

Violação positiva do contrato, obrigação como processo e o paradigma do inadimplemento

Samuel Meira BRASIL JR.*

Gabriel Sardenberg CUNHA**

RESUMO: Ao contemplar-se a estrutura da relação obrigacional hoje entendida como complexa é possível nela constatar a existência de uma marcha processual findada com o adimplemento. Adimplemento este que, porém, não mais consegue ser explicado somente pelas noções de crédito e de débito. Isso porque esta obrigação complexa é dotada de um sem-número de feixes finalísticos que correspondem a uma ideia mais ampla de adimplemento, traduzida especificamente pela adequação da conduta dos obrigados a um *standard* jurídico de boa-fé. Desse modo, assim como ocorre com as noções de crédito e débito, também os institutos clássicos do inadimplemento absoluto e da mora não conseguem mais exaurir a compreensão do fenômeno do inadimplemento na atual concepção da relação obrigacional. Com efeito, após estabelecerem-se essas premissas, este ensaio valer-se-á dos estudos de Herman Staub e de sua crítica contemporânea para (re)propor uma alternativa caso-a-caso; uma terceira via ao *genus* inadimplemento: a violação positiva do contrato, que é incomparavelmente capaz de com maior propriedade conceitual decifrar o incumprimento com os deveres anexos à boa-fé objetiva. Ademais, porquanto imprescindível, é ainda objetivo deste trabalho cotejar essa concepção com o alargamento da estrutura da mora pelo Código Civil de 2002 de modo a concluir pela necessária absorção deste instituto da tradição alemã pelo ordenamento brasileiro em razão de seu linear alinhamento uma manifestação de inadimplemento que os tipos apriorísticos da lei civil são simplesmente incapazes de tutelar.

PALAVRAS-CHAVE: Violação positiva do contrato; obrigação como processo; obrigação complexa; adimplemento; inadimplemento.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O Direito de crédito, o dever de prestar e o inadimplemento; – 3. A Obrigação complexa como processo e a finalidade do vínculo; – 4. A boa-fé objetiva, seus deveres anexos e a insuficiência do regime dicotômico de responsabilidade civil obrigacional; – 5. Violação positiva do contrato e a superação caso a caso da dicotomia clássica da responsabilidade obrigacional; – 6. O caso da mora no direito brasileiro; – 7. Conclusão; – Referências.

TITLE: Positive Breach of Contract, Obligation as a Process and the Default Paradigm

ABSTRACT: When contemplating the structure of the obligational relationship currently understood as complex, it is in it possible to perceive the existence of a procedural march that ends with the performance. Such performance, however, can no longer be explained only by the notions of

* Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Inteligência Artificial pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Coordenador do Siegerkreis – Vitória/ES.

** Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado graduado pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Siegerkreis – Vitória/ES.

credit and debt. That is because this complex obligation is endowed with a myriad of finalistic beams that corresponds to a broader idea of compliance specifically translated by the appropriateness of the conduct of the obligors to a legal standard of good-faith. Thus, as with occurs with the notions of credit and debt, the traditional institutes of absolute default and delinquency can no longer exhaust the comprehension of the phenomenon of default in the present conception of the obligational relationship. Therefore, once these premises are established, this essay will draw from the studies of Herman Staub and its contemporary critics to (re)propose a case-by-case alternative; a third means to the default genus: the positive breach of contract, which is incomparably capable to better conceptually decipher non-compliance with the lateral duties arising from objective good-faith. Moreover, since essential, it is still the objective of this article to compare this conception with the enlargement of the structure of arrears as in the 2002's Civil Code in order to conclude for the necessary absorption of this institute of German tradition by Brazilian law owing to its linear aligning with a manifestation of default that the aprioristic types already prescribed in the code are simply incapable of regulating.

KEYWORDS: Positive breach of contract; obligation as a process; complex obligation; performance; default.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The right of credit, the duty to perform and the default; – 3. The complex obligation as a process and the purpose of the bond; – 4. The objective good faith, its annexed duties and the insufficiency of the dichotomous regime of obligational civil liability; – 5. Positive breach of contract and the case-by-case basis overcoming of the classical dichotomy of obligational civil liability; – 6. The case of delinquency in Brazilian law; – 7. Conclusion; – 8. References.

1. Introdução

Utilizando-se da boa-fé como vetor para interpretação e integração das obrigações, revelou-se a existência de uma figura tão mais complexa que aquela obrigação simples, na qual somente se contempla o crédito e o débito. Para além, delimitou-se a existência de diversos feixes finalísticos balizadores de uma nova concepção de adimplemento e, consequentemente, também de uma nova noção de relação obrigacional – a obrigação complexa.

Daí começa-se a perceber, no seio da relação obrigacional, deveres que não somente aqueles ligados ao crédito em si, mas ao atendimento às expectativas e motivações que levaram à gênese do vínculo.

Nesse momento, as figuras da impossibilidade de prestação e da mora – que esgotariam o perímetro do inadimplemento - parecem simplesmente não ter amadurecido da mesma forma que o vínculo que deveriam tutelar, uma vez que dirigidas somente ao direito de crédito, ignorados esses outros deveres igualmente capazes de, se violados, evidenciar dano aos sujeitos da relação.

Como resposta, a solução doutrinária foi a acidental proposição de um terceiro regime, que, ao confrontar-se com a relação obrigacional complexa e seus diferentes influxos, sugere uma concepção capaz de facilmente albergar a violação aos demais deveres obrigacionais, que não conseguem corresponder conceitualmente às formas tradicionais de inadimplemento.

Desse modo, com o intento de justificar a necessidade por uma terceira alternativa linearmente correlata à violação a deveres anexos à boa-fé objetiva, visionar-se-á demonstrar serem insuficientes os sistemas estanques de responsabilização civil obrigacional representados pelas figuras do inadimplemento absoluto e da mora.

Para tanto, parte-se de uma *tese* - proposição positiva, que, no caso, traduz-se na assertiva de serem insuficientes os sistemas já propostos para responsabilizar toda forma de inadimplemento e na oferta de uma solução. Posteriormente, pautando-se nas críticas à alternativa proposta, sugere-se a desnecessidade de mais uma construção em razão de, alegadamente, os sistemas existentes já resolverem a problemática da tutela das violações a deveres decorrentes da boa-fé – *antítese*. Porém, do raciocínio dialético erige-se a *síntese*, uma dupla negação que constrói uma proposição positiva superior¹ – resultado da pesquisa, que encerra o texto.

Ademais, pautando-se na teoria da argumentação, permitir-se-á a construção de síntese argumentativa coerente e não controvertida, uma vez que o conjunto de argumentos que a formam rechaçam aqueles que a atacariam sem que, indiretamente, sustente-se a proposição anterior.²

Assim, o presente ensaio visa justamente aferir a insuficiência ou não do tradicional sistema de responsabilidade obrigacional ao lidar com a noção de obrigação complexa para após (re)propor alternativa ao gênero inadimplemento, com a especial ressalva do papel das cortes em sua construção e das nuances dessa categoria quando confrontada com o Direito brasileiro.

2. O Direito de crédito, o *dever de prestar* e o inadimplemento

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 81.

² BRASIL JR. Samuel Meira. Ensaio sobre argumentação jurídica – 1ª Parte. *Depoimentos*. Vitória, n. 4, p. 09-25, 2002, p. 182.

Tecnicamente, obrigação é vocábulo utilizado para designar espécie do gênero *dever jurídico*, correlato a existência de um direito de crédito, que se trata da *face ativa* da chamada relação obrigacional.³ Por sua vez, referida obrigação forma-se a partir da existência de um vínculo jurídico⁴ estabelecido entre um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor) mediante a existência de um *dever de prestar* – objeto e face passiva da relação.

Trata-se, pois, da relação jurídica na qual dois ou mais indivíduos obrigam-se e dotam-se um direito creditório de exigir prestações acordadas.⁵

Assim, havendo um negócio sujeito ao direito, e, portanto, jurídico, existente, ao mesmo tempo, relação obrigacional dotada de um direito de crédito (= obrigação principal) a ser satisfeito pelo seu objeto, o débito (= dever de prestar) correspondente. O não cumprimento do dever de prestar exterioriza a faculdade de se exigir sua execução específica⁶ – conteúdo da obrigação,⁷ ou atingir o patrimônio do devedor (= perdas e danos), possibilidade que se tangencia por meio da noção de responsabilidade civil obrigacional.⁸

A sua vez, o cumprimento com o dever de prestar, pelo qual se consubstancia a obrigação, é até mesmo indiscriminadamente chamado de *pagamento*,⁹ o que,

³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.17-18.

⁴ O vínculo deve ser jurídico, de modo a diferenciar a relação obrigacional de outras em que não há sujeição de direito, como aquelas relações eminentemente morais (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. Tratado de Derecho Civil, t. 2. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933, p. 5).

⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, Tomo 1*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1964, p.18.

⁶ Esse ponto merece especial digressão, uma vez que a responsabilidade (patrimonial) já existe de forma latente no cerne da obrigação muito antes do inadimplemento. Responsabilidade, na hipótese, traduz-se pela sujeição do patrimônio do devedor às perdas e danos. A responsabilidade, em verdade, corresponde à uma prestação secundária ligada às perdas e danos, enquanto o débito (= dever de prestar), a sua vez, corresponde à obrigação principal (= direito de crédito). Desse modo, a responsabilidade (patrimonial), não surge do inadimplemento, vez que já inserida no contexto da obrigação. O que o inadimplemento faz é tornar possível “por em atividade” a responsabilidade em juízo e atingir o patrimônio do devedor. Conforme bem explica Clóvis Couto e Silva “a prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui responsabilidade. É preciso, porém, ter presente que a responsabilidade é elemento da obrigação e coexiste com o débito. Não é totalmente correto afirmar que a responsabilidade surge, apenas, quando se manifesta inadimplemento insatisfatório ou recusa em adimplir. Em tal caso, pode o credor prejudicado pôr em atividade um dos dois elementos que formam a obrigação perfeita: débito e responsabilidade.” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 83).

⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16.

⁸ Optamos, nesse ponto, chamar a responsabilidade civil decorrente do inadimplemento de “obrigacional” e não “contratual” muito em parte pelo apontamento que faz Orlando Gomes: “A responsabilidade por infração de dever oriundo de vínculo obrigacional denomina-se impropriamente responsabilidade contratual. Pelo nome, tem-se a falsa ideia de que se refere tão-somente ao inadimplemento culposo de obrigação assumida contratualmente. Compreende, no entanto, todos os casos de inexecução voluntária, seja qual for a fonte da obrigação. (...) O que importa para sua caracterização é a preexistência da relação obrigacional.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182.)

⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 87.

invariavelmente, reforça ainda mais a consciência de como o vínculo obrigacional é tradicionalmente estudado mediante uma perspectiva creditícia, típica dos sistemas matemáticos. Com efeito, se o pagamento ocorre da forma acordada, ou ao menos esperada, há adimplemento.

Do contrário, está-se diante de uma *situação objetiva de descumprimento do débito*¹⁰ - o inadimplemento, que acarreta, conseqüentemente, perdas e danos. A existência de um crédito e de um débito – o desequilíbrio que orienta o dever de prestação - e o cumprimento ou não desse dever, seria o que definiria a existência ou não da possibilidade de responsabilizar o devedor.

Valendo-se dessas noções fundamentais, surgidas do direito romano e aprimoradas pela tradição da *civil law* italiana e alemã, o Código Civil Brasileiro, mais especificamente em seus artigos 389 e 394, adotou o clássico regime dicotômico de responsabilidade civil obrigacional se utilizando das figuras do inadimplemento absoluto e do inadimplemento relativo.

O inadimplemento absoluto se caracteriza na ocorrência de duas hipóteses: a impossibilidade de prestação ou a falta de interesse do credor. Na primeira, em razão de algum motivo superveniente à celebração da obrigação, há uma impossibilidade de se adimplir com seu objeto. Não se trata de dificuldade excessiva, mas de real impossibilidade de cumprimento.¹¹ É o que ocorre, por exemplo, se em contrato de comodato o devedor culposamente permite a destruição do item que deveria restituir.

No outro caso, a despeito da possibilidade de cumprimento do dever de prestar, a obrigação não mais interessa ao credor, por motivo imputável ao devedor. Trata-se de hipótese resumida pelo clássico exemplo da noiva que contrata costureira para produzir seu vestido, que, contudo, somente é finalizado após a data do casamento. Já passada a data do evento, o cumprimento ulterior daquela obrigação é agora inútil ao credor, que faz jus às perdas e danos cabíveis.

¹⁰ VARELA, João de Matos Antunes. (1999). *Das obrigações em geral, vol. II*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 60.

¹¹ VARELA, João de Matos Antunes. (1999). *Das obrigações em geral, vol. II*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 68.

De outro modo, o inadimplemento relativo é tradicionalmente ligado à figura da mora¹² – ao adimplemento extemporâneo da obrigação imputável ao devedor. Contudo, nesse caso, apesar do atraso, ainda subsiste o interesse na manutenção do vínculo obrigacional, exigindo-se o cumprimento do dever de prestação sem prejuízo do ressarcimento pelos eventuais danos advindos da mora. O dever de prestar não é cumprido no todo, mas ainda subsiste a possibilidade de sê-lo, e referida possibilidade interessa ao credor.

3. A Obrigação complexa como processo e a *finalidade* do vínculo

Esta tradicional dicotomia do inadimplemento absoluto e relativo funciona muito bem quando se pensa em uma relação obrigacional como abstração findada unicamente em uma lógica creditícia, ou seja, na existência de vínculo estanque cujo objetivo é tão simplesmente o exercício do direito subjetivo de crédito pelo cumprimento de um dever jurídico de débito imediatamente correspondente.¹³

Todavia, o amadurecimento histórico da ciência jurídica possibilitou a concepção de outros elementos intrínsecos ao vínculo, ao inseri-lo em uma percepção realista das motivações que esteiam a relação obrigacional. Daí verifica-se a existência de uma figura tão mais complexa do que aquela relação meramente adstrita ao *dever de prestar* comum à lógica creditícia. Até mesmo porque a obrigação surge da necessidade de atendimento a uma demanda humana e real derivada de expectativas, motivações e intenções sociais, morais ou econômicas.¹⁴

A obrigação é dotada, pois, de uma *finalidade* materializada em razão desses critérios, de modo que a não satisfação de referidos parâmetros, a despeito do adimplemento do *dever de prestar*, é capaz de frustrar, de igual maneira, direito subjetivo do credor. Mais do que isso, a compreensão da relação obrigacional polarizada via uma ótica finalística é capaz de evidenciar até mesmo deveres sobreviventes ao adimplemento. Desse modo, as finalidades associadas ao vínculo são capazes até mesmo de originarem

¹² Convém ressaltar que direito brasileiro considera também inadimplemento relativo hipóteses nas quais o *dever de prestar* ocorre em desacordo com o local e o modo previstos. Tratam-se de situações anômalas que não se confundem com a mora, mas que remetem à uma novel espécie do gênero inadimplemento relativo dotada de seus mesmos efeitos. Não inviabilizam, porém, a defesa pela necessidade da adoção violação positiva do contrato, nem com ela se identificam, uma vez que ligadas ao *dever de prestação* e não aos deveres laterais da obrigação complexa, paralelos e independentes do primeiro, para o qual são insuficientes os arquétipos do inadimplemento relativo e absoluto.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 383.

¹⁴ RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Direito das obrigações, vol. 1*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 129.

deveres anômalos que perduram após o cumprimento com próprio *dever de prestar*.¹⁵ Exemplo claro disso é o *dever de garantia*, que se projeta no tempo especificamente após a tradição. Lembremo-nos da possibilidade de sujeição do fornecedor pelo consumidor em função do direito de garantia, surgido da *teoria do risco do empreendimento* que encapsula direito potestativo do consumidor de sujeitar às faculdades listadas na lei todos os indivíduos envolvidos na cadeia produtiva do bem/serviço se diante de um vício não sanável no prazo de garantia.¹⁶

Assim, muito além do crédito e do débito existe uma pluralidade de variáveis e elementos com conteúdo qualitativo autônomo que permeiam o vínculo negocial, de modo que a obrigação assume um caráter de realidade composta,¹⁷ não mais individualizada somente por aquele *dever de prestar*, mas também dotada desses outros elementos direcionados ao atendimento da finalidade intrínseca à obrigação capaz de atender aos interesses do credor, dentre os quais se incluem também o dever de prestação (= obrigação principal) da forma acordada.

Sob essa noção, é possível afirmar não ser necessariamente o atendimento ao *dever de prestar* capaz de garantir uma verdadeira satisfação material do credor. Em verdade, abandono à noção de relação obrigacional como simples equação creditícia exige que o conceito de adimplemento não mais se cinja tão somente a noção de *pagamento* – de quitação de um crédito, mas que a prestação atenda à finalidade do vínculo, justamente pelo satisfazer das motivações, expectativas e quaisquer outros interesses e situações jurídicas esperadas que remetam à sua gênese.

Com isso, é possível categoricamente afirmar que a finalidade inerente à obrigação, ao enveredar-se pelo filtro da razoabilidade quando desnuda diante da apreciação do caso concreto, assume indelével autonomia para alterar a noção que se tem por verdadeiro adimplemento, uma vez que essas demais variáveis também passam a integrar a face passiva da relação obrigacional, juntamente com o *dever de prestar*.

¹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 20.

¹⁶ O dever de garantia é manifestação clara da existência de deveres anexos originados da máxima da boa-fé. Na ótica da relação de consumo, porém, independem da figura da violação positiva do contrato, eis que o Código de Direito do Consumidor erige regime novel e distinto de responsabilidade civil, que foge à esfera de compreensão do inadimplemento absoluto e relativo, orientando-se, ao invés, tão somente em função do elemento *vício*. Contudo, se o direito de garantia é oferecido por um contraente em relação obrigacional tão somente cível, e não consumerista, o entendimento que parece o melhor é a de que se trataria de clara hipótese cuja análise do caso concreto pediria a orientação da noção da violação positiva do contrato.

¹⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 586.

Ou seja, a equação transfigura-se. A face ativa passa a compreender não somente o direito de crédito, mas também interesses pessoais, econômicos, motivacionais, sociais e situações jurídicas afins. Já a face passiva alberga o *dever de prestar*, correlato a uma obrigação principal, e outros, ligados ao atendimento às finalidades que lastreiam o vínculo. A obrigação passa a ser vista como *complexa*.

Muito dos predicados que erigem essa noção advém da contribuição de Karl Larenz para o direito das obrigações. Segundo o autor, o vínculo obrigacional deve ser entendido, a princípio, como uma estrutura complexa (*Gefüge*),¹⁸ dotada de elementos individualizados com cargas valorativas singulares. Referida estrutura (a relação obrigacional) não representaria tão somente uma soma desses elementos, como se dissociados fossem, apesar de singulares; pelo contrário, evidenciaria feixes indistintamente ligados e voltados à satisfação da *finalidade* do vínculo, único consectário exigido em razão desse seu conceito global.¹⁹

Segundo Larenz,²⁰ isso torna o vínculo passível de ser compreendido como uma *totalidade*, dotada de singular dinamismo. Seria uma estrutura orgânica, um *todo* compreendido pela composição desses elementos unidos especificamente em prol do objetivo final de atendimento à finalidade da obrigação. Um todo, porém, dotado de sentido próprio, não resumível aos elementos, posições jurídicas e deveres que o integram, ainda que composto por eles.²¹ Daí a dinamicidade do vínculo como totalidade.

Explicar-se-ia aí a manutenção do vínculo ainda que se perdessem algumas de suas situações jurídicas²² em razão da vontade das partes²³, em razão de prescrição ou até

¹⁸ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 26-27.

¹⁹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 26-27.

²⁰ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 28.

²¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 20.

²² Clóvis Couto e Silva discorre que “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 adimplido o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 20).

²³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações, vol. 1*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 78.

mesmo em razão do próprio adimplemento do *dever de prestar*, como já aludido conforme o exemplo do direito de garantia.

Com efeito, a relação obrigacional complexa, ao ser compreendida como estrutura, passa também a ser vislumbrada como processo (*Prozeß*), já que a extinção de determinados feixes da estrutura não alteraria a identidade do vínculo nem a possibilidade de alcance do objetivo final da marcha processual obrigacional, qual seja, a chegada a seu fim, com a conseqüente satisfação dos interesses e motivações do credor.²⁴

A obrigação como processo, neste particular, remete-se à possibilidade de vislumbrar o vínculo obrigacional como totalidade - organismo dinâmico, na qual os vários momentos e fases que orbitam a relação almejam o alcance de um adimplemento em nível de todos os planos que compõe o organismo,²⁵ justamente em razão dos feixes finalísticos que polarizam toda a estrutura composta do vínculo.²⁶

Alcançar a finalidade da obrigação passa a ser mais importante que as nuances ocorridas na estrutura, já que é o fim que garante coerência à existência dos elementos nela contidos. Havendo inadimplemento em algum dos planos ou fases do vínculo, invariavelmente ofendem-se os feixes finalísticos que integram o todo, motivo pelo qual há de se impor prejuízos a quem o dá causa.

Havendo, assim, no cerne do vínculo obrigacional diversos elementos que, juntamente com o originário dever de prestar volvem-se ao atendimento da finalidade da obrigação, o mero cumprimento do débito não mais corresponde ao conceito total de adimplemento.

Desse modo, como forma de traduzir essa diversidade de feixes finalísticos de modo tangível, o direito civil se apropria de uma outra figura que, embora sempre integrante da relação obrigacional como cláusula aberta, possibilita a concorrência ativa do juiz

²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 20.

²⁵ Em suma: “os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 20-21).

²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 20-21.

para a criação da norma,²⁷ exaurível somente em sede do caso concreto, capaz de, nesse ínterim, refletir, caso a caso, o conteúdo normativo desses elementos obrigacionais finalísticos individuais a cada hipótese. Trata-se, é claro, da boa-fé objetiva.

4. A boa-fé objetiva, seus deveres anexos e a insuficiência do regime dicotômico de responsabilidade civil obrigacional

O instituto da boa-fé objetiva, que é uma construção jurídica histórica complexa cuja análise aprofundada não se propõe devido aos limites deste texto, deve ser ao menos entendido como uma norma jurídica compulsória; existente como princípio ou por força de lei; inerente a todos os negócios como “cláusula orgânica” e que, invariavelmente, invoca um dever de adequação a um *standard* jurídico que traduz o arquétipo pelo qual determinadas condutas devem ser interpretadas.²⁸

A imposição dessa cláusula a todo e qualquer negócio jurídico acarreta na criação, pela praxe, de um modelo de conduta social a ser observado nas relações jurídicas, justamente com o fito de preservarem-se as finalidades do negócio e impor o cumprimento dos deveres laterais que delas surgem. Quanto maior a aquiescência da boa-fé objetiva pelos tribunais, mais se fomenta a percepção da vasta gama de definíveis condutas que propõe ofensa aos arquétipos exigidos em diferentes situações – o que se exige do indivíduo em determinado vínculo,²⁹ até mesmo porque diferentes relações obrigacionais se submetem a diferentes influxos da boa-fé objetiva,³⁰ sendo imprescindível uma individualização em concreto de modo a agregar maior compreensão do conteúdo do *standard*.

Assim, ao assumir que a relação obrigacional deva seguir sua marcha processual em observância a um arquétipo específico de boa-fé para a hipótese, verifica-se o surgimento de consequentes deveres de não fazer,³¹ ou seja, de agir em conformidade com as noções de proteção, de esclarecimento e de lealdade³² derivadas do *standard*.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 326-327.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982, p.346-347.

³⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 73.

³¹ STOLL, Heinrich. Abschied von der lehre von der positiven vertragsverletzung. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 136, n. 3, p. 257-320, 1932, p. 228-289; 291.

³² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 604.

Daí é possível assumir que a boa-fé comina normas heterônomas que consagram deveres de cumprimento autônomos à prestação principal, porém também inerentes ao vínculo, que, diante da relação de confiança que se estabelece em particular em cada caso, refletem a proteção aos feixes finalísticos da relação obrigacional.³³ O adimplemento também com esses deveres garante que seja satisfeita a *finalidade* da obrigação sem que haja, concomitantemente, danos para as partes.

Note-se, aí, que o conteúdo obrigacional da boa-fé e de seus deveres laterais não se confundem com aquele dever de prestar imanente à obrigação creditícia. Ao revés, destina-se a imposição da observância a deveres surgidos de um modelo de conduta social construído a partir do reconhecimento de sua extensão e consectários pelas cortes e que garantem, para além somente do cumprimento da prestação creditícia, o atendimento aos interesses e finalidades inerentes às obrigações complexas/totais.

Em suma, violar a boa-fé não é o mesmo que violar a obrigação principal, ainda que, invariavelmente, trate-se, da mesma maneira, em um caso ou no outro, de uma forma inadimplemento.

Tratando-se de normas de conteúdo obrigacional diverso, nada impede que haja adimplemento da prestação principal, satisfazendo assim a obrigação creditícia, porém, ao mesmo tempo, violando deveres laterais;³⁴ frustrando a expectativa do credor; exigindo descabido sacrifício do devedor; havendo descompasso com a conduta tipicamente exigida ou simplesmente prestando a obrigação de forma defeituosa. Em resumo: não atendendo ao padrão imposto pela boa-fé ao comportamento de ambos os polos do vínculo obrigacional³⁵ e, portanto, não alcançando as *finalidades* a que Larenz faz menção.

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982, p.346-339.

³⁴ É o que pode ocorrer, conforme evento aludido, de uma venda cujo dever de garantia, posterior à entrega da mercadoria, é injustamente frustrado com a negativa da troca do produto viciado, a exemplo.

³⁵ A obrigação vista como totalidade, como organismo, somente pode verdadeiramente percebida quando se pretende encarar o vínculo através da lente da cooperação. Nesse perímetro orgânico e dinâmico, pois, os obrigados (credor e devedor) deixam de ocupar posições eminentemente antagônicas e passam a vislumbrar o adimplemento como um esforço comum. Isso decore, é claro, do padrão de comportamento imposto pela boa-fé. “A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito o vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 19).

Como o tratamento dado pela tradicional dicotomia da teoria do inadimplemento dirige-se à prestação creditícia, acaba por ignorar a gênese da percepção de deveres autônomos a essa prestação original, derivados da boa-fé e que são inaptos a serem enquadrados com simetria na lógica do inadimplemento absoluto ou relativo.

Condutas que violam essas espécies de deveres laterais de lealdade ou proteção não podem ser invariavelmente remetidas ao atraso e à impossibilidade de prestação, por exemplo; justamente pela autonomia entre o dever de prestar e os deveres laterais.³⁶ Isso possibilita o adimplemento do direito de crédito – que sim pode comportar atraso ou impossibilidade – mas que ao mesmo tempo ignora o atendimento às *finalidades* do vínculo, como ocorre em uma prestação defeituosa ou desidiosa.

Desse modo, a exegese da boa-fé evidencia a presença de lacuna³⁷ existente na responsabilização de condutas que de igual forma consistem em inadimplemento, mas que se dirigem a deveres anômalos e não abarcados pela dicotomia clássica.

Felizmente, a doutrina tedesca, na figura das violações positivas do contrato (*positiven Vertragsverletzungen*) de Hermann Staub³⁸ e seus críticos, acabou por propor satisfatória alternativa que guardaria solução ao desencontro da relação obrigacional complexa enquanto processo, da boa-fé e de seus deveres laterais com a teoria do inadimplemento.³⁹

5. Violação positiva do contrato e a superação caso a caso da dicotomia clássica da responsabilidade obrigacional

³⁶ Tal qual como ocorre entre o débito (= dever de prestar) e a responsabilidade patrimonial. v. nota n.º 6.

³⁷ Larenz fala de uma lacuna já que “a lei regulou, adentro das circunstâncias que hão-de ser imputáveis ao devedor, só a causação culposa da impossibilidade da prestação e a mora. Os autores da lei pensaram na verdade haver abarcado, deste modo, todas as classes de incumprimento de deveres que impendem sobre o devedor.” Assim, haveria “uma «lacuna» da lei precisamente porque, segundo a intenção reguladora subjacente, tem que esperar-se uma regulação também destes casos. Se ficassem sem consequência jurídica, então haver-se-ia satisfeito mal a expectativa justificada do credor de que o devedor se comportará de acordo com a obrigação e, portanto, a segurança do tráfego jurídico. A regulação total que quer dar a cada um o que é seu, tanto ao credor como ao devedor, ficaria, por causa disso desvalorizada. O fim da regulação requer, por isso, o preenchimento desta lacuna e o caminho para isso indicam-no as regras respectivas da lei para os casos, aí regulados, de um incumprimento dos deveres do devedor.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 528-529).

³⁸ STAUB, Hermann; MÜLLER, Eberhard (Ed). *Die positiven vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlin: J. Guttentag, 1913.

³⁹ “Alguns anos depois da entrada em vigor da lei, STAUB, a quem a doutrina e a jurisprudência seguiram desde então, pôs em relevo a lacuna ali existente, posto que o devedor pode não cumprir os seus deveres de outro modo, por exemplo mediante o cumprimento defeituoso da prestação ou o incumprimento de um dever de proteção fundado na relação contratual.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 528-529).

O próprio Karl Larenz definiu, em seu tratado de direito obrigacional, dois exemplos em específico em que os esquemas clássicos, pautados no inadimplemento absoluto e relativo seriam insuficientes para responder a essa, até então, atípica manifestação de inadimplemento.⁴⁰

Consiste o primeiro deles no que se convencionou chamar de *defeito* no adimplemento.⁴¹ Ou seja, existiria adimplemento, porém, seria ele imperfeito; falho. Nesse tipo de exemplo, o devedor atenderia o conteúdo central da obrigação – a obrigação principal (= direito de crédito), mediante o adimplemento do dever de prestar – mas esse cumprimento, defeituoso, traria, por si só, danos ao credor.⁴²

É o caso, por exemplo, da contratação de um serviço de fornecimento de internet no qual o provedor, a despeito de fornecer internet, permite que haja constantes quedas na conexão ou então súbitas reduções de velocidade. Mais claro é o exemplo da compra de perecíveis, que, apesar de entregues no tempo acordado, são de péssima qualidade.

O segundo exemplo, mais amplo que o primeiro, é ligado à desídia do devedor (ou do credor) quanto a um *múnus* de omissão ou cooperação, inclusive implícito, decorrente da relação obrigacional.⁴³ Voltando ao exemplo do provedor de internet; imagine que as falhas citadas decorram do fato de que o fornecedor sabia que a velocidade contratada não era possível de se obter no endereço do consumidor. Pensando em um exemplo mais óbvio, conceba a compra e venda de um apartamento na qual não se informa ao comprador da existência de diversos problemas na encanação e infiltrações.

Por outro lado, quanto ao dever de omissão, pode-se citar o caso de um contrato de locação de loja em shopping center para abertura de uma pizzaria, no qual o locatário contrata com o locador especificamente porque no *mix* de lojas apresentado constava a presença de apenas uma outra pizzaria, ou seja, apenas uma concorrente. No entanto, durante a execução do contrato, o locador permite que no mesmo local se instalem mais três pizzarias; aumentada culposamente a concorrência do locatário, e, evidentemente, evidenciado prejuízos injustos ao seu comércio.

Note-se tratar, nos referidos exemplos, de condutas incapazes de serem enquadradas, sem alargamentos teóricos, nos moldes tradicionais de inadimplemento absoluto ou

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 335.

⁴¹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 335.

⁴² LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 335.

⁴³ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982, p. 335.

relativo.⁴⁴ O núcleo do inadimplemento existente na violação a deveres laterais não pode, a qualquer modo, integrar a lógica do inadimplemento absoluto ou da mora – afinal, o cumprimento defeituoso pode até mesmo não mais aproveitar ao credor.⁴⁵ A razão disso é que há, nessas hipóteses, o cumprimento do dever original de prestar; da obrigação principal, mas com particularidades que ofendem uma integral satisfação do credor.⁴⁶

Foi verificando a existência dessa lacuna no *Bürgerliches Gesetzbuch* (código civil alemão) que o advogado Hermann Staub, partindo de uma análise exemplificativa, constatou a existência de hipóteses de violações positivas no vínculo que, a despeito de ocasionarem dano e, portanto, exigirem reparação, não possuíam imediata correspondência nas previsões de inadimplemento absoluto e relativo.⁴⁷

A seu ver, a mera indenização também não seria suficiente em resolver o prejuízo, motivo pelo qual defendeu, em razão da possibilidade de a obrigação ainda interessar ao credor, que se vislumbrasse a aplicação dos efeitos cabíveis à mora: (1) a manutenção da obrigação com indenizações adstritas a cada singular violação; (2) uma indenização global pelo descumprimento ou então (3) a rescisão contratual.⁴⁸ Cunhou assim, a figura que denominou *violação positiva do contrato*.

Staub propôs originalmente a aplicação da violação positiva do contrato em alguns exemplos específicos: (1) na violação de uma obrigação de não fazer; (2) no cumprimento de uma obrigação que ainda causa danos ao credor e (3) no cumprimento defeituoso do *dever de prestar* de uma obrigação singular ou de trato diferido.

Partindo desses exemplos, a doutrina alemã criticou uma aparente falta de unidade⁴⁹ na construção staubiana, que agregaria, sob um mesmo espectro, contextos diversos,⁵⁰ que invariavelmente remeteriam a uma noção de descumprimento de deveres

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 601.

⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 601.

⁴⁶ O alargamento do conceito de inadimplemento relativo pelo direito brasileiro, ao fazer menção ao *local* e *modo* também não resolve esse problema, uma vez que se dirige à prestação principal e não às violações aos direitos laterais surgidos da boa-fé.

⁴⁷ STAUB, Hermann; MÜLLER, Eberhard (Ed). *Die positiven vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlim: J. Guttentag, 1913, p. 5-6; 39.

⁴⁸ STAUB, Hermann; MÜLLER, Eberhard (Ed). *Die positiven vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlim: J. Guttentag, 1913, p. 24.

⁴⁹ STOLL, Heinrich. Abschied von der lehre von der positiven vertragsverletzung. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 136, n. 3, p. 257-320, 1932, p. 262; 314.

⁵⁰ LEHMANN, Heinrich. Die positiven vertragsverletzungen. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 96, n. 1, p. 60-113, 1905, p. 77.

obrigacionais ou ocorrência de hipótese em que não mais faria sentido o cumprimento da obrigação,⁵¹ solucionáveis por meio da mora e do inadimplemento absoluto.

Sustentou-se, assim, inexistir qualquer lacuna na lei.⁵² A justificativa seria o fato de que qualquer insatisfação com o cumprimento, ou seja, qualquer falta de atendimento ao critério finalístico do vínculo tornaria de algum modo, impossível o *dever de prestar*, pelo menos quanto ao momento ou o modo.⁵³ Dessa forma, bastaria ampliar o conceito de *prestação* para vislumbrar-se uma impossibilidade parcial nos casos a que faz menção Staub, que assim estariam já tutelados pelo BGB.⁵⁴

O problema decorre do fato de que, por essa lógica, alargar a noção de *prestação* significaria conceber também a mora como uma forma (= subespécie) de impossibilidade parcial,⁵⁵ o que subverteria a lógica do direito alemão, ao agregar a mora dentro do perímetro da impossibilidade.⁵⁶

Desse modo, ao invés de alargar-se o conceito de *prestação* (aqui entendido como *dever de prestar*) deve-se perceber a existência de outros deveres derivados da relação obrigacional dinâmica.⁵⁷ Esses, no caso, decorrentes da boa-fé objetiva. O erro dos críticos então, nesse momento específico, foi o de albergarem, sob um mesmo escopo, tanto o *dever de prestar* quanto aqueles não adstritos ao direito de crédito, e confundir o adimplemento desses últimos com o adimplemento da própria obrigação principal, ainda que, em verdade, sejam partes autônomas do organismo do vínculo. Não há

⁵¹ LEHMANN, Heinrich. Die positiven vertragsletzungen. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 96, n. 1, p. 60-113, 1905, p. 77.

⁵² HIMMELSCHEIN, Jury. Erfüllungszwang und lehre von den positiven vertragsverletzungen. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 135, n. 3, p. 255-327, 1932, p. 256 e WICHER, Reinhard. Zur frage der haftung für fehlerhafte leistung. In: *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 158, n. 4, p. 297-302, 1959, p. 297.

⁵³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 529.

⁵⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 529.

⁵⁵ Segundo Larenz “HIMMELSCHEIN, AcP135, pág. 255, 158, pág. 273, e WICHER, AcP 158, pág. 297, sustentam que não existe nenhuma lacuna da lei, posto que toda a insatisfação do vínculo do devedor toma impossível o cumprimento do seu dever de prestação, ao menos no momento preciso e de modo preciso e, por isso, só se se apreender com a amplitude suficiente o conceito de «prestação» é que representa um caso de impossibilidade parcial da prestação. Contra a hipótese de uma lacuna, também EMMERICH no MÜNCH. KOMM., 22 e segs.; 28 ao § 275 do BGB. Observa acertadamente a este respeito REIMER SCHMIDT (no comentário de SOERGEL, 34, ao § 275) que então também a mora tem de considerar-se como uma sub-hipótese de impossibilidade parcial, o que não corresponde à estrutura da lei. Mas sobretudo o conceito amplo de «prestação» devida, posto como base por HIMMELSCHEIN e WICHER, contrapõe-se a uma diferenciação, plena de sentido, dos deveres decorrentes da relação obrigacional. Cf. a esse respeito também ESSER, ob. cit., em V 2”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 529).

⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 529.

⁵⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 529.

necessidade de alargar-se a compreensão do que se tem por *prestação*, bem representada nas concepções já existentes, mas, ao revés, deve-se ampliar a maior compreensão do vínculo, como que, se visto por uma lupa, fosse possível enxergar um sem-número de deveres paralelos e concomitantes ao *dever de prestar*; *interdependentes*, uma vez que visam ao mesmo fim, porém também *autônomos*; cada qual com as particularidades que determinam seu adimplemento em particular.

Fica assente, pois, que as críticas tecidas à figura criada por Staub só serviram de modo a melhor definir o escopo de aplicação do instituto. A tamanha digressão exigida para tentar refutar a construção staubiana evidenciou a inevitável dificuldade em se adequar linearmente as várias modalidades propostas à dicotomia tradicional. Isso decorre do fato de que, apesar dos críticos reconhecerem até certo ponto a diferenciação entre os deveres de prestação e os deveres laterais advindos da boa-fé, esses últimos são incapazes de simples integração à lógica do inadimplemento absoluto e da mora, até porque, como aludido retro, seu conteúdo é diverso.

Sem embargo, a estrutura desenvolvida por Staub propõe alternativa melhor visualizável àquela oferecida pelos seus críticos, que exigiria um inseguro alargamento hermenêutico das normas referentes ao inadimplemento e da própria concepção de *prestação* de modo a abarcar também hipóteses nas quais se reputam violados deveres laterais da boa-fé. Em certo ponto, chegou-se até mesmo a sugerir-se que às hipóteses de violação positiva do contrato fosse aplicado o regramento relativo à responsabilidade extracontratual, ou aquiliana.⁵⁸

O problema maior faz menção à necessidade de um regime⁵⁹ para claramente se enquadrarem as violações suscitadas e não à eventual possibilidade de se construir variáveis da mora ou do inadimplemento absoluto cujos efeitos se expandiriam para os referidos vilipêndios que certamente merecem igual responsabilização.

Vivifica-se por isso, a noção de melhor se guardar o paradigma clássico aos deveres creditícios – prestação principal, com os quais reporta imediata correspondência.

No tocante aos deveres obrigacionais laterais, surgidos da boa-fé e, conseqüentemente, ao cumprimento defeituoso da obrigacional principal, mais útil é valer-se da violação

⁵⁸ KIPP, Theodor. Das reichsgericht und die positiven vertragsverletzungen. *Deutsche Juristen-Zeitung*. Berlim, vol. 8, n. 11, p. 253-255, 1903, p. 255-256.

⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 601.

positiva do contrato,⁶⁰ que propõe enquadramento conceitual visivelmente inteligível. Ou seja, não é conduta ou o tipo de obrigação⁶¹ que irá demandar a terceira classificação, mas o tipo de dever que na hipótese em concreto é violado,⁶² se um *dever de prestação* ou se deveres laterais.⁶³

Nesse caso, não se nega a importância do inadimplemento absoluto ou relativo, que corresponde bem à lógica do direito de crédito, mas propõe-se uma terceira via; um terceiro regime, aplicável especificamente nos vilipêndios obrigacionais direcionados aos deveres laterais da boa-fé objetiva.

Sua aplicabilidade e os efeitos que melhor atenderão ao credor, contudo, como intimamente vinculados à boa-fé – cuja concepção deverá ser pelas cortes construída precedente após precedente com a igual delimitação de seus deveres decorrentes – somente serão chancelados em específico; caso a caso, onde será possível verificar, com incomparável convicção, se se está diante da violação desses mesmos deveres laterais cuja adequação aos conceitos de mora e inadimplemento absoluto são inequivocamente insatisfatórios.⁶⁴

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 602.

⁶¹ Se de dar, fazer, não fazer.

⁶² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (2002). *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223.

⁶³ Precisamente neste sentido tem sido a atuação de diversos tribunais brasileiros, ao reconhecerem expressamente a violação positiva do contrato enquanto modalidade de inadimplemento relativa ao descumprimento de deveres decorrentes da boa-fé. No ponto, remete-se a alguns julgados, com especial destaque à atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos quais não se encontrou dificuldades para identificarem-se diversas ocasiões de precisa aplicação do instituto em estudo: TJSP, 32ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n.º 9049922-42.2009.8.26.0000; Rel. Des. Hamid Bdine; j. em 30/01/2014; TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n.º 1001232-03.2015.8.26.0132, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. em 05/04/2017; TJDFT, 4ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 0039838-06.2013.8.07.0007, Rel. Des. Cruz Macedo, j. em 15/04/2015; TJES, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0027369-49.2010.8.08.0024, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, Rel. Subs. Des. Vânia Massad Campos, j. em 11/10/2011. Curiosamente, pesquisa no repositório do Superior Tribunal de Justiça não encontrou maiores debates a respeito do tema. Não se pode deixar de destacar, porém, o Enunciado de n.º 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, conduzida em parceria com o próprio STJ, que destaca, em certo ponto, entendimento em consonância com o defendido neste trabalho: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

⁶⁴ Podem ser dados alguns exemplos muito claros do papel das cortes nesse sentido. Valendo-se dos julgamentos referenciados na nota n.º 63 é possível constatar o influxo da boa-fé em tratativas específicas e a consequente identificação em concreto de seus deveres anexos, cujo descumprimento foi traduzido e solucionado pelo reconhecimento da violação positiva do contrato enquanto modalidade de inadimplemento. Primeiramente, tome-se como exemplo o caso da apelação tombada sob o n.º 0039838-06.2013.8.07.0007 (TJDFT, 4ª Turma Cível, Apelação Cível n.º, Rel. Des. Cruz Macedo, j. em 15/04/2015). A demanda tratava da venda de um veículo entre particulares. O recorrente, que também era o autor, objetivava o desfazimento do negócio e a restituição dos valores pagos aos réus vendedores do veículo, uma vez que o carro adquirido foi entregue com documentação irregular com suspeita de clonagem, o que impediu a regularização do veículo em seu nome. Para solucionar o caso, a 4ª Turma Cível do TJDFT constatou que ao alienarem o veículo com documentação irregular os réus violaram os deveres de lealdade e informação impostos pela boa-fé à hipótese e determinou o retorno das partes ao *status quo ante*,

6. O caso da mora no direito brasileiro

Supostamente, contudo, haveria particularidade no Direito brasileiro que dispensaria a necessidade de adoção de uma terceira modalidade do gênero *inadimplemento*. O motivo seria uma expansão da concepção de mora, que, a teor do artigo 394 do Código Civil, agora contempla também como inadimplemento relativo o pagamento feito de em dissonância com o *lugar* e o *modo* estabelecidos pela lei ou pela convenção *intra partes*.

Conforme se defende, a menção ao *modo* de cumprimento da obrigação, com o alargamento da concepção de mora, abrigaria justamente as hipóteses de inadimplemento/cumprimento lesivo tipicamente vinculadas à violação positiva do contrato. Uma vez dissociada a mora tão somente da ideia de *demora culposa*, não estaria limitada esta a traduzir o adimplemento extemporâneo da obrigação sob o qual operaria seus efeitos; mas também a qualquer hipótese de inadimplemento *parcial* ou *relativo* que se sujeitaria a uma ampla interpretação do vocábulo *modo*.

Assim, principalmente o cumprimento defeituoso seria passível de ser visualizado pela ótica da mora, dispensado o esforço da construção doutrinária e judicial de uma terceira modalidade do gênero inadimplemento.

Não se pode anuir com essa divagação conceitual. Em primeiro ponto, porque mora corresponde a atraso, à intempestividade no adimplemento. É um conceito salutar cuja

impondo a devolução de toda a quantia paga pelo recorrente/autor. Note-se, no particular, que como havia ocorrido a tradição - o *dever de prestar* para aquele caso, tanto mora quanto inadimplemento absoluto seriam incapazes de se adequar conceitualmente ao descumprimento perpetrado. Noutro caso, qual seja, no julgamento da apelação n.º 0027369-49.2010.8.08.0024 (TJES, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, Rel. Subs. Des. Vânia Massad Campos, j. em 11/10/2011), discutia-se a cobrança de mensalidades de um curso técnico. Na hipótese, pretendia a apelante fosse o apelado condenado ao pagamento das mensalidades que entendia serem devidas. Já o apelado julgava não ser devedor, visto que havia abandonado o curso por ter descoberto não ser ele registrado frente à autoridade competente. Diante das alegações das partes, a 2ª Câmara Cível do TJES constatou de fato não estar o curso em questão registrado frente ao Ministério da Educação, razão pela qual entendeu haver ocorrido clara violação aos deveres anexos à boa-fé por parte da apelante, uma vez que deveria ter sido ela transparente com o apelado quanto à ausência do registro. Entendeu o órgão julgador, pois, pela ausência de lealdade na condução do negócio, o que configurou inadimplemento correspondente à violação positiva do contrato. Por essa razão, decidiu a C. Câmara por negar o pedido de cobrança da instituição de ensino. Novamente, note-se que também neste último caso o *dever de prestar* foi devidamente adimplido, vez que as aulas do curso foram ministradas. Todavia, em razão do descumprimento quanto aos deveres de lealdade minimamente esperados no negócio - descumprimento este obviamente prejudicial ao apelado, restou também decidido que nada ele devia. Com efeito, têm-se ambos os casos como exemplos exatos da densificação do *standard* de boa-fé esperado em hipóteses específicas; da definição de seus consequentes deveres anexos e da determinação das consequências jurídicas cabíveis ao caso, alcançáveis a partir da aplicação do conceito da violação positiva do contrato.

confusão com outras circunstâncias propõe um desserviço à lógica do direito obrigacional.

Não bastando, o alargamento do conceito de mora remete ao mesmo problema do alargamento do dever de *prestação*, conforme discutido no tópico retro. Isso porque tanto a mora quanto a impossibilidade de prestação se dirigem ao *dever de prestar*, ao direito de crédito, tanto é que a lei fala em *pagamento*. Os deveres laterais, contudo, ainda com a indevida ampliação do conceito de mora pelo Código Civil, continuam sem resguardo específico pela previsão legal positiva, subsistindo, pois, a lacuna da qual há tanto aduz Staub.

É importante ter muito claro, nesse momento, que não basta alargar a noção de mora para tentar traduzir-se a violação a dever laterais surgidos da boa-fé. Isso porque a mora, ainda que dilatada, não atinge esses deveres individualmente compreendidos. No momento em que se amplia a noção de mora para hipóteses que tratam também do *lugar* e do *modo*, justamente pela lógica histórica da operabilidade da mora, que se dirige à obrigação principal, também essas novas duas manifestações do conceito se dirigiriam à mesma obrigação principal.

Do contrário, ter-se-ia um instituto com três faces, porém com duas lógicas distintas, objetivando tutelar duas manifestações de inadimplemento diferentes. O problema subsistiria, portanto: ter-se-ia um conceito estranhamente dilatado como uma forma de tentar (sem sucesso) explicar o fenômeno do inadimplemento a deveres laterais de boa-fé. Assim como se tentou com a concepção de *prestação*, se alargaria uma noção para tentar albergar concepções novas advindas da compreensão do vínculo como totalidade, mas que ainda assim seria incapaz de satisfatoriamente traduzir o novel fenômeno por encontrar óbice na lógica da tradição jurídica e na dialética legal.

Parece, em verdade, que a tentativa em delegar à mora dilatada a tarefa de traduzir a violação a deveres laterais da boa-fé ocorre por uma incompreensão conceitual da obrigação complexa. Talvez pela facilidade em se assimilar o típico conceito de violação a dever lateral na figura do cumprimento defeituoso com a noção de *modo* a que faz menção o art. 394, os defensores dessa noção acreditam que o Código Civil tenha então finalmente suprido a lacuna.

Contudo, o *modo*, nesse caso, é o modo de pagamento, a forma acordada para realizar a prestação (pagamento em pecúnia, ou em bens, oferecer bens de determinada marca, e

assim por diante) e não a uma concepção qualitativa do *dever de prestar* que deriva, por conseguinte, de um dever de lealdade nativo à obrigação complexa e que a mora alargada é incapaz de explicar, justamente por se dirigir somente ao dever de prestar de forma isolada.

Assim, os que entendem que a mora como hoje disposta no Código Civil encerra o problema da violação positiva do contato, o fazem, na realidade, por uma insuficiência em compreender a noção da obrigação total e em individualizar e enxergar os deveres paralelos ao *dever de prestar*. Agrupam, pois, vários contextos distintos sob uma mesma noção, de modo errôneo – erro do qual o próprio Staub foi injustamente acusado de cometer. E mais, apesar de o *modo*, pela concepção ontológica atrelada ao verbete, possibilite uma frágil aproximação com o cumprimento defeituoso, não faz o mesmo com os outros exemplos ligados à figura da violação positiva do contrato, como a violação de uma obrigação de não fazer e o cumprimento de uma obrigação que ainda causa danos ao credor. Deve-se guardar, pois, a devida propriedade na ligação entre os conceitos. Ao dever de prestar (1) deve-se direcionar o inadimplemento absoluto e o inadimplemento relativo (1) (mora, ainda que alargada) e aos deveres laterais (2) a violação positiva do contrato (2), uma vez que aqueles conceitos (1) falham ao tentar interpretar o descumprimento a esses outros deveres oriundos da boa-fé (2).

Em suma: ainda que se alargue a concepção de mora para descumprimento no *lugar e modo*, este *lugar e modo* referem-se ao *dever de prestar*, não aos deveres laterais de boa-fé, motivo pelo qual subsiste a necessidade de uma terceira modalidade.

A exemplo, o cumprimento defeituoso, que comumente se vincula a um dever lateral de lealdade, não pode remeter à mora, ou como trata o direito brasileiro, mora por violação ao *modo*. Cumprir defeituosamente não viola o dever de prestar, porque, afinal, se adimple com esse *dever de prestar*. Se cumpre; há *pagamento*. Cumprir defeituosamente viola a boa-fé, não o *dever de prestar*, já que remete à expectativa, não ao direito de crédito e, por essa razão, não se enquadra no perímetro da mora, mas encontra no conceito de violação positivo do contrato melhor explicação para seu fenômeno.

Em verdade, todas as hipóteses normalmente associadas à violação positiva do contrato invariavelmente podem ser remetidas à violação de deveres derivados da boa-fé, como se espécies mais específicas desse gênero fossem, vinculados principalmente a uma noção de atendimento à finalidade em seu aspecto volitivo. Por isso parece sensato

afirmar que talvez seja por isso que Staub tenha agregado todos seus exemplos originais sob uma mesma concepção teórica, em função justamente do fato de que sua violação positiva do contrato mostrou-se satisfatoriamente capaz de decifrar o inadimplemento a esses deveres paralelos ao *dever de prestar*. Não seria, assim, como os críticos outrora afirmaram, uma confusão de concepções distintas, mas o agrupamento, em uma mesma construção conceitual, de todas as hipóteses de violação a deveres que surgem em razão da exegese caso a caso da boa-fé. A violação positiva do contrato seria, pois, a cifra que permite interpretar os deveres laterais de boa-fé e encontrar as consequências jurídicas de sua eventual violação.

Por certo, uma análise mais atenta do exemplo típico do cumprimento defeituoso, bem como de outras hipóteses, permite visualizar não um descumprimento do *dever de prestar*, mas de deveres laterais de boa-fé.

Pode parecer muito preciosismo segregar e classificar os institutos desse modo. Mora e inadimplemento absoluto = dever de prestar. Violação positiva do contrato = boa-fé. Na realidade, como bem sustenta Stoll, uma análise teleológica possibilitaria alargar o conceito de mora⁶⁵ às hipóteses que cabem ao incumprimento positivo.

Deve-se, neste particular, recordar que esses conceitos e construções são artificiais e tradicionalmente vinculados a situações em específico, o que dificulta visualizar sua extensão para algo que lhe é conceitualmente estranho. Poderia muito bem passar-se a associar a mora a essas outras hipóteses como se a mesma coisa fosse e aplicar-lhe seus efeitos. Bastaria a absorção da tradição jurídica quanto a esse aspecto. Lembremo-nos que o Direito é construção humana e seus conceitos visam a traduzir noções científicas e situações jurídicas, no caso, concebidas também por humanos.

Contudo, como essa classificação causaria, como causa, estranhamento, afinal, a mora é historicamente ligada ao atraso, talvez seja melhor que se crie outro conceito, totalmente novo, concebido especificamente para traduzir com maior propriedade essas tantas noções que parecem (com razão) não se enquadrarem nas concepções tradicionais. Assim é possível vencer alargamentos conceituais desnecessários de institutos já consagrados e há muito absorvidos pela tradição jurídica.

7. Conclusão

⁶⁵ Como já ineficazmente tenta o art. 394 do Código Civil.

Assim como fez Hermann Staub, este ensaio propôs-se a, ao menos, evidenciar inegável problemática que, a exemplo do direito brasileiro, ainda subsiste em outros sistemas jurídicos, não obstante o fato de uma alternativa viável existir há mais de cem anos.⁶⁶

Veja que o problema é conceitual. Não existe, na teoria clássica, forma linear de enquadrar as agressões aos deveres laterais, surgidos do amadurecimento da boa-fé, nos sistemas matemáticos e estanques do inadimplemento absoluto e relativo.

Demandar-se-ia um desconfortável alargamento no conceito e aplicabilidade da mora e da impossibilidade de prestação para tanto; que é o que a própria crítica à concepção staubiana propõe.

Todavia, mais do que confinar-se a conceitos clássicos, com esfera de aplicabilidade consagrada, deve-se permitir a teoria do inadimplemento evoluir da mesma forma que amadureceu a importância dada à boa-fé e sua interlocução com as obrigações.

Neste particular, a proposta de Staub, cujo conceito guarda uma imediata correspondência, inexistente na dicotomia tradicional, com o contexto da violação a deveres diversos ao dever de prestar, decorrentes da boa-fé, consubstancia o primeiro passo para tanto.

Aos tribunais locais, porém, destinar-se-á a tarefa de delimitar, em específico, seus efeitos e o domínio de sua aplicabilidade, ao deparar-se, em concreto, com violações que não ao dever de prestação tradicional.

8. Referências

BRASIL JR. Samuel Meira. Ensaio sobre argumentação jurídica – 1ª Parte. *Depoimentos*. Vitória, n. 4, p. 09-25, 2002.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil, t. 2. derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁶⁶ STAUB, Hermann; MÜLLER, Eberhard (Ed). *Die positiven vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlin: J. Guttentag, 1913.

- HIMMELSCHEIN, Jury. Erfüllungszwang und lehre von den positiven vertragsverletzungen. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 135, n. 3, p. 255-327, 1932.
- KIPP, Theodor. Das reichsgericht und die positiven vertragsverletzungen. *Deutsche Juristen-Zeitung*. Berlim, vol. 8, n. 11, p. 253-255, 1903.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*. Munique: Beck, 1982.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones, Tomo 1*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1964.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEHMANN, Heinrich. Die positiven vertragsverletzungen. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 96, n. 1, p. 60-113, 1905.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações, vol. 1*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Direito das obrigações, vol. 1*. Coimbra: Almedina, 2001.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STOLL, Heinrich. Abschied von der lehre von der positiven vertragsverletzung. *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 136, n. 3, p. 257-320, 1932.
- STAUB, Hermann; MÜLLER, Eberhard (Ed). *Die positiven vertragsverletzungen*. 2. ed. Berlim: J. Guttentag, 1913.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral, vol. II*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- WICHER, Reinhard. Zur frage der haftung für fehlerhafte leistung. In: *Archiv Für Die Civilistische Praxis*. Tubinga, vol. 158, n. 4, p. 297-302, 1959.

civilistica.com

Recebido em: 27.01.2018
Aprovado em:
23.04.2018 (1º parecer)
05.06.2018 (2º parecer)

Como citar: BRASIL JR., Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. Violação positiva do contrato, obrigação como processo e o paradigma do inadimplemento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/violacao-positiva-do-contrato-obrigacao/>>. Data de acesso.