art. 108, inciso I, se estabelece um reforçado limite ao direito do credor de suspender o cumprimento nos contratos bilaterais⁷⁵, no caso de acarretar consequências excessivamente onerosas para o devedor ou quando a inexecução seja de tal modo irrelevante que não justifique o uso da exceção.

Nessa segunda acepção o princípio da boa-fé objetiva atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa fé eximente ou absolutória), como causa de limitação ao exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida⁷⁶. É a chamada doutrina do adimplemento substancial, ainda que a resolução esteja prevista expressamente no contrato ou seja presumida pela lei, não será admitida, porque contrária à boa-fé, sempre que o adimplemento consistir em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspondentes⁷⁷.

9. Conclusão

É tempo de formularmos as conclusões mais importantes desse trabalho, em sínteses dos vários assuntos abordados, de modo que possam servir de base para o estudo dogmático do Código Europeu dos Contratos da Academia dos Jusprivatistas de Pavia:

- 1) o Anteprojeto expressa uma arrojada tentativa de unificação do direito privado europeu, fundando-se em propostas de regras legais normativas (não princípios) e tendo como base precípua a noção de boa-fé subjetiva;

2) constitui o Anteprojeto uma verdadeira teoria geral do contrato na qual se passa a pensar a relação obrigacional como uma totalidade vocacionada para o adimplemento e comportando, além do dever de prestar principal, deveres laterais de conduta de correção e lealdade no trânsito jurídico;

3) avulta nesse trabalho a consagração da boa-fé objetiva formulada como um dever global de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte;

4) do princípio da boa-fé objetiva deriva o reconhecimento de deveres secundários (não diretamente pactuados), independentes da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação e mesmo, em alguns casos, após o adimplemento desta;

5) são inseridos como deveres fundamentais dos contratos os deveres de proteção, de informação e de reserva ou segredo. Esses deveres laterais de conduta inferentes à boa-fé são deveres funcionalizados ao fim do contrato e, como tal, surgem e se superam no desenvolvimento da situação contratual como uma totalidade, autonomizando-se em relação ao dever de prestação principal para assegurarem o correto implemento do escopo do contrato. Assim, atuam até ao término do adimplemento do contrato e mesmo depois em certas circunstâncias (pós-eficazes), no interesse da correta consecução deste;

6) são propostas diversas soluções jurídicas inovadoras no Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos como a determinação do valor jurídico do silêncio nos contratos, a irrevogabilidade da oferta, a contratação decorrente de compromissos jurídicos concludentes, o regime jurídico das expressões implícitas e obscuras, a representação aparente, a atuação de boa-fé na pendência de condição suspensiva do contrato, a condição puramente potestativa, o regime de fixação de termo convencional de contratos de trato sucessivo, a base objetiva do negócio jurídico, a onerosidade excessiva, o adimplemento substancial dos contratos etc.;

7) a fundamentação dogmática da teoria dos contratos encontra-se, assim, na boa-fé objetiva. Da boa-fé resulta deverem as partes lealdade à convenção livremente celebrada. A lealdade em causa traduzir-se-ia, nomeadamente, na necessidade jurídica de, para além da realização formal da prestação, providenciar a efetiva obtenção e manutenção do escopo contratual. Essa manutenção do escopo contratual perdura, naturalmente, nas tratativas do contrato, em sua execução e, mesmo em algumas circunstâncias, para além da extinção do contrato em si;

8) a determinação se o implemento de uma determinada conduta constitui ou não um dever acessório do contrato é dada pela noção de base do negó-

Questão Quinze

cio jurídico. Existiria tal dever sempre que a atitude de uma das partes da relação contrariar, em infringência à boa-fé objetiva, a base objetiva do negócio;

9) a relevância jurídica do contato negocial entre as partes no novo modelo do Código Europeu dos Contratos implica uma intensificação da responsabilidade que irá se expressar num regime mais gravoso de responsabilidade por ofensas de integridade. Configura-se, então, nesse quadro especial desenhado pelo contrato, informado pela boa-fé objetiva, a violação dos deveres laterais de conduta como uma responsabilidade agravada, totalizante dos valores em jogo no contrato;

10) enfim, o Anteprojeto do Código Europeu dos Contratos constitui um documento extremamente relevante para o sonhado projeto de unificação do direito privado europeu e suas soluções jurídicas expressam contribuições de relevo para a evolução da teoria geral dos contratos.

10. Notas

- 1 O "Contract Code", realizado após mais de seis anos de consultas de McGregor junto da "Law Commission" inglesa e escocesa e integrado num programa de codificação adotado pela "Law Commission" como prioridade desde a sua criação em 1965 pelo Parlamento Britânico, acabou por não ter continuação e o seu autor termina por retirá-lo, quando, segundo o próprio, os redatores parlamentares lhe tinham modificado de tal modo a letra e o espírito, que este se tornara um desconhecido a seus olhos. O Código, para permitir o seu uso pelo grupo de Pavia, foi, assim, publicado pela primeira vez em 1993, numa coleção científica da Universidade de Pavia.
- 2 "§ 247 - O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego"
- 3 "L'idée de obligation a déjà été établie ailleurs (a) de la manière suivante. Elle consiste dans la domination sur une personne étrangère; non pas, cependant, sur la personne tout entière (car elle aurait pour résultat l'absorption de la personne même), mais sur des actes isolés, qu'il faut considérer comme une restriction à sa liberté et un assujettissement à notre volonté. Le développement de cette idée doit porter, en partie sur les personnes qui figurent dans l'obligation, en partie sur les actes auxquels l'obligation s'applique" SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Le Droit des Obligations*. T. I. Paris: Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1863, p. 16/17
- 4 "Dans toute obligation nous trouvons deux personnes placées dans un rapport d'inégalité l'une vis à vis de l'autre. D'un côté nous voyons la liberté personnelle étendue au-delà de ses limites naturelles, comme domination sur une personne étrangère; de l'autre côté, nous voyons la liberté naturelle restreinte, comme un état d'assujettissement et de contrainte (b). Nous pouvons envisager ces états opposés des personnes, parties dans l'obligation, comme deux activités distinctes, dont

A boa-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos

l'une consiste dans la prestation du débiteur et l'autre dans la contrepartie (l'action) que peut employer le créancier. Cependant dans cette conception, c'est l'activité du débiteur qui doit être considérée comme le point capital, comme l'essence propre de l'obligation, et celle du créancier comme l'accessoire. Car dans l'obligation comme dans tout rapport de droit en général, l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaire du droit, tandis que la lutte contre une réticence injurie (la rétention, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état abnormal (c). C'est ainsi que le caractère essentiel de la propriété consiste avant tout dans la domination illimitée et exclusive de la personne sur la chose, et c'est un simple accident, lorsque cette domination se manifeste sous la forme de la retenue d'un créancier exercée contre un usurpateur" SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Le Droit des Obligations*. T. I. op. cit. 3, p. 17/18

5 Os juristas clássicos têm muito clara a idéia de que o simples acordo das partes, a *consentio*, não é suficiente para que surja o contrato e, por conseguinte, o vínculo obrigatório; junto com o acordo deve existir a causa, quer dizer, é preciso que a vontade acordada das partes se ordene ao ato de troca, ao qual se vinculam determinados efeitos jurídicos e consequências concretas. Assim, a noção romana de *contractus* não guarda relação com a idéia moderna. Com o termo *contractus*, os juristas clássicos designam não uma situação subjetiva plurímina fundada na vontade e na liberdade de estipulação, mas sim uma realidade objetiva na qual as manifestações de vontade de dois ou mais sujeitos que tendem a um mesmo fim devem amoldar-se a um escalo fixado de forma taxativa pelo *ius civile* encaminhado a constituir entre os manifestantes uma relação de *obligatio*.

Muito pelo contrário, concebendo a realidade do direito como estando *in re*, os romanos descrevem tal natureza, ou seja, o regime do *negotium*: este dependerá de cada tipo de negócio. No *mutuum*, empréstimo entre vizinhos ou amigos, deve-se restituir o mútuo excluindo o recebimento de qualquer interesse. A convenção não tem neste nenhum papel: não pode modificá-lo. É simplesmente a justi-

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Professor do Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito Civil pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Quaestio. Paris

Sil hou-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos

ça objetiva, dita comutativa, que o estabelece assim em razão da natureza do contrato. Mesmo

nos contratos "consensuais" o efeito do contrato é função da natureza de cada negócio: se o vendedor deve dar garantias contra os vícios da coisa vendida não é por que as partes assim o tenham previsto, nem porque assim convenzionaram. É o justo equilíbrio nas prestações reciprocas que o impõe, aquilo que o jurista romano persegue.

6 "L'obligation, ou droit personnel, est un rapport juridique qui assigne, à une ou à plusieurs personnes, la position de débiteurs, vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres, qui jouent le rôle de créanciers et envers lesquelles elles sont tenues à une prestation positive (obligation de donner ou de faire) ou négative (obligation de ne pas faire); envisagé du côté du créancier, l'obligation est une créance; considérée du côté du débiteur, elle est une dette.

Parfois, l'obligation est envisagée uniquement sous ce second aspect; on dira, en ce sens, que telle personne est tenu de telles obligations envers telle autre". JOSSEURAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3. ed., 2º v., Paris, Sirey, 1938, P. 2.

7 "La qualificación que nous donnons aux actes, d'actes isolés, ne doit pas être entendue en ce sens littéral que, dans tous les cas, chaque obligation doit nécessairement se restreindre à un acte unique, tout au contraire, l'obligation peut porter sur plusieurs actes isolés, voire même sur un ensemble d'actes tels qu'ils représentent une activité continue et collective. Encore doivent-ils toujours, dans leur rapport avec le cercle de la liberté complète du débiteur, apparaître comme un minimum; car, c'est cette situation seule qui nous amène à concevoir l'assujettissement résultant de l'obligation, sans que la personnalité même du débiteur soit absorbée. Or cette nature des actes susceptibles de faire l'objet de l'obligation peut être établie par deux sortes de caractères, souvent liées l'une à l'autre: d'abord par leur échéances; car, en fait, la plupart des obligations portent sur des actes complètement isolés et transitoires, par exemple, celles de payer une somme d'argent; ensuite par leur durée, car le plus souvent l'accomplissement de l'obligation entraîne son extinction instantanée,

ne saurait avoir pour but final d'assujettir la personne, mais seulement d'assurer l'exécution en provoquant son activité. Et même dans le cas plus rare où l'obligation s'applique à des actes continués d'une durée indéterminée, comme dans le mandat et la société, on a pris soin, en établissant la faculté de renonciation, de maintenir l'idée

naturelle que nous nous sommes faite des actes obligatoires". SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Le Droit des Obligations*. T. 1. op. cit. 3, p. 18/19

8 "Quando todo o povo estauia algo para todo o povo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça entâo uma relação, será entre todo o objecto sob um certo ponto de vista e todo o objecto sob um outro ponto de vista, sem qualquer dividido que a Lei considera os sujeitos como corpo e asções como abstratas, e jamais um homem como indivíduo ou uma ação particular. (...) Baseando-se nessa idéia, vê-se logo que não se deve mais perguntar a quem cabe fazer as leis,

Pois são atos da vontade geral, nem se o princípio está acima das leis, visto que é membro do Estado, ou se a Lei poderá ser injusta, podendo ser feita, nem um direito mais tem. (...) Que nos guém é injusto consigo mesmo, ou como se pode ser livre e estar sujeito às leis, desde que estas não passam de registros de nossas vontades". ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo : Abril Cultural, 1973, p. 60-61.

9 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del Derecho romano actual*. Tomo II. Madrid : F. Góngora Editores, 1879, p. 354.

10 "Les actes obligatoires ont en outre été indiqués comme restreignant la liberté propre de l'une des parties. Examiné à ce point de vue, l'essence des obligations nous apparaît comme la transformation d'actes qui, jusque-là, devaient être considérés comme des événements nécessaires et certains. Même le but définitif de l'obligation est de placer le créancier dans une position telle qu'il puisse compter avec certitude sur l'arrivée de ces événements". SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Le Droit des Obligations*. T. 1. op. cit. 3, p. 21

11 SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica evisão de futuro. FRADERA, Vera Maria Jacob de. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

12 "Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dat, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por acto nosso ou de alguém connosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omisso. É uma definição, que deve a sua extensão à necessidade de atender a todos os elementos essenciais, que entram no conceito de obrigação. (...) É uma relação transitoria de direito, porque o devedor, cumpriindo a obrigação, della se liberta; o credor, recebendo o que lhe é devido, seja por pagamento espontâneo, seja por execução forçada, nenhum direito mais tem. (...) Que nos constrange". A obrigação é uma limitação à liberdade; é um direito contra uma pessoa. (...) A dar, fazer ou não fazer. Quaesquer que sejam as espécies e modalidades de obrigações, consistem elas sempre numa actuação sobre a vontade do devedor, ou abstênciam de praticar". BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado. 8 ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950, p. 67

13 GANDOLFI, Giuseppe. *Il progetto "pan-europeo" di un codice europeo dei contratti*, in: *Revista de direito civil*, 2001, I, pp. 455-473

14 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. op. cit. P. 156

15 Art. 1. 1. *Le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie.*

16 Art. 1. 2. *Sauf ce qui est prévu dans les dispositions qui suivent, l'accord se forme aussi à travers des actes concourants actifs ou omissois pouvant qu'il soit conforme à une volonté précédemment exprimée, ou aux usages ou à la bonne foi.*

17 LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Madrid : Revista del Derecho Privado, 1978, p. 490

18 MOZOS, José Luis de los. *La buena fe en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de Academia de París. In CORDOBA, Marcos*

: La Ley, 2004, p. 260

19 NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justica contratual. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 157

20 O silêncio pode ser manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. É preciso que algo exista que permita tirar-se do calar o que se manifestou querer, conhecer ou sentir. Calar, só, não basta. É preciso ser conclu-

tinente, isto é, que a pessoa que cala tenha o dever de manifestar e se haja de ter o silêncio como uma das manifestações possíveis. *Qui facit quum loqui potuit et debuit consentire videtur. A manifestação pelo silêncio de modo nenhum se confunde com o silêncio, que apenas estabelece pre-*

sumção de vontade, conhecimento, ou sentimento, ou apenas serve de indicio. Quando se fala de silêncio manifestação de vontade, con-

cimento ou sentimento, é de silêncio concludente que se cogita. As fontes romanas não se referem à discordância pelo silêncio. MIRAN-

*DA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Bens. Rio de Janeiro : Editor BoaS, 1954, § 222, 2.*

21 LOPEZ, Miguel Maria de Sepea. *O silêncio como manifestação de vontade*, Rio de Janeiro : A. Coelho Branco Filho Editor, 1935, p. 162

22 ENNECERUS, Ludwig e NIPPERDEY, Hans Karl. *Tratado de Derecho Civil*, T. I, vol. II, 1ª parte, Barcelona, Bosch Editorial, 1981, p. 177

23 Deste modo, por exemplo no direito brasileiro, dentro dos usos gerais do comércio, a omisso torna-se relevante pelo fato de se ter constantemente entre comerciantes seguido a prática de considerar um fornecimento aceito na falta de devolução, num certo prazo, das

Quaestio Quis.

A base-fé objetiva no anteprojeto do código europeu de contratos

mercadorias enviadas. Não ressalvando o des-
tinatário o defeito das mesmas no prazo com-
binado, entende-se que aquiesceu e considera-
se suprido o aceite: "Ementa. Ação cautelar de
suspeção de protesto e ação declaratória de nuli-
dade de títulos de crédito. Prova da entrega das
mercadorias. Suprimento do aceite."

Comprovando o réu a entrega das mercadorias
e não ressalvando o autor qualquer defeito nas
mesmas, ou referivado a sua devolução, consi-
dera-se suprido o aceite, legitimando o vende-
dor ao protesto das cárulas e posterior execu-
ção. Apelação improvida". (TJRS, 17ª C.C., Apelação Cível nº 70001176346, Rel. Des. Elaine Hartzheim Macedo, Data do Julgamento 08.08.00)

24 Article 2. Autonomie contractuelle. 1. Les par-
ties peuvent librement déterminer le contenu du
contrat, dans les limites imposées par les règles
impératives; les bonnes mœurs et l'ordre public,
comme elles sont fixées dans le présent Code, dans
le droit communautaire ou dans les lois nationa-
les des Etats membres de l'Union européenne, pour-
vu que par là même les parties ne poursuivent pas
uniquement le but de nuire à autrui.

25 Ley de regulación de las condiciones generales
de la contratación - AGB-Gesetz. Artículo 21.
Efectos de la sentencia. Si el prestatigente con-
denado infringe la orden de cesación, la cláusula
de las condiciones generales de la contratación será
considerada ineficaz en tanto la otra parte invoca
que el efecto de la sentencia relativa a la cesación.

Sin embargo, no podrá invocar el efecto de la sen-
tencia relativa a la cesación cuando el prestatigente
nunca condonado pueda ejercer el recurso contra
la sentencia previsto en el artículo 19.

26 Art. 6º 1. Chacune des parties est libre d'en-
treprendre des tractations en vue de conclure
un contrat sans qu'on puisse lui imputer la
moindre responsabilité au cas où le contrat n'est
pas stipulé, sauf si son comportement est con-
traire à la bonne foi.

2. Agir à l'encontre de la bonne foi la par-
tie qui entreprend ou poursuit les tractations
sans l'intention de parvenir à la conclusion du
contrat.

27 Por exemplo, no direito brasileiro: TJRS.
16ª Câmara Cível. Apelação nº 598209179.
Apelante: Eunice Dias Casagrande. Apelada:
Acemil Empreendimentos Imobiliários Ltda.
Decisão unânime. DJ 19 de agosto de 1998.

"RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRA-
TUAL OU CULPA IN CONTRAHENDO.
Tendo havido tratativas sérias referentes à loca-
ção de imóvel, rompidas pela requerida sem jus-
tificativa e sem observância dos deveres anexos
decorrentes do princípio da boa-fé objetiva,
cabe indenização. Lições doutrinárias. Apelo
providio em parte. Na hipótese, incide o prin-
cípio da boa-fé objetiva, atuando como norma
de conduta entre os contraentes. Desse princi-
pio, decorrem os chamados deveres anexos ou
secundários ou acessórios, como são os de cui-
dado, de informação ou aviso, e de cooperação.

Efectivamente, ocorreram sérias tratativas rela-
tivamente ao contrato de locação à época em
que a apelada detinha poderes para administrar
os imóveis e o contrato chegou a ser elaborado,
mas não foi devidamente efetuado, que
ficasse evidenciada a razão da desistência da
locação, não tendo a apelada se comportado
com o respeito em relação à apelante, cuidado
esse que deve paular todas as relações negociais,
entendeu o colegiado ser cabível a indenização
por danos morais em face da frustração e incô-
modos causados.

28 Art. 6º 4. Dans les cas prévus aux alinéas
précédents, la partie qui a agi à l'encontre de la
bonne foi est tenue de réparer le dommage subi
par l'autre partie au maximum dans la mesure
des frais engagés par cette dernière au cours des
tractations en vue de la stipulation du contrat,
ainsi que de la perte d'occasions similaires cause
par les tractations pendantes.

29 PEREIRA, Régis Fichtner. A responsabi-
lidade civil pré-contratual: teoria geral e respon-
sabilidade pela ruptura das negociações contra-
tuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.
384/385

qui permet à l'autre de se rendre compre de la vali-
dité du contrat et de l'intérêt à le concourir.

31 FABIAN, Christoph. O dever de informar
no direito civil. São Paulo : Revista dos
Tribunais, 2002, p. 114.

32 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *UIT/*
155/197-205).

33 Art. 7º 2. En cas d'omission d'information
ou de déclaration fausse ou réticente, si le con-
trat n'a pas été conclu ou s'il est frappé de nul-
lité, celle des parties qui a agi à l'encontre de la
bonne foi est tenue pour responsable devant
l'autre dans la mesure prévue à l'alinea 4 de l'ar-
ticle 6. Si le contrat a été conclu, elle est tenue
à restituer la somme ou à verser l'indemnité que
le juge estime conformes à l'équité, sauf le droit
de l'autre partie d'attaquer le contrat pour erreur.

34 POPP, Cadyle. Responsabilidade civil/pre-
negocial: o rompimento das trattativas. Curitiba
: Juruá, 2001, p. 207

35 Uso Indevido de Informação Privilegiada

Art. 27-D. Utilizar informação relevante
ainda não divulgada ao mercado, de que tenha
conhecimento e de que deva manter sigilo,

capaz de propiciar, para si ou para outrem, van-
tagem indevida, mediante negociação, em nome
próprio ou de terceiro, com valores mobilia-
rios:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos,

e multa de até 3 (três) vezes o montante da van-
tagem ilícita obtida em decorrência do crime.

36 Article 16. Acepção

1. L'acceptation est constituée par une
déclaration ou par un comportement qui exprime
clairement la volonté de conclure le con-
trat de manière conforme à l'offre.

2. L'acceptation produit des effets à partir
du moment où l'auteur de l'offre en prend con-
naissance.

3. Le silence et l'inertie valent acceptation
seulement si: a) cela a été prévu par les parties,
ou cela peut être deduzido de l'existence de rap-
ports intervenus entre elles, des circonstances

ou de la coutume; b) l'offre tend à conclure un
contrat dont découlent des obligations uni-
quement pour son auteur.

4. Dans le cas prévu à la lettre b) de l'al-
lina précédente, le destinataire peut refuser l'of-
fre dans le délai exigé par la nature de l'affaire
ou par la coutume. À défaut d'un tel refus, le
contrat est conclu.

37 DEMOGUE, René. *Traité des Obligations*
en Général, t. I. Paris : Librairie Arthur
Rousseau, 1923, p. 299

38 SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del*
Derecho Romano Actual. T. II. Madrid: F.

Góngora Y Compañía Editores, 1879, p. 314

39 RAO, Vicente. *Ata Jurídico*, 3 ed. São Paulo
: Revista dos Tribunais, 1994, p. 120

40 Assim também na jurisprudência brasilei-
ra: A manifestação de vontade não poderá ser
concebida como configurada se os princípios
interessados à matéria exigirem uma declaração
expressa. Como bem definiu a 1ª Turma do

STJ: "Administrativo. Silêncio da
Administração. Prazo Preexistencial A teoria do
silêncio eloquente é incompatível com o impe-
rativo de motivação dos atos administrativos.

Somente a manifestação expressa da
Administração pode marcar o início do prazo
preexistencial" (STJ, 1ª T., Resp. 16.284/PR,
Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ,
v. 32, p. 416)

41 Art. 17. Une offre est irrévocabile dès lors
que son auteur s'est obligé expressément à la
maintenir ferme pour un certain laps de temps,
ou si, sur la base de précédents rapports inter-
venus entre les parties, des tractations, du con-
tenu des clauses ou de la coutume, on peut ra-
sonnablement la réputer telle. Sauf ce qui est
prévu à l'article 14, alinéa 1, la déclaration de la
révocation d'une offre irrévocabile est sans effet.

42 Art. 20 - Actes unilatéraux

le ils sont destinés et, même si leur émetteur les déclare irrévocables, ils peuvent être retirés jusqu'à ce moment.

43 Art. 23. 1. La promesse adressée au public, prévue à l'article 13 alinéa 2, lie celui qui la fait des qu'elle est rendue publique et s'éteint à l'expiration du délai qui y est indiqué ou que l'on peut déduire de sa nature ou de son but, ou à compter d'un an après son émission si la situation qu'elle prévoit n'est pas survenue.

44 Art. 24. Actes concluants - Sauf ce qui est prévu dans les dispositions précédentes, le contrat est conclu par l'intermédiaire de comportements conclusifs quand toutes les conditions du contrat à stipuler résultent de ces comportements, compte tenu également d'accords et de rapports précédents, de l'éventuel émission de catalogues de prix, d'offres au public, de règles législatives, de dispositions réglementaires et de coutumes.

45 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsos, 1954, § 36, 4.

46 Art. 24 - Actes conclusifs - Sauf ce qui est prévu dans les dispositions précédentes, le contrat est conclu par l'intermédiaire de comportements conclusifs quand toutes les conditions du contrat à stipuler résultent de ces comportements, compte tenu également d'accords et de rapports précédents, de l'éventuelle émission de catalogues de prix, d'offres au public, de règles législatives, de dispositions réglementaires et de coutumes.

47 D'AMÉLIO, Mariano. *Aparencia del díctito. In: Novissimo Digesto Italiano - Volume I*. Turin: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, p. 714.

48 Art. 30. 3. Est rescindable, comme il est prévu à l'article 156, tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique ou moral de l'autre partie, fait prouver à elle-même ou à des tiers

niaux manifestement disproportionnées par rapport à la contrepartie qu'elle a fournie ou promise.

49 BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 165/167

50 Art. 156. 6. Le contrat rescindable n'est pas sujet à confirmation, mais la rescission n'admet pas si son contenu est reporté à l'équité sur la base de l'accord des parties ou, sur l'instance de l'une d'entre elles, par une décision de justice.

51 Art. 30. 4. Dans les conditions générales du contrat, prévues à l'article 33, sont sans effet celles ne sont pas expressément approuvées par écrit, les clauses qui établissent en faveur de celui qui les a préparées des limitations de responsabilité, la faculté de se désister du contrat ou d'en suspendre l'exécution, ou qui prévoient à la charge de l'autre contractant des déchéances, des limitations à la liberté contractuelle dans les rapports avec les tiers, la prorogation ou le renouvellement tacite du contrat, des clauses compromissoires ou des dérogations à la compétence de l'autorité judiciaire.

52 Art. 30. 5. Dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, hormis les règles communautaires, sont sans effet les clauses qui n'ont pas été objets d'une tractation, si elles créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat, même si le professionnel est de bonne foi.

53 Art. 31. 2. Si la détermination du contenu du contrat est déférée à l'une des parties contractantes ou à un tiers, il faut considérer, dans le doute, qu'elle doit être effectuée sur la base d'une appréciation équitable.

54 O princípio da boa-fé regula não apenas a interpretação das cláusulas do contrato referida anteriormente, mas ainda o reconhecimento desses deveres secundários (não diretos pactuados) derivados diretamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obri-

gação e mesmo, em alguns casos, após o adimplemento desta. São deveres que excedem o dever de prestação. Assim são os laterais de escrivimento (informações sobre o uso do bem alienado, capacitações e limites), de proteção (evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir o cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as transações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização dos fins plenos visados pela outra parte) etc.

Esses deveres laterais de conduta, como acima considerados, podem ser definidos como deveres que, não interessando à obrigação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obigacional em que a prestação se integra. São usualmente divididos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade.

55 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1956, p. 170

56 LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico Conselheiro Ferreira Ribeiro, Revista nº 95/98 - 1ª Secção, no Boletim nº 26, de 1998, (fonte: <http://www.cidadevirtual.pt/sj/>)

57 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Conselheiro Ferreira Ribeiro, Revista nº 95/98 - 1ª Secção, no Boletim nº 26, de 1998, (fonte: <http://www.cidadevirtual.pt/sj/>)

"Presunções judiciais. Provas. Abuso de direito.

I - A relação, no uso da sua competência, pode retrair ilações de factos que lhe são submetidos lançando mão das presunções a que se refere o art. 34º do Código Civil.

II - O verite contra factum proprium traduz uma responsabilidade pela confiança e não uma responsabilidade pelo incumprimento, ou

60 Art. 75. 1. Cada uma das partes terá de executar exactamente e integralmente todas as obrigações derivadas do contrato que lhe são assignadas, sans que soit nécessaire une requête de la part de l'ayant droit. En exécutant les prestations dues, le débiteur doit se comporter conformément à ce qui a été convenu par les parties, à la bonne foi et à la diligence qui est exigée dans chaque cas spécifique, sur la base des accords, des circonstances et de la pratique courante.

61 Article 44 - Facteurs extraconsensuels - Les effets du contrat dérivent non seulement des conventions intervenues entre les parties mais aussi des dispositions de ce Code ainsi que des usages, de la bonne foi et de l'équité.

III - Comprovando-se das instâncias que, por força do título constitutivo de propriedade,

Quæstio Quies

A loco-fé objeção no anteprojeto do código europeu de contratos

62 Assim também o Código Civil espanhol: "Art. 1.284 Si alguna cláusula de los contratos admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

63 Assim também o Código Civil espanhol: "Art. 1.286. Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

64 POTHIER, R-J. *Tratado das obrigações per-saques e reciprocas*. Tomo I. Rio de Janeiro : H. Garnier Editor, 1906, p. 62.

65 Article 41. Expressões obscures

Lorsque, nonobstant l'application des règles contenues dans les articles précédents, le contrat demeure obscur, il doit être interprété, s'il est à titre gratuit, dans le sens le moins sévère pour l'obligé et, s'il est à titre onéreux, dans le sens qui réalise un ajustement équitable des intérêts des parties.

66 Article 57. Début et cessation des effets en l'absence de termes conventionnels

2. Si dans les contrats à exécution continue ou périodique les parties n'ont pas fixé de terme final, chacune d'entre elles peut mettre terme au contrat à travers une communication adressée à l'autre partie en donnant un préavis qui soit conforme à la nature du contrat ou à la courtoisie, ou à la bonne foi.

67 Article 57 - Début et cessation des effets en l'absence de termes conventionnels - 1. Si les parties ne sont pas convenues d'un terme initial, le contrat prend effet au moment de sa conclusion, sauf s'il y a lieu d'enférer des circonstances ou des us et coutumes l'existence d'un terme initial différent.

2. Si dans les contrats à exécution continue ou périodique les parties n'ont pas fixé de terme final, chacune d'entre elles peut mettre terme au contrat à travers une communication adressée à l'autre partie en donnant un préavis qui soit conforme à la nature du contrat ou à la courtoisie, ou à la bonne foi.

qu'un sujet n'a pas le pouvoir d'agir au nom et dans l'intérêt d'un autre, mais que celui-ci agit de manière à induire le tiers à contracter en lui laissant raisonnablement croire que celui-là a un tel pouvoir, le contrat est conclu entre le représentant apparent et l'autre partie contractante.

69 D'AMELIO, Mariano. *Apparencia del diritto*. Torino: Vnione Tipografico-Editione Torinese, 1958, p. 714

70 FAZZEA, Angelo. *Apparenza*. In: Encyclopædia Del Diritto. v. II. Milano: Giuffrè, 1958, p. 685

71 RÁO, Vicente. Ato jurídico. São Paulo: Max Limonad, 1965, p. 243

72 TASP - Ac. do 1º Gr. de Câms. de 9.11.79 - E. Inf. 254.058 - rel Juiz Raphael Gentil.

73 Article 68. Contrat avec soi-même et conflit d'intérêts

1. Est susceptible d'être annulé le contrat que le représentant condut avec soi-même, soit pour son propre compte, soit comme représentant d'une autre partie contractante, à moins que le représentant ne l'y ait expressément autorisé ou que le contenu du contrat soit déterminé de manière à exclure toute possibilité de conflit d'intérêts.

74 Art. 94. 1. L'obligation de faire est à considérer comme inexécutable si l'œuvre n'a pas été achevée avant le terme prévu par le contrat, ou qu'elle a été exécutée partiellement, ou de manière défectueuse, ou à l'aide de choses ou de matériaux inappropriés, à moins que, dans les cas mentionnés, et sous réserve de dommages-intérêts, le créancier ou le juge octroie au débiteur un délai pour l'achèvement des œuvres, ou pour l'élimination des défauts, ou pour les réparations des dommages occasionnés, ou pour le remplacement des choses ou des matériaux inappropriés qui ont été employés, à condition que de telles réparations et substitutions puissent être considérées comme raisonnables en vertu du contrat, de l'usage, ou de la bonne foi.

pendre l'exécution dans les contrats synallagmatiques

1. Dans les contrats synallagmatiques, si l'une des parties n'exécute pas ou n'offre pas d'exécuter son obligation, quelle que soit la gravité de l'inexécution, le créancier a la faculté de suspendre la prestation, par lui due simultanément ou successivement, à moins qu'un tel refus de sa part soit contraire à la bonne foi.

2. On considère comme contraire à la bonne foi le refus:

- qui entraîne pour l'autre partie des conséquences excessivement onéreuses;
- qui entraîne l'extinction de l'obligation du créancier, dès lors que l'inexécution déjà avérée est de faible entité;
- qui porte préjudice à un droit fondamental de la personne.

75 Article 108 - Droit du créancier de suspen-

der l'obligation de faire

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAZZEA, Angelo. *Apparenza*. In: Encyclopædia Del Diritto. v. II. Milano: Giuffrè, 1958.

GANDOLFI, Giuseppe. *Il progetto spagnolo di un codice europeo dei contratti*, in: *Revista de direito civil*, 2001, I.

JOSSERAND, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3^a ed., 20 v., Paris: Sirey, 1938.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

77 BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro

e em Perspectiva Comparativista. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.9, n.º 1, nov.

Editora, p. 70

77 BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro

e em Perspectiva Comparativista. op. cit. p. 63

D'AMELIO, Mariano. *Apparencia del diritto*. In: *Novissimo Digesto Italiano - Volume I*. - Torino: Vnione Tipografico-Editione Torinese, 1958

DEMogue, René. *Traité des Obligations en Général*. t. I. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

ENNECERUS, Ludwig e NIPPERDEY, Hans Karl. *Tratado de Derecho Civil*. T. I. vol. II, 1^a parte, Barcelona, Bosch Editorial, 1981.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAZZEA, Angelo. *Apparenza*. In: Encyclopædia Del Diritto. v. II. Milano: Giuffrè, 1958.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de Tratado de Direito Privado. Tomo I. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro : Editor Borsig, 1954.

LOPES, Miguel Maria da Silva. O silêncio como manifestação de vontade. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1935.

II. *Referências Bibliográficas*

BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.9, n.º 1, nov. de 1993. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora.

LOPES, Miguel Maria da Silva. O silêncio como manifestação de vontade. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1935.

II. *Teoria geral da lesão nos contratos*

BEVILAQUA, Clorís. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 8^a Edição, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950

MOZOOS, José Luiz de los. *La buena fe en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de Academia de Pavia*. In:

CORDOBA, Marcos M. (Director)
Treatado de la buena fe en el derecho. Tomo II. Doctrina Estranjera. Buenos Aires : La Ley, 2004.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo : Saraiva, 1994.

PEREIRA, Régis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e respostas e recíprocas. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba : Juruá, 2001.

POTHIER, R.-J. Tratado das obrigações pessoais e reciprocas. Tomo I. Rio de Janeiro : H. Garnier Editor, 1906.

RÃO, Vicente. Ato Jurídico. 3^a ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo : Abril Cultural, 1973.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Le Droit des Obligations*. T. 1. Paris : Auguste Durand Librairie Éditeur, 1863.

_____. *Sistema del Derecho Romano Actual*. T. II. Madrid : F. Góngora Y Compañía Editores, 1879.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica evisão de futuro. FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.