

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 153

janeiro/março – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A proteção da confiança nas relações obrigacionais

José Gustavo Souza Miranda

Sumário

Introdução. 1. O fundamento do dever de indenizar. 1.1. O dever de indenizar com fundamento na culpa e outras teorias. 1.1.1. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. 1.2. O dever de indenizar e o fundamento da quebra da confiança. 2. Manifestações da teoria da confiança nas obrigações. 2.1. *Venire contra factum proprium*. 2.2. *Culpa in contrahendo*. 2.3. *Suppressio e surrectio*. 2.4. *Exceptio doli*. Conclusão.

Introdução

É cada vez mais freqüente, no Direito brasileiro, que livros, artigos ou mesmo decisões judiciais façam menção ao princípio da boa-fé e ao princípio da confiança. Esse fato desperta-nos o desejo de aclarar o sentido e a real potencialidade de tais princípios no âmbito das obrigações. Tem crescido o número de juristas que escrevem a respeito do princípio da boa-fé, mas poucos autores, em nosso país, dedicam-se a dar um enfoque mais direto ao princípio da confiança. É com o intento de trazer uma singela contribuição, ainda que reconhecendo a dificuldade do tema, que nos propomos a estudar “A Proteção da Confiança nas Relações Obrigacionais”.

A importância da confiança para o mundo jurídico remonta ao direito romano, ou mesmo antes. Em Roma, a *fides* era reconhecida como elemento indissociável de alguns institutos. Todavia, a teorização do fenômeno jurídico é recente. Segundo Menezes Cor-

deiro, foi só no final do século retrasado que o princípio da confiança começou a ser estudado (1984, p. 1235). Inicialmente, Eugen Huber dedica-se a estudar o instituto do direito germânico conhecido como *Gewere*¹. Os estudos iniciais dirigiam-se mais à questão da aparência gerada por um ato praticado perante a coletividade e às conseqüências jurídicas desse fato, uma espécie de “posse de direitos”.

Da posse de direitos, cuja romanização é atribuída a Finzi (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1235), até a formatação atual da teoria, passou-se por diversos estágios. Entre as muitas e mais variadas posições sobre o tema, devemos destacar as concepções de Moritz Wellspacher, Hermann Eichler e Niklas Luhmann.

Para Wellspacher, tem relevância o “fato externo”. Se esse fato externo constitui a forma de manifestação de um determinado direito, relação ou momento juridicamente relevante, seja em função da lei ou dos usos e costumes do tráfico, é cabível a proteção àquele que pautou sua conduta com base (com confiança) nesse fato externo (Apud MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1236).

Aliás, um assunto que tem relação com o presente estudo é a discussão em torno da forma como deve-se dar a interpretação da vontade: o que vincula uma determinada pessoa é o que ela quer interiormente ou é aquilo que as pessoas concluem ser a sua vontade a partir da conduta exercida por essa mesma pessoa? Para responder a tal questionamento, precisamos lembrar, ainda que sucintamente, os pontos principais da “teoria da vontade” e da “teoria da declaração”.

Teoria da vontade (real) – Para Savigny, os efeitos jurídicos da vontade são relativos ao “querer individual”, enquanto a declaração é mero revelador dessa vontade. Logo, diante do erro, viciado está o negócio, pois a vontade real não existiu. O grande dilema em relação a essa teoria é que, muitas vezes, a declaração aparenta uma situação normal, fazendo com que as demais pessoas reajam

de acordo com essa exteriorização, ficando, por conseqüência, vulneráveis (RODRIGUES, 1959, p. 21-22, 45). Protege-se o declarante, a despeito de eventuais prejuízos causados aos destinatários da declaração.

Teoria da declaração – Reagindo contra a teoria da vontade, surge a tese de que a relevância jurídica está na declaração e não na vontade, no querer interior. É a teoria da declaração, que visa proteger o destinatário. A declaração separa-se da vontade do declarante e produz, por si só, efeitos jurídicos. É possível fazer-se analogia com o que ocorre em relação à lei, após sua publicação: a lei desprende-se da vontade do legislador, produzindo efeitos de forma independente (Idem, *ibidem*, p. 22-23).

A Teoria da Confiança não se encaixa perfeitamente no esquema da teoria da declaração, embora dela muito se aproxime. Cláudia L. Marques aponta a Teoria da Confiança (*Vertrauenstheorie*) como um abrandamento da Teoria da Declaração, no sentido de se dar maior valor à vontade declarada do que à vontade interna, tendo em vista a segurança das relações contratuais e os efeitos do contrato na sociedade (1992, p. 52, 63). O ponto a destacar, que é de vital importância, é o aspecto da proteção que o Direito reconhece à “confiança”. Não se trata de proteger o destinatário, mas sim a segurança do tráfico. Aliás, ambas as teorias acima citadas preocupam-se em dar proteção ao indivíduo, seja o declarante, seja o destinatário da declaração. A teoria da confiança visa a proteção de interesses de transcendem o indivíduo e por isso temos de ter cuidado ao compará-la com a teoria da declaração (p. 63). Esse ponto será abordado novamente em outras partes do presente estudo, mas, desde já, devemos ressaltar tal aspecto particular da teoria da confiança para evitar confusões.

Outro ponto que a faz diferente da teoria da declaração é que não se exclui por completo a vontade do indivíduo. Há lugar para valoração dessa vontade. Somente quando existem conflitos entre vontade real e decla-

ração, e desde que a proteção à vontade real venha a afetar a segurança do tráfico, é que predomina a declaração (MIRANDA, 1983, p. 29). Em outras palavras, ao lado da autonomia da vontade, existe o princípio da confiança como gerador de obrigações (p. 29). Essa é a opinião de Verena N. Becker, uma das primeiras juristas gaúchas a tratar de tais temas:

“Assim, enquanto em muitas hipóteses alguém se obriga porque quis obrigar-se, manifestando expressa ou tacitamente esta vontade negocial, em outras, pode alguém obrigar-se porque se conduziu de forma tal que outrem desta conduta depreendeu uma vontade negocial e nela confiou. Na primeira hipótese vontade negocial existe, e o fundamento da vinculação é o princípio da autonomia da vontade; na segunda, vontade negocial de fato não pode existir, mas um vínculo jurídico se estabelece baseado no princípio da proteção à confiança. (Decisiva não é a vontade interior do agente, mas sim, de como sua conduta é valorizada pelos usos e costumes e concepções dominantes do tráfico)” (1973/1974, p. 32).

Na concepção de Eichler, que não discrepa da noção de Wellspacher, há uma aproximação entre a confiança e a lealdade contratual. Assim, a confiança estaria incluída na regra universal da boa-fé, concluindo-se que desde a fase pré-negocial é imprescindível o respeito às situações de confiança criadas; situações essas que são consideradas objetivamente, cotejando-as com aquilo que é costumeiro no tráfico. Importante notar que Eichler, embora faça uma aproximação entre confiança e boa-fé (como preceito ético), não deixa dúvidas ao afirmar que essas raízes éticas não remetem o exame da confiança para o foro íntimo. A análise é objetiva, com base nos usos e costumes do tráfico (Cf. ME-NEZES CORDEIRO, 1984, p. 1240-1241).

Luhmann apresenta uma visão mais sociológica do tema, dissertando sobre a im-

portância da confiança para o relacionamento entre os indivíduos. Segundo ele, é normal que o agir de determinada pessoa venha a gerar esperança em outras, pois há uma tendência ao surgimento de efeitos jurídicos favoráveis; contudo, não se pode confundir a esperança com a confiança. Essa última constitui, para o indivíduo, a base de um comportamento. É a partir desse comportamento que foi gerado em função da confiança na conduta alheia, somado à quebra dessa mesma confiança, que surge o dano. Acrescenta ainda que, para a coletividade, a quebra da confiança é extremamente prejudicial, pois, pela contrariedade aos usos e costumes, fere-se o convívio social e não apenas o interesse do indivíduo (ME-NEZES, 1984, p. 1242).

A tese de Luhmann, especialmente o aspecto do “prejuízo social”, é valiosa para que se entenda o papel da teoria da confiança no direito das obrigações. Se a proteção da confiança dirige-se, mediatamente, à segurança do tráfico, ela transcende a interesses individuais. A preponderância da segurança do tráfico em relação à segurança do indivíduo é expressão da escolha pela circulação de riquezas contra a sua “conservação estática” (Idem, *ibidem*, p. 1247), que se manifesta tanto na legislação, quanto na jurisprudência.

É importante que tenhamos em mente esse aspecto, pois hoje discute-se muito a relação entre “público” e “privado”, o relacionamento entre as duas áreas e a linha divisória entre uma e outra. Se nos dispomos a discutir questões relativas ao Direito das Obrigações, tendo como base a idéia de separação absoluta entre o público e o privado, nunca conseguiremos compreender, por completo, as transformações que se estão processando nessa área do Direito.

Alguns princípios, entre os quais estão a boa-fé objetiva e o princípio da confiança, atuam não apenas em relação a interesses privados, mas também (e principalmente) na consideração do interesse público. Daí a importância de se entender com clareza o

princípio da confiança (e a sua tutela jurídica) como mais um dos princípios que estão presentes no direito da pós-modernidade. Segundo Cláudia L. Marques, “é o elemento social, representado pela confiança, ganhando em significação” (1992, p. 53). Como consequência, continua dizendo, “pela Teoria da Confiança, hoje majoritária, admite-se a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no outro contratante a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações” (p. 53).

Para uma clara compreensão do tema, procuramos dividir nossa exposição em duas partes. Primeiramente, faz-se mister o cotejo entre teorias tradicionais, que consideram a culpa (*lato sensu*) como fundamento básico para o dever de indenizar, e teorias mais ligadas a uma concepção objetiva, entre as quais destacamos a teoria da confiança. Num segundo momento, estaremos vendo as formas de manifestação desse princípio, no surgimento ou isenção de deveres.

1. O fundamento do dever de indenizar

O termo “obrigação”, em linguagem cotidiana, pode adquirir diversos significados; mas, na base de todos eles está sempre a idéia de um dever (moral, jurídico, etc.) de uma pessoa para com outra. No âmbito do Direito, esse conceito, em sentido amplo, normalmente é visto como o elemento passivo de uma relação jurídica. Apresenta-se como sinônimo de “dever jurídico”, “estado de sujeição” ou “ônus jurídico”(COSTA, 1991, p. 47). Valendo-se de dispositivos do Código Civil Português (art. 397), Mario Julio de Almeida Costa refere-se à obrigação, agora em sentido estrito, como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação, que deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal” (1991, p. 49).

O vínculo que une esse dever (devedor) ao correspondente direito do credor consis-

te na relação obrigacional. Como dito anteriormente, a relação obrigacional polarizada é útil para a compreensão didática a respeito do vínculo que se forma entre credor e devedor; porém, na prática, verifica-se que há deveres recíprocos que devem ser observados por ambas as partes, elementos que também compõem a relação obrigacional (p. 54). Sob esse ponto de vista, ela passa a ser considerada como uma relação jurídica complexa e dinâmica, cujos elementos estão encadeados e direcionados ao mesmo fim: o adimplemento (p. 54). É a visão da obrigação como um processo (p. 55. Cf. SILVA, 1976, p. 10).

Quando esse “processo” percorre seu curso normal, atinge-se o fim esperado. Quando, ao contrário, algum fato vem a impedir o completo e perfeito adimplemento, surge, em favor daquele que viu frustradas as suas expectativas, a concreta possibilidade de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação. Se a execução específica não for possível, ou quando se consegue o adimplemento posterior, mas com prejuízos resultantes da demora, há também o dever de indenizar, a ser suportado pela parte que o causou. É a própria Lei e não a vontade das partes que determina a reparação, ainda que o agente causador do dano tenha querido praticar o ato lesivo (COSTA, 1976, p. 416-417). Igualmente, mesmo se o contrato contenha previsões a respeito da reparação de danos, a fonte da responsabilidade civil continua sendo a Lei, aplicável ao fato que gerou o dano ressarcível.

Existem casos em que não há um contrato, uma obrigação (não cumprida) ao qual está ligado o dever de indenizar (uma nova obrigação). Referimo-nos às circunstâncias em que a responsabilidade civil teve sua origem no próprio fato ilícito ou “delito”. O direito protege o lesado contra o autor do delito, que se torna responsável pela indenização a quem foi vitimado por seu ato ou omissão.

Essa é a visão tradicional da Responsabilidade Civil, que divide-se (quanto à fonte

da obrigação) em responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extra-contratual ou aquiliana. Atualmente, a linha divisória entre ambos tem-se tornado cada vez mais tênue. Há, inclusive, autores que defendem um sistema unitário de responsabilidade, pois, segundo afirmam, os princípios são os mesmos em um ou outro tipo de responsabilidade civil (Cf. DIAS, 1994, p. 123-).

Um dos aspectos que está sempre presente, seja qual for o “tipo” de Responsabilidade Civil, é a existência de um dano efetivo e a necessidade de sua reparação. A regra *neminem laedere* (não lesar a outrem), de origem romana, é um dos princípios fundamentais da responsabilidade civil e estabelece que o essencial, sob o ponto de vista da reparação, é que o ato danoso constitua-se em lesão a uma regra, seja ela determinada por lei ou por contrato (DIAS, 1994, p. 37). Assim ensina Caio Mário da Silva Pereira:

“A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil” (1993, p. 11).

Também Judith Martins Costa, invocando as lições de François Terré e Michel Villey, afirma a necessidade do restabelecimento do *status quo ante* como fundamento da responsabilidade civil:

“Pouco importa, nesta perspectiva, se o desequilíbrio a corrigir proveio ou não da culpa. A justiça a ser posta em funcionamento terá por cau-

sa ‘um estado de coisas objetivo, a perturbação de uma ordem que deve ser restabelecida’. É portanto possível afirmar que aí reside a máxima objetivação do conceito de responsabilidade, e, igualmente o seu ‘sentido autenticamente jurídico’, porquanto não se busca um culpado, mas um responsável pelo próprio fato do desequilíbrio” ([19- -], p. 35).

Na verdade, as afirmações acima devem ser vistas como o ponto de partida para que se possa entender a abrangência atual do dever de indenizar, o qual não mais se restringe às hipóteses aceitas pela doutrina tradicional da responsabilidade civil. Pela doutrina da culpa *pos factum finitum*, por exemplo, existem situações em que o adimplemento da obrigação principal não exige uma das partes de responsabilização por algum ato que venha a praticar no futuro ou que, já o tendo praticado, venha a surtir efeitos *a posteriori*. São deveres de proteção, lealdade, etc., tal como o dever de sigilo profissional, que, uma vez descumpridos, vêm a gerar dano passível de ressarcimento. Da mesma forma, nem sempre o autor do delito é compelido a ressarcir os danos decorrentes do seu agir. Há hipóteses em que um terceiro é chamado a reparar o prejuízo em lugar daquele que efetivamente o causou. É o caso do patrão que ressarcir o dano causado por seus prepostos, ou mesmo das seguradoras, ao indenizar a vítima do sinistro. Por tais razões, importante se torna o exame comparativo da tradicional noção de responsabilidade civil com os novos modelos, não mais baseados exclusivamente na culpa, entre os quais destacamos a doutrina da confiança.

1.1. O dever de indenizar com fundamento na culpa e outras teorias

1.1.1. Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

Em termos de Responsabilidade Civil, o modelo tradicional é baseado na culpabili-

dade do sujeito. É de vital importância o nexo de causalidade entre a ação ou omissão de um determinado sujeito e o prejuízo causado a outrem. Mais do que isso, é indispensável a prova de que o sujeito agiu com dolo (intenção de causar o dano) ou foi negligente, imprudente, etc., requisitos normais da culpa. Essa “culpa” mede-se com base na média do comportamento dos indivíduos, o que faz com que, em alguns sistemas, não se possa condenar o indivíduo a ressarcir o dano com base em uma culpa leve.

Outro aspecto a ressaltar diz respeito à *prova* do dano e do próprio nexo causal com a ação que lhe deu origem. Segundo a teoria clássica do direito civil, quando se trata do surgimento de direitos, o ônus de provar a veracidade de um determinado fato incumbe à parte que o alegou.

Esse sistema apresenta resultados satisfatórios em boa parte das vezes. No entanto, há casos em que a solução justa para o conflito não pode ser encontrada na cartilha da responsabilidade subjetiva. Em certas situações, a parte lesada não tem como provar o que alega, pois essa prova depende da colaboração de quem causou o dano, seja pela guarda de documentos e informações, seja pelo conhecimento técnico que o lesado não possui. Em outras circunstâncias, não há dolo ou culpa (nem mesmo culpa leve), mas houve dano efetivo e existe ligação entre a atividade de uma das partes e o fato que gerou tal dano. Como ressarcir aquele que foi lesado, se não há culpa em sentido subjetivo? Tal questão tem sua resposta em outras formas de imputação do dever de indenizar.

A teoria da culpa, portanto, não mais se revelando suficiente para conformar as situações fáticas aos ditames da justiça, tem sido afastada em muitos casos e substituída pela noção de *equilíbrio*, que embasa as teorias do risco e da garantia. A *teoria do risco* baseia-se no fato material da causalidade, ou *ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, quem tem o proveito deve correr o risco (COS-

TA, 19- -, p. 45). Surgiu em decorrência dos acidentes do trabalho, para determinar que o patrão que aufero o lucro, em cujo interesse se exerce a atividade, tem o dever de indenizar seus operários vitimados por acidentes. Expandiu-se para outras áreas do Direito, alcançando as mais diversas situações em que uma determinada atividade cria ou aumenta as situações de risco para as pessoas a ela expostas. Aquele que de tal atividade se beneficia deve suportar o ônus desse risco, independentemente de ter agido de forma dolosa ou culposa. A imputação do ônus indenizatório dá-se por critérios objetivos, motivo pelo qual a teoria do risco enquadra-se dentro do esquema da responsabilidade civil objetiva e não na forma tradicional.

Já a *teoria da garantia*, preconizada por Boris Starck, inverte a perspectiva traçada pelo autor do dano para a *proteção dos interesses da vítima* e vincula-se à necessidade de segurança que deve ser garantida pela ordem jurídica. Todo dano constitui um ato ilícito, violador de um direito subjetivo, que deve ser reparado sempre, independentemente da caracterização da culpa (exceto os casos de força maior) (COSTA, [19- -], p. 46-47).

De acordo com Alvinho Lima (1938, p. 87), a construção da teoria objetiva do risco foi forjada em virtude da insuficiência da responsabilidade fundada na culpa. Diz o autor:

“Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 159, c/c art. 1.518, recepcionou a doutrina clássica da *responsabilidade civil subjetiva fundada na culpa*, do direito francês:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano; Art. 1518. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.”

A *responsabilidade objetiva* foi adotada, no direito brasileiro, por leis extravagantes (e.g., a lei de acidentes do trabalho, de nº 5.316, de 14.9.67, e o Código de Defesa do Consumidor) e pela Constituição Federal em seus arts. 21, XXIII, “c” (responsabilidade por danos nucleares), e 37, § 6º (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado e de direito público prestadoras de serviços públicos).

1.2. O dever de indenizar e o fundamento da quebra da confiança

Em sua obra *Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik*, traduzida para o espanhol como *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Karl Larenz faz comentários sobre diversos princípios jurídicos, entre os quais está o princípio da confiança (1985, p. 90-98). Antes, porém, ele escreve sobre a autodeterminação e a autovinculação nos contratos, observando que uma pessoa submete-se ao vínculo obrigacional no pressuposto de que a outra parte também fará o mesmo, sendo essa a única forma de obter algo que individualmente não conseguiriam.

Larenz afirma que

“esto sucede por lo general a través de unas, ‘declaraciones de voluntad’, que se correspondem entre sí en orden a su contenido y por medio de las cuales cada uno de los contratantes da a conocer al otro su voluntad de que el contenido de lo convenido debe tener entre ellos vigencia y ser derecho. Puesto que *el contrato solo vale cuando ambos contratantes consienten y*

por tanto SUS DECLARACIONES coinciden en su contenido, la vinculación de cada contratante al contrato descansa em su propia voluntad, em su autodeterminación. *Se vincula, porque sabe que sólo bajo este supuesto el otro se vincula también y PUEDE CONFIAR en lo que el otro le promete*. La conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una autovinculación” (p. 67).

Embora tratando da Teoria da Aparência, Arnaldo Rizzardo comenta que

“as relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude” (1982, p. 222).

Quando essa confiança é quebrada, há não apenas frustração para a parte prejudicada; frustra-se o próprio negócio enquanto instrumento para obtenção de vantagens recíprocas, especialmente porque deixa de existir o equilíbrio que é inerente ao *sinalagma*². Por tal motivo, é necessário que a parte prejudicada seja compensada ou pelo surgimento de um dever de indenizar ou pela isenção de um dever que, originalmente, estaria obrigada a cumprir. O mesmo autor cita um trecho da obra de Luis Dies e Picasso Ponce de León para reforçar o ponto que se refere à necessidade de indenização quando há quebra da confiança:

“Quien crea en otra persona una confianza en una determinada situación aparente e induce con ella a esta otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base de esta apariencia en la que ha confiado, no puede después pretender que aquella situación era puramente ficticia y que debe valer la situación real”³.

Mais adiante veremos como isso se manifesta de forma prática nas relações jurídicas do dia-a-dia. Antes, porém, precisamos

apontar os fundamentos desse dever de indenizar com base na confiança.

Outra expressão que se tem tornado muito freqüente em textos jurídicos é a que refere a existência de “deveres secundários” ou “acessórios”. Devemos lembrar que, na tradicional idéia de obrigação (especialmente a obrigação originada de contrato), há uma relação estática e polarizada entre devedor e credor; entre o dever de prestação, incumbência do devedor, e o crédito (bem como a possibilidade de exigi-lo judicialmente), que está em mãos do credor. Os “deveres secundários” são, na verdade, deveres de lealdade e proteção de uma parte em relação a outra, independente do pólo em que se encontra.

Ocorre que, em muitos dos casos, mesmo antes de estabelecido o vínculo contratual, ou ainda quando esse vínculo não se concretiza, há situações que geram danos à outra parte. E, para complicar ainda mais o teorema, aquele que gerou o dano pode escusar-se por estar praticando ato que lhe faculta a lei. É justamente nessas hipóteses que se torna mais interessante o exame do princípio da confiança. Não que a confiança só deva ser observada nessas ocasiões. Ela é indispensável em todo e qualquer vínculo obrigacional. Ocorre que tal princípio tem maior relevância quando, do contrato, ou do delito, não puder ser reconhecido o nascimento de uma responsabilidade.

Aqui está o primeiro ponto que nos conduz a um esclarecimento sobre o papel da confiança nas obrigações. Comumente apontamos a existência de dois fundamentos para imputação do dano: o contrato ou o delito. O primeiro, pela não observância do pacto, gerando prejuízo à contraparte; o segundo, por atuação contrária à lei: ato ilícito, que gera, igualmente, dano a outrem.

Para Canaris, existe o que ele denomina “responsabilidade pela confiança”, que seria autônoma em relação à responsabilidade contratual e à responsabilidade delitual, constituindo-se em um terceiro fundamento ou “terceira pista” (*dritte Spur*) da respon-

sabilidade civil (1993, p. 812. Cf. FRADA, 1994, p. 251). O quadro abaixo nos auxilia a entender graficamente a posição que a confiança ocupa dentro desse esquema:

contrato	Confiança	delito
----------	-----------	--------

Na verdade, há posições que localizam a confiança mais próxima do âmbito contratual (teorias negocialistas), enquanto outras afastam-na, por verem na quebra da confiança uma ofensa à moral e ao direito. Mas, a rigor, a teoria da confiança não pode ser encaixada confortavelmente em nenhum dos dois pilares tradicionais da responsabilidade civil. E, se considerarmos as teorias unitárias da responsabilidade civil, como mencionado anteriormente, essa divisão perde em importância.

Manuel C. da Frada informa que a ausência de um caráter distintivo dessa confiança embaçadora do dever de indenizar é o ponto mais criticado da teoria por quem discorda que esse seja um critério para fundamentação da responsabilidade civil (1994, p. 254). Para esses, a confiança está presente em todas as áreas de convivência humana; logo, não se pode utilizá-la como se fosse elemento constante em apenas alguns tipos de relações jurídicas. Quando um contrato é firmado, cada um dos contratantes tem a expectativa de que seu parceiro cumpra aquilo que se prometeu. Da mesma forma, cada pessoa que compõe uma determinada comunidade confia na observância da Lei ali aplicável, sendo que o delito é uma ofensa a tal confiança.

A resposta dos que a defendem é no sentido do caráter subsidiário que a Teoria da Confiança possui; a “terceira pista”, como quer Canaris. Onde houver o dano efetivo (requisito essencial para a responsabilidade civil), mas não se puder obter uma solução satisfatória pelos caminhos tradicionais da responsabilidade, tem-se a teoria da confiança como opção válida. Como bem afirmam os críticos da Teoria, a confiança está

presente em todas as áreas do relacionamento interpessoal, ainda que faltem outros elementos embaixadores da responsabilidade.

A posição de Canaris é, talvez, a mais analisada entre aqueles que se dedicam ao estudo do princípio da confiança. Na própria jurisprudência alemã das últimas décadas, há franco crescimento da doutrina da confiança, segundo os postulados defendidos por esse jurista (FRADA, 1994, p. 251).

Também em outros países são cada vez mais frequentes as referências à tutela da confiança, tanto na legislação, quanto nas decisões dos tribunais. Comentando as características comuns das referências legais ao princípio da confiança, no Direito Português, Menezes Cordeiro elenca três pressupostos para aplicação desse princípio em relação às obrigações (1984, p. 1248):

1) *Elemento Subjetivo* – M. Cordeiro chega a afirmar que “a confiança constitui, por excelência, uma ponte entre as boas fés objetiva e subjectiva, devendo assentar em ambas” (p. 1238). Embora esse princípio seja eminentemente objetivo, em alguns aspectos, portanto, deve-se atentar para questões de caráter subjetivo:

a - Em relação ao agente (aquele que se conduz de forma a gerar confiança em outrem): ao agir, ou ao omitir-se, não tem a manifesta intenção de lesar. Se houver essa expressa intenção, estaremos no campo da responsabilidade delitual.

b - Em relação ao destinatário: é necessário uma crença efetiva no significado jurídico da conduta sob questão. Cláudia L. Marques menciona que a Teoria da Confiança “pretende proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro. Protege-se assim, a boa-fé e a confiança que o parceiro depositou na declaração do outro contratante. *A vontade declarada, porém, não prevalecerá se o outro contratante souber ou puder saber razoavelmente*

te que aquela não era a vontade interna de seu parceiro” (1992, p. 62-63).

O elemento subjetivo é sempre negativo; ou seja, serve para afastar a aplicação do princípio da confiança. No entanto, não se pode esquecer que o elemento subjetivo não predomina sobre o objetivo. Dessa forma, havendo incerteza quanto ao elemento subjetivo, o julgamento deve-se dar objetivamente, considerando-se tão-somente a conduta do agente.

2) *Elemento Objetivo* – conduta de acordo com os usos e costumes do tráfico.

Não é necessária a existência de uma convicção íntima, por parte do agente, tendente a produzir a expectativa em outrem. Basta a conduta, objetivamente considerada, à qual sejam associados efeitos jurídicos. Essa análise objetiva é feita com base nos usos e costumes do tráfico. Esse elemento será visto mais detalhadamente (e de forma prática) na segunda parte do presente estudo, razão pela qual nos limitamo a fazer esse breve comentário a despeito de sua importância para o tema.

3) “*Investimento de Confiança*”⁴

Com base na confiança gerada pela conduta do agente, o outro executa certas atividades que, com a não-concretização do esperado, resultam em dano efetivo.

Pode ocorrer que aquele que confiou na conduta alheia não chegue a promover atividades com base nessa confiança. Suponhamos que em negociações prévias ele resolva desistir do negócio. Assim, ainda que tenha confiado na conduta da outra parte, não chegou a fazer esse “investimento” de que fala Menezes Cordeiro.

Acrescenta o jurista português que o segundo elemento pode ser dispensado em certas situações, pela intensidade particular que assumo o primeiro e pela aplicação exata de um dispositivo legal específico (1984, p. 1248). São os casos em que um determinado ato não admite outra interpretação senão aquela que a Lei prevê.

Esses elementos são, segundo a tese de Canaris, os pontos que devem ser sopesa-

dos pelo magistrado ao analisar o caso concreto e verificar se ele está diante de uma situação fática em que é aplicável a Teoria da Confiança. No Brasil, em alguns tipos de relações jurídicas, o trabalho dos juízes ficou facilitado pela positivação do princípio da confiança. Referimo-nos ao Código de Defesa do Consumidor, que adotou esse princípio como um de seus pilares (MARRQUES, 1992, p. 63).

Ele se manifesta mais claramente na proteção do consumidor diante da publicidade enganosa, na manutenção do vínculo que surge a partir da oferta feita pelo fornecedor e também na proteção do verdadeiro interesse do consumidor que aderiu a contratos pré-impressos, pois, diante de tais circunstâncias, criam-se “justificadas expectativas em relação ao bem, ao serviço ou às obrigações acessórias ao contrato” (1993, p. 53). Essa expectativa, essa confiança gerada no consumidor, recebe proteção legal para que deixe de ser uma expectativa e se torne realidade. Ou ainda, para que a quebra da confiança seja compensada por uma indenização justa, cujos efeitos são benéficos tanto pela satisfação do ofendido, quanto pelo desestímulo às práticas abusivas. Nesse último aspecto, vemos, mais uma vez, o elemento social que está na base de tal doutrina.

Na doutrina tradicional, em que a autonomia da vontade é o princípio maior, a proteção que o direito concede às partes está ligada ao momento de formação do contrato. É assim que o erro, a simulação, a fraude, etc. podem levar até à nulidade do contrato, pois há, em sua gênese, uma vontade viciada. Se, ao contrário, não há vício de vontade, o contrato deve seguir seu curso normal sem intervenções de terceiros. No sistema do CDC, informado pelos princípios da boa-fé e da confiança, o foco não está mais (exclusivamente) no momento de concepção do contrato, mas sim nos efeitos que o contrato gera na sociedade (1993, p. 63). Por todos esses motivos é possível dizer-se que o CDC é, no direito brasileiro, o diploma legal em que mais claramente se vê a Teoria da Con-

fiança como um dos fatores determinantes da responsabilidade civil.

2. Manifestações da teoria da confiança nas obrigações

Há, basicamente, duas formas de tornar prático o princípio da confiança, nas obrigações: ou o direito garante a preservação da posição jurídica alicerçada na confiança ou surge (em função da quebra da confiança) um dever de indenizar àquele que confiou no agente. Mas como essa proteção se manifesta concretamente? Em que situações o Direito oferece proteção com base na confiança?

Existem numerosas situações em que é aplicável a tutela da confiança. Seria impossível albergar em textos legais todas as hipóteses fáticas. Não podemos esquecer que o princípio da confiança está intimamente ligado ao princípio da boa-fé, que é uma regra geral de conduta. Assim, da mesma forma que este princípio necessita do processo de concreção para que seja efetivamente aplicado, também o princípio da confiança depende da atuação do juiz, no caso concreto, para que haja efetiva tutela.

Essa atuação se dá em termos do exame dos pressupostos antes enumerados, no caso concreto, sendo que o juiz não fica limitado ao ordenamento jurídico para sua análise. Aliás, é muito provável que, para ser frutífero esse trabalho, o magistrado deva valer-se de conceitos, em princípio, estranhos ao Direito. Só assim poderá avaliar se a conduta do agente está em consonância com os usos e costumes do tráfico e qual o seu significado jurídico para aqueles que usualmente a praticam.

Ocorre que, após reiteradas decisões, envolvendo casos semelhantes em que se buscou elementos “extra-jurídicos” para solução do conflito, formam-se catálogos de jurisprudência e a ordenação desses catálogos reconduz ao sistema o princípio fundamentador que lhes é comum (agora de forma concreta). Convém lembrar que esse é

um processo dinâmico, de forma que há uma constante alteração nos elementos caracterizadores da conduta típica, mas quando essas características são comuns a uma série de situações, surgem conceitos que podem ser utilizados em todos esses casos e uma conseqüente generalização das soluções aplicáveis. Os exemplos clássicos desse fenômeno (no que se refere ao tema aqui tratado) são a *culpa in contrahendo* e o *venire contra factum proprium*, que veremos adiante, juntamente com a *suppressio*, a *surrectio* e a *exceptio doli*.

2.1. Venire contra factum proprium

No caso do *venire contra factum proprium*, é mais clara a ofensa à confiança, pois a característica principal desses casos é uma posição jurídica contrária àquela que vinha sendo praticada pelo agente. Em outras palavras, quando uma pessoa vem agindo de tal forma que cria uma aparência jurídica na qual as pessoas confiam, esse mesmo indivíduo não pode mudar o seu comportamento agindo contrariamente à expectativa que gerou nos demais. A intenção primeiramente manifestada pode ser no sentido de praticar (ou continuar praticando) determinado ato ou no sentido de não o praticar. A segunda atuação é contraditória porque o agente deixa de fazer aquilo a que se propusera ou vem a tomar atitude a qual deu a entender que não tomaria.

Um ponto importante é que esse segundo *factum*, que contraria o primeiro, pode ser legal ou contratualmente possível. Contudo, o agente fica impedido de valer-se dessa possibilidade, pois causaria danos a outrem. Se o ato é contrário à lei ou ao contrato, cai-se, novamente, na responsabilidade contratual ou na responsabilidade delitual.

Alguns autores (Cf. WIEACKER, 1982, p. 61) afirmam que há uma íntima relação entre a proibição do *venire contra factum proprium* e a regra do *pacta sunt servanda*. Em certo sentido isso é verdade, pois o pacto vincula as partes, de forma que não podem elas contrariar aquilo que foi tratado inici-

almente. O problema está na concepção de pacto, que não se limita às regras escritas no instrumento contratual, como se tais cláusulas fossem a perfeita expressão da vontade das partes. Valendo-nos da explicação de Wieacker, podemos dizer que o vínculo contratual deve ser visto não em função da letra, mas tendo em vista o “espírito da obrigação” (1982, p. 61). A tendência de objetivação do conceito de contrato passa, também, pelo reconhecimento da existência de deveres secundários, que já mencionamos anteriormente, em cuja base estão os princípios da boa-fé e da confiança.

Há alguns anos, época em que o atual Ministro do STJ, Dr. Ruy Rosado de Aguiar Junior, era um dos Desembargadores que compunham a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, alguns recursos julgados naquele pretório (e por ele relatados) chamaram a atenção pelo uso de conceitos até então pouco comuns na jurisprudência brasileira: *venire contra factum proprium*, adimplemento substancial, *culpa in contrahendo*, etc. Três desses casos foram publicados na seção “Jurisprudência Comentada” da Revista da AJURIS (n. 50, nov./1990), acompanhados dos comentários da Drª Judith H. Martins Costa.

O primeiro dos três, o julgamento da Apelação Cível nr. 589.073.956, é bastante ilustrativo do que seja a proibição do *venire contra factum proprium*. Tratava-se de uma ação de indenização proposta pelo adquirente de uma pequena loja de vestuário, contra a vendedora. Segundo o autor, a ré havia cancelado pedidos de mercadorias feitos alguns dias após a venda do estabelecimento, período em que a vendedora auxiliou o comprador na condução dos negócios. Com o cancelamento, o novo proprietário veio a sofrer prejuízos pela impossibilidade de repor, em tempo hábil, o estoque de roupas e acessórios. A Câmara entendeu que aquele ato era totalmente incompatível com a conduta anterior da vendedora, pois, embora tendo feito os pedidos em nome próprio e com o seu CGC (o que não seria mais neces-

sário naquele momento), criou no vendedor a expectativa de que os bens solicitados à fábrica estariam sendo entregues em breve. Afirma o relator, em seu voto:

“Nesta parte, acolhe-se o princípio de *venire contra factum proprium* (WIEACKER, 1982, p. 60-61), como exigência da *fides*. Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra” (AJURIS, 50, p. 209).

Também não devemos esquecer o que foi dito anteriormente, que a proteção da confiança visa, em última análise, garantir a segurança do tráfico. Logo, ainda que uma cláusula permita a uma das partes a alteração contraditória de procedimentos (o que é questionável também por outros aspectos – contratos de adesão, abuso de direito, etc.), o princípio da confiança veda tal atitude por meio da proibição do *venire contra factum proprium*.

Na *Common Law*, a relação obrigacional também requer comportamento baseado em princípios muito semelhantes (para não dizer equivalentes) aos princípios da boa-fé e da confiança. A expressão “Good Faith” é citada em diversas decisões de tribunais da *Common Law*. No entanto, a manifestação mais candente de que a confiança tem real valor jurídico nesses sistemas é o assim chamado princípio do *estoppel*, o qual muito se assemelha ao *venire contra factum proprium*.

Considerando que a formação do Direito nos sistemas de *Common Law* está ligada à atividade judicial, nada melhor do que um trecho de uma decisão para resumir as implicações desse princípio nas relações obrigacionais:

“Quando uma pessoa, por suas palavras ou pelo seu comportamento, induz conscientemente uma outra a crer na existência de uma certa situação e leva esta pessoa a atuar com base nessa convicção de modo que altere

sua posição anterior, considera-se que esta primeira é responsável pelas declarações feitas a esta última; declarações descrevendo um estado de fato diferente daquele existente no momento”⁵.

Como se pode ver, é grande a semelhança desse princípio com o entendimento que têm os juristas da *Civil Law* a respeito da tutela da confiança e do *venire contra factum proprium*. Também a questão da *performance* do contrato, segundo o princípio da boa-fé, é exigência inafastável para os tribunais anglo-americanos em casos que envolvam quebra do contrato. É o que afirma Steven J. Burton, ressaltando o aspecto da proteção às “razoáveis expectativas” das partes:

“The good faith question often arises because a contract is an exchange expressed imperfectly and projected into an uncertain future. Contract parties rely on the good faith of their exchange partners because detailed planning may be ineffectual or inadvisable. Therefore, express contract terms alone are insufficient to determine a party’s good faith in performance. Even so, the courts employ the good faith performance doctrine to effectuate the intentions of parties, or to protect their reasonable expectations” ([19- -], p. 371. Grifo nosso).

Outra situação muito comum hoje em dia é aquela em que determinadas pessoas mantêm um relacionamento comercial durante longo período, mas sem que se tenha um instrumento contratual regulando os pormenores do(s) negócio(s). Esse tipo de relação jurídica tem como consequência que uma das partes não pode afastar-se sem um justo motivo ou sem o consentimento da contraparte. Da mesma forma, as condições não podem ser alteradas unilateralmente causando prejuízos ao outro. Ainda que não exista um contrato formal, o Direito protege o vínculo que se forma pela repetição de atos que tenham teor jurídico. O motivo ainda é o mesmo: protege-se a confiança deposita-

da por uma das partes na conduta de seu parceiro negocial. De certa forma, aplica-se em casos dessa espécie a mesma proibição do *venire contra factum proprium*.

Um bom exemplo é a venda de mercadorias de uma indústria de refrigerantes a um determinado cliente, sempre em quantidades semelhantes, com prazo dilatado para o pagamento e possibilidade de devolução das unidades não vendidas ao consumidor. É normal que as empresas formalizem o acordo mediante um contrato de fornecimento, que quase sempre inclui cláusulas referentes ao direito de exclusividade na venda de produtos daquela marca. Quando o varejista recusa-se a manter a exclusividade, a indústria continua fornecendo-lhe seus produtos, mas de maneira “informal”. É justamente aí que poderão surgir problemas que somente serão resolvidos pela observância dos princípios relativos à conduta, quais sejam, os princípios da boa-fé e da confiança.

Vejamos um outro exemplo que nos ajuda a melhor entender a aplicação do *venire* nessas circunstâncias: um banco mantém negócios com um comerciante, financiando-lhe capital de giro, investimento, etc. Também fornece financiamento aos clientes desse comerciante, por meio de uma linha de crédito especial (*vendor*). Isso por vários anos. O comerciante pretende expandir suas atividades, abrindo uma filial. Recebe, informalmente, a garantia de que o banco financiará boa parte do investimento. Com base nesse indicativo e, principalmente, no longo relacionamento que mantém com o banco, aluga pelo prazo de cinco anos o imóvel que seria utilizado para implantação da filial e adquire o mobiliário com recursos de seu giro. Ao formular o pedido de empréstimo para aquisição de mercadorias, recebe uma negativa do banco, que alega mudanças na política de concessão de crédito. Embora não seja inadimplente em alguma operação nem tenha feito nenhum ato que viesse a gerar receios junto à casa bancária, esse comerciante vê-se desatendido pelo banco que sempre lhe prestou crédito.

Em outras situações, esse fato nada significaria. Porém, com base em todo o relacionamento anterior e no indicativo que recebeu do gerente, o comerciante assumiu despesas e imobilizou seu capital de giro, fatos que vêm a causar-lhe prejuízo. Essa nova conduta do banco pode ser caracterizada como *venire contra factum proprium*.

2.2. Culpa in contrahendo

Esse conceito surge não em função das decisões dos tribunais, mas sim pela teorização do fenômeno, assim chamado “*culpa in contrahendo*”, pelo jurista alemão Rudolf Von Jhering (Cf. MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 528).

A construção de Jhering, todavia, percorre o mesmo caminho percorrido pelo juiz, na medida em que ele desenvolve sua obra a partir de casos concretos em que a não-imputação de responsabilidade por danos causados à contraparte, em relação a um contrato que é declarado nulo, representaria uma injustiça inaceitável.

Em outras palavras, citando Menezes Cordeiro, “a *culpa in contrahendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo” (p. 530). Para Mario J. Almeida Costa, a *culpa in contrahendo* atinge todos os casos em que houve defeitos na formação (fase decisória) do contrato por culpa (em sentido objetivo) de uma das partes. Dessa forma, também abrangeria os casos de ruptura injustificada das negociações, com prejuízos para a outra parte (1984, p. 42-). A dificuldade que se encontra é aferir se o ato de ruptura é exercício normal da liberdade de contratar ou se trata de uma quebra da confiança (Cf. BASSO, 1994, p. 42-). Mais uma vez, parece-nos que só a análise do caso concreto pode revelar qual o caráter desse ato.

Também é da análise do caso que se poderá determinar o conceito mais apropriado àquela situação específica, pois, depen-

dendo das circunstâncias, a proibição do *venire contra factum proprium* pode-se mostrar mais adequada do que a *culpa in contrahendo*. De qualquer sorte, a proteção à confiança é evidente:

“(…) o interesse do contratante em face do qual a ruptura se produza consiste em que seja poupado ao máximo a actividades e a dispêndios inúteis. Do seu lado, *invoca-se a tutela da confiança na boa-fé da contraparte*, mormente numa dada aparência de intenção negocial” (BASSO, 1994, p. 51-52).

Voltando aos comentários que M. Cordeiro faz a respeito da obra que primeiro tratou da *culpa in contrahendo*, ele ainda acrescenta que para Jhering essa responsabilidade seria diferente da responsabilidade extracontratual. No direito romano, esta não se transmitiria *mortis causa*. Já na *culpa in contrahendo*, afirma, ocorre a transmissão pela morte, tal qual acontece com a responsabilidade contratual (1984, p. 530, NT. 10).

Em função de observações como essa, alguns comentaristas da obra de Jhering concluíram que ele colocara a *culpa in contrahendo* no campo da responsabilidade contratual, deduzindo que o dever de indenizar é efeito do próprio contrato (nulo). Ao que parece, não era essa a intenção de Jhering. De qualquer forma, sua teoria apresenta soluções que se aproximam das soluções utilizadas em relação à responsabilidade contratual, com base em proposições legais (p. 532).

O mesmo caminho é percorrido por Franz Leonhard, que aprofunda o estudo iniciado por Jhering, afirmando que os fatos ocorridos previamente à celebração do contrato são alcançados pelos efeitos deste. Contudo, não chega a tratar com detalhes dos casos em que a nulidade ou mesmo a frustração das tratativas pré-contrato deixam a descoberto possíveis danos causados por uma parte à outra (Apud MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 534).

A partir de sua construção inicial, a *culpa in contrahendo* veio sendo desenvolvida na doutrina e na jurisprudência até que se

chegou a uma compreensão de que o essencial para a *culpa in contrahendo* é o seu amparo na confiança e na boa-fé (p. 561).

Se na base dessa responsabilidade estão os princípios da confiança e da boa-fé, fica claro que os mesmos deveres de proteção, informação e lealdade existentes no vínculo contratual estão presentes também na fase pré-contratual, mas por força desses dois princípios e não pelo contrato. Isso significa que, independente de ser existente ou válido o contrato, a não-observância desses deveres dá lugar à indenização por danos porventura existentes (p. 583).

Mais uma vez, a *Common Law* apresenta uma solução que se assemelha aos procedimentos utilizados em sistemas em que se aceita a *culpa in contrahendo*. É o que afirmam Friedrich Kessler e Edith Fine ao comentarem as semelhanças e diferenças entre alguns institutos dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law*:

“Once parties enter into negotiations for a contract, the sweeping language of the cases informs us, a relationship of trust and confidence comes into existence, irrespective of whether they succeed or fail” (1964, p. 404).

Para auxiliar-nos na compreensão do tema, pensemos no seguinte exemplo: o proprietário de uma loja comercial dirige-se a um corretor com vistas a contratar seguro contra incêndio, desabamento e outras ocorrências relativamente ao prédio onde funciona seu estabelecimento. O corretor explica-lhe algumas condições básicas do contrato, apresenta o valor do prêmio em relação à quantia segurada, mas nada menciona quanto a exclusões da indenização. O negócio é fechado. A seguradora, por sua vez, acata o contrato sem providenciar a vistoria no prédio. Após alguns meses, ocorre o sinistro (incêndio), mas a seguradora nega-se a pagar a indenização, alegando que se tratava de prédio misto (alvenaria e madeira), uma das situações excludentes da cobertura. Ora, por não ter ficado claro ao segurado a existência dessa cláusula exclu-

dente, bem como pelo fato de que a seguradora deixou de fazer a vistoria (oportunidade em que ficaria constatada a impossibilidade de segurar-se o prédio), esta assumiu o risco pela contratação em tais condições. Como consequência, surge para o proprietário da loja o direito à indenização, ainda que pelo contrato a solução seja diversa.

Ou ainda este outro exemplo: um automóvel é deixado numa oficina para orçamento e posterior conserto. Antes de autorizar as obras, o proprietário desiste de fazê-lo em virtude do alto preço. Quando vai retirar o automóvel, é surpreendido ao ver que o veículo sofreu danos na lataria. A oficina nega-se a ressarcir o prejuízo sob a alegação de que: 1) o dano foi causado por um terceiro, que também deixara seu carro na oficina; 2) não se efetivou o contrato envolvendo o serviço, logo não há nenhum vínculo que obrigue o pagamento. A oficina agiu contra a confiança nela depositada, porque precisava observar os deveres de proteção, guardando o automóvel em local seguro mesmo antes de efetivado o contrato de prestação de serviços.

2.3. *Suppressio e surrectio*

Um direito não exercido durante um determinado tempo gera em outrem a impressão de que o titular desse direito abdicou dele ou, em alguns casos, o exercício retardado da pretensão pode gerar para o devedor uma situação danosa. É o que ocorre, por exemplo, com dívidas que tenham reajuste monetário acima dos índices normais de correção. Quanto maior for o lapso de tempo entre a data em que a dívida se tornou exigível e o exercício da pretensão por parte do credor, maior será o prejuízo para o devedor. Logo, pode ser interessante ao credor deixar passar o maior tempo possível para cobrança da dívida.

A *suppressio* retira, suprime, a possibilidade de exercício de tal direito por parte de seu titular, porque estaria sendo ferido o princípio da boa-fé e a confiança (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 797). No exemplo

acima citado, não se poderia, com base nesse instituto, impedir o credor de cobrar a dívida. Pode-se, porém, limitar o seu ganho em função da demora no exercício do direito, a qual resultou em um aumento indevido da responsabilidade pecuniária do devedor. Suprime-se – para usar um termo semelhante à expressão latina – o direito da parte que agiu contra o princípio da confiança, ainda que não se trate de ato ilícito, podendo, inclusive, ter acento contratual.

A *suppressio* tem origem jurisprudencial (Idem, p. 798), no direito alemão, sendo que a doutrina lhe deu a conformação teórica com base nessas decisões e com base em estudos de institutos do direito germânico⁶. Foi após a Primeira Grande Guerra, com as conturbações sociais e econômicas, especialmente o fenômeno inflacionário, que a *suppressio* recebeu maior atenção dos juristas. De um lado, a correção dos valores originais de contratos e dívidas em geral garantia a manutenção do real valor do negócio, no interesse do credor. Por outro lado, essa mesma correção poderia causar um desequilíbrio na relação contratual sob certas condições, como no exemplo *supra*.

Essa noção de equilíbrio entre as partes e o efeito do fator “tempo” nesse equilíbrio são a principal preocupação dos juízes alemães, conforme se pode notar nas decisões em que a *suppressio* foi invocada (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 802). A demora no exercício de um direito que venha causar desequilíbrio em prejuízo da outra parte torna-se uma ofensa à lealdade e à confiança que deve existir entre os contratantes. Justificasse, portanto, a intervenção do juiz para restabelecer o equilíbrio da relação.

Assim como os demais casos mencionados neste estudo, para a verificação da *suppressio* no caso concreto predominam os aspectos objetivos. Há, por certo, elementos subjetivos que podem denunciar a existência de dolo⁷, mas os aspectos objetivos relacionados ao efetivo prejuízo, à conduta normal (que geram confiança na contraparte) e à atuação segundo princípios de boa-fé são

os verdadeiros determinantes da referida verificação. Por esse motivo, a *suppressio* não se confunde com “renúncia” do titular de um direito, em que o elemento volitivo é essencial.

Aliás, existem outros institutos que se assemelham (nos efeitos) à *suppressio*, mas que são diferentes em sua natureza. É o caso da prescrição, que tem um acento processual e nada tem que ver com a boa-fé. Também a decadência guarda diferenças importantes em relação à *suppressio*. Na verdade, em relação a todos esses remédios jurídicos, a *suppressio* tem caráter subsidiário, sendo aplicável somente em situações em que a ordem jurídica não contemple uma solução específica (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 812).

Outro aspecto peculiar da *suppressio* em relação aos demais institutos que tem vinculação com o decurso de tempo é a variabilidade desse período. Enquanto na prescrição e na decadência a ordem jurídica positiva prevê um prazo determinado, na *suppressio* esse prazo depende das circunstâncias do caso concreto.

A *surrectio* é o nascimento de um direito pela prática continuada de determinados atos (ou omissão). Esse direito surge para beneficiar aqueles que depositaram confiança na continuidade de tal procedimento. Na verdade, os autores afirmam que *suppressio* e *surrectio* são dois lados da mesma moeda. Enquanto uma das partes vê-se impedida de exercer uma determinada pretensão, surge para o outro um direito subjetivo. Menezes Cordeiro chega a afirmar que a *suppressio* é uma visão ao contrário do verdadeiro fenômeno jurídico, a *surrectio* (p. 824). Seria o surgimento de um direito subjetivo o verdadeiro obstáculo ao exercício de uma pretensão em sentido oposto.

A polêmica em torno desse tema surge em função da diferença de posições adotadas por alguns juristas alemães. M. Cordeiro cita as teses de Canaris e Jürgen Schmidt. Para o primeiro,

“na *suppressio* não está em jogo a extinção gratuita do direito do titular

não exercente, mas antes o benefício reconhecido à contraparte; apura-se, assim, a idéia de *surrectio* ampla à qual se aplicam os factores isolados por Canaris, na óptica da sistemática móvel. A via trilhada por Jürgen Schmidt explora-se pela negativa: chamando a atenção para as normas que regulam o tempo nas situações jurídicas, Schmidt permite constatar, afinal, a natureza plena das mesmas” (p. 823-824).

Continuando a explicar a tese defendida por Schmidt, M. Cordeiro afirma que:

“A *suppressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. É nesta que devem ser procurados requisitos” (p. 824).

Deixando de lado tais discussões, importa lembrar que também aqui existe a aplicação do princípio da confiança, na proteção dos interesses de quem confiou na conduta alheia.

2.4. Exceptio doli

A *exceptio doli*, ou exceção de dolo, é uma das formas pela qual o devedor (*lato sensu*) pode deixar de prestar a obrigação que, em situação normal, estaria adstrito a cumprir. Segundo Menezes Cordeiro, exceção (em direito substantivo) é “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente” (p. 719). Assim, podemos dizer que a *exceptio doli* consiste na isenção de um dever (ainda que temporária), baseada no dolo da outra parte.

Na verdade, quando se fala em “dolo” é porque a expressão latina é assim traduzida literalmente. Contudo, quando tratamos de estudar essa exceção tendo em vista o princípio da confiança, não podemos esquecer tudo o que foi dito anteriormente sobre os aspectos objetivos que compõem esse “dolo” (se é que pode ser chamado dessa forma). O que ocorre no mais das vezes é um abuso no exercício de um determinado direito ou, como menciona Wieacker, o “exercício inadmissível de um direito” (1982, p. 89).

A sua alegação é ato processual e tem em vista uma paralisação da pretensão do credor. Contudo, pode gerar efeitos também na esfera do direito material, nas situações em que o deferimento em favor do demandado tem caráter satisfativo, ou seja, quando o acolhimento da exceção representa a impossibilidade de que o demandante volte a exercer sua pretensão. Exemplo disso são as obrigações de fazer, quando seu objeto é a execução de uma tarefa determinada, em lugar e tempo específicos.

Essas situações não são as mais comuns. Normal é haver apenas uma paralisação da pretensão, que pode ser exercida, de forma diversa, no futuro (WIEACKER, 1982, p. 91). Como mencionamos antes, a *exceptio doli* tem maior relevância nas situações em que se verifica o abuso de direito. Assim, não se presta para fulminar o direito da parte, mas sim para impedir que a ação acarrete (mais) prejuízos ao demandado.

Conclusão

Da análise dos pressupostos para aplicação da teoria da confiança e dos casos em que se efetiva a sua proteção, pode-se concluir que a confiança, do ponto de vista jurídico, corresponde a um estado em que determinada pessoa adere a certas representações que crê serem efetivas. A proteção da confiança é, justamente, o reconhecimento da efetividade dessa representação e a consequente proteção de quem nela depositou

confiança (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1234).

Outra conclusão que se pode derivar dos casos que foram aqui comentados é que algumas regras próprias do negócio jurídico (entendido como manifestação da vontade) são afastadas, diante de uma situação que requer a proteção da confiança. Exemplo disso são as normas relativas ao “erro”, pois se afasta a possibilidade de anulação por erro do agente ao exteriorizar determinada conduta. Exceção feita àquela situação, que mencionamos anteriormente, em que o destinatário tem consciência desse vício da vontade e, portanto, não chega a depositar efetiva confiança no agir do declarante⁸.

A razão disso (do afastamento de algumas regras próprias do negócio jurídico) reside, justamente, no objetivo final do princípio da confiança, que é a segurança do tráfico. O princípio da autonomia da vontade também está ligado a essa noção de segurança jurídica. Mas a segurança garantida pelo princípio da autonomia da vontade é a segurança do indivíduo. Esses dois princípios atuam, conjuntamente, no direito das obrigações, bem como em todo o direito privado.

Como dissemos anteriormente, a proteção da confiança dirige-se à segurança do tráfico, transcendendo interesses individuais. Em última análise, trata-se da preponderância do interesse público em relação ao interesse privado.

No início deste estudo, comentamos que o Princípio da Confiança e o Princípio da Boa-Fé aparecem (juntos) em diversos textos jurídicos. Existem, na verdade, algumas dúvidas sobre a relação entre esses princípios. Será que o Princípio da Confiança está contido no Princípio da Boa-Fé (ou vice-versa)? Ou são princípios autônomos, com fundamento nos mesmos padrões morais, e que agem conjuntamente?

Na busca de uma resposta a tais questionamentos, é muito útil a afirmação que Karl Larenz faz ao comentar de que forma esses princípios se manifestam efetivamente: “O

jogo concertado dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente”⁹. Mario Julio de Almeida Costa, ao tratar da *culpa in contrahendo*, também faz alguns comentários sobre esse ponto, afirmando o seguinte:

“Ora, sancionando tal figura jurídica, visa o direito proteger a confiança depositada por cada uma das partes na boa-fé da outra e conseqüentes expectativas que esta lhe cria durante as negociações, quanto à criteriosa condução das mesmas, à futura celebração do negócio ou à sua validade e eficácia. Daí que se torne possível responsabilizar o agente, que viole essa confiança, pelos danos causados à contraparte” (1984).

Em outras palavras, o direito requer de cada um dos contratantes um comportamento segundo a boa-fé. Em contrapartida, protege a confiança de cada um deles na conduta de seu parceiro, o qual se espera tenha comportamento que se enquadre nos preceitos da boa-fé.

Independente de como se relacionam esses dois princípios, é certo que ambos têm grande importância para o moderno direito das obrigações, e; por que não dizer, para o Direito como um todo. Para que o anseio por relações obrigacionais mais equilibradas torne-se realidade, em uma sociedade tão marcada pelas diferenças sociais, é vital a aplicação de tais princípios no dia-a-dia das relações jurídicas, com reflexo, inclusive, na atividade forense.

Se o individualismo dos revolucionários franceses foi crucial para marcar o início de uma nova era, uma era de respeito ao indivíduo enquanto cidadão, os novos ventos tendem a levar consigo toda a poeira acumulada nesses dois séculos, fazendo ressurgir o respeito a valores um tanto esquecidos. Mais do que isso, podemos andar um passo além e descobrir valores “novos” que estão (e, na verdade, sempre estiveram) no íntimo de cada indivíduo, os quais se resu-

mem no respeito à dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a “pessoa” objeto da proteção jurídica não se restringe ao indivíduo. São alcançados também a célula familiar, uma determinada coletividade ou toda a sociedade, cujos interesses difusos devem ser protegidos pelo poder público. Compondo esse quadro estão os princípios que mencionamos acima, os quais apontam, em última análise, para o ideal de justiça, presente em todos nós.

Notas

¹ (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 1236). O jurista português explica que *Gewere*, no direito germânico anterior à romanização, consistia no apossamento material de um bem, que se realizava perante o povo ou testemunhas (p. 457, nota 150).

² Nos sistemas de direito anglo-americano, essa equivalência é melhor compreendida pela noção de *Consideration*, que está na base dos contratos em relação aos quais o Direito reconhece uma ação específica. Um dos primeiros aspectos avaliados pelo juiz, nesses países, é a existência de benefícios e encargos para ambas as partes. Assim, se uma das partes tem apenas os benefícios e a outra, os encargos (ou se há grande desproporção entre eles), falta a esse negócio a “*consideration*”. Dentro do espírito pragmático desses sistemas, tal ausência irá determinar uma compensação à parte prejudicada ou até mesmo a quebra do vínculo, conforme o caso.

³ *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch-Urgel, 1962. p. 65-66. *Apud* Arnaldo Rizzardo, 1982, p. 224.

⁴ Expressão usada por Menezes Cordeiro, p. 1248.

⁵ Caso *Pickard v. Sears*, 6 A. & E. (1837), *apud* Lígia Maura Costa (1994).

⁶ Embora alguns institutos do Direito germânico antigo tenham certa semelhança com a *supressio*, a ligação entre ambos é mais cultural do que dogmática. É o que afirma Menezes Cordeiro ao comentar que esse instituto surge “como esquema novo destinado a enfrentar problemas novos” (1984, p. 801).

⁷ Vide item 1.2, parte em que fala do “elemento subjetivo”.

⁸ Silvio Rodrigues (1959, p. 23) – citando artigos do C.C. Italiano: arts. 1428, 1431.

⁹ Metodologia da ciência do direito, p. 581.

Bibliografia

- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- BECKER, Verena Nygaard. A categoria jurídica dos atos existenciais. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, ano. 7/8, p. 15-53, 1973/1974.
- BURTON, Steven J. Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. *Harvard Law Review*, vol. 94, p. 371.
- CANARIS, Claus Wilhelm. Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano 1, n. 3, p. 567-617, 793-831, set. 1993.
- CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Almedina: Coimbra, 1984. v. 1, v. 2.
- CORREIA, A. Ferrer. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Almedina: Coimbra, 1985.
- COSTA, Judith H. Martins. Os fundamentos da responsabilidade civil. *RTJE*, v. 93.
- _____. Jurisprudência comentada: princípio da boa-fé. *AJURIS*, n. 50, p. 207-227, nov. 1990.
- COSTA, Lúcia Maura. *O crédito documentário: e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduard V. Fiol. Bosch: Barcelona, 1961.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de proteção. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1994. Separata do v. XXXVIII, Suplemento.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review*, v. 77, n. 3, p. 401-449, jan. 1964.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, tomo 1. Tradução de Jaime Santos Briz.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1992.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1983. v. 2 e 4.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *AJURIS* n. 24, mar. 1982.
- RODRIGUES, Sílvio. *Dos defeitos dos atos jurídicos*. São Paulo: Max Limonad, 1959.
- SILVA, Clóvis V. Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. Dever de indenizar. In: _____. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri: Civitas, 1982.