



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Violação Positiva do Contrato

Daniela Moreira de Holanda

Rio de Janeiro
2009

DANIELA MOREIRA DE HOLANDA

Da Violação Positiva do Contrato

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fatzer

Prof. Nelson Tavares

Prof^ª. Mônica Areal

Prof. Marcelo Pereira de Almeida

Rio de Janeiro
2009

DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Daniela Moreira de Holanda

Graduada pela Universidade Gama Filho.
Advogada.

Resumo: a complexidade das relações sociais influenciou a doutrina a adotar uma nova visão do fenômeno obrigacional, atribuindo-lhe critério valorativo e ético. Nesse contexto as funções desempenhadas pela boa-fé objetiva com especial atenção à criação de deveres anexos e seus efeitos dentro da relação obrigacional identificada como uma terceira espécie de inadimplemento, denominada de violação positiva do contrato assume papel de extrema relevância no interesse coletivo pautado na correção e lisura. O presente trabalho busca analisar a relevância do citado instituto, seus efeitos e conseqüências no âmbito da prática forense.

Palavras-chaves: Direito Civil (obrigações), Contrato, Inadimplemento, Violação.

Sumário: Introdução. 1. Influências Doutrinárias. 2. Princípios que Regem os Contratos. 3. Mora, Inadimplemento Absoluto e Violação Positiva do Contrato. 4. A Violação Positiva do Contrato no Direito Brasileiro. 5. A Responsabilidade Civil e Análise Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho, ora proposto, enfoca a demonstração da superação da dicotomia entre a mora e o inadimplemento absoluto, que condicionou a interpretação do jurista do século XIX e início do século XX, por meio de uma teoria trazida do direito alemão, tendo como precursor Hermann Staub em 1902. A deficiência dos conceitos clássicos não protegia os contratantes na hipótese de um “meio termo” entre o atraso e a inexecução por completo de uma obrigação, pois não se adaptavam às categorias antigamente propostas.

Busca-se despertar a atenção para os inúmeros casos nos quais, por exemplo, um dos contratantes descumpre uma relação por meio de uma atuação positiva, pelo mau cumprimento de deveres de prestação, pela prática daquilo que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa. Assim, temos que essas atuações positivas ou o cumprimento defeituoso causam danos à parte, devido à não observância de um dever lateral de conduta, advindo do princípio da boa-fé, principalmente do seu vetor confiança.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre o sistema definido pelo Código Civil pátrio, que conferiu à mora um conceito amplo, devido à teoria dos vícios, fazendo com que não se possa importar a teoria alemã na sua plenitude.

Portanto, esse sistema mais flexível implica na distinção entre os diferentes tipos de deveres laterais, fazendo com que aqueles que dizem respeito à realização da prestação principal, sejam enquadrados dentro das categorias tradicionais. Assim, apenas a quebra daqueles deveres laterais provenientes exclusivamente do princípio da boa-fé, não guardando relação com a tipicidade da prestação principal, caracteriza-se como violação positiva do contrato, com especial destaque para os deveres de proteção.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: as influências doutrinárias; as quatro hipóteses, apontadas pela doutrina de violações positivas dos contratos; a discussão de cada uma das teses; a responsabilidade civil extracontratual decorrente da violação de um dever jurídico primário e suas conseqüências, como a conversão em perdas e danos ou a subsistência da obrigação. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico prospectivo.

Deve-se saber, assim, a forma como a doutrina vem se posicionando, com uma nova modalidade de inadimplemento, e como os tribunais vêm se manifestado nos casos concretos levados ao judiciário.

1. INFLUÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

O País que melhor desenvolveu e difundiu a violação positiva do contrato foi a Alemanha pós-1900, ou seja, após a entrada em vigor do seu Código Civil, o *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou BGB, de 1896. Dadas as características próprias desse código, a doutrina que seguiu a sua entrada em vigor ocupou-se especialmente da noção, baseada fundamentalmente na figura introduzida por Hermann Staub em 1902, da *positive Vertragsverletzung*. Na Alemanha, a reforma do BGB de 2001/2002 tratou da matéria, ainda que sem nomear. Assim o parágrafo 280/1 do citado código dispõe: “Compete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional o dever de indenizar”; o parágrafo 324 permite, perante a violação de uma dever de relação obrigacional, a resolução do contrato pelo credor.

A razão para esse desenvolvimento tem fundamento mediato na própria formulação moderna da idéia de inadimplemento. A doutrina pré-moderna não distinguia dicotomicamente a noção de inadimplemento. Foi Pothier quem, pela primeira vez, tratou dos danos resultantes tanto da inexecução da obrigação como no atraso na execução.

Dada a influência de Pothier, a distinção foi inserida no *Code Napoleon*, a noção difundiu-se, encontrando solo fértil nos mais diversos diplomas que advieram na fase codificatória vivenciada pela Família Romano-germânica.

O citado código regulamentou genericamente a principal consequência do inadimplemento - o dever de indenizar - em uma mesma disposição, fazendo com que a distinção interna entre as hipóteses de inadimplemento se tornasse menos importante do que a consequência por ela gerada.

Com inspiração no *Code Napoleon*, que teve a vigência de quase um século, os redatores do novo código buscando fugir das discussões desenvolvidas na França, sentiram necessidade de fixar com mais segurança o momento da conversão à prestação *in natura* em

pretensão às perdas e danos e evitavam seguir o mesmo caminho flexível e também abrangente utilizado pelo *Code*. Assim o BGB regrou o inadimplemento de forma distinta do Código Civil francês. Dessa forma, ficou descoberto “uma amplo espaço de inadimplemento” a ser preenchido entre a impossibilidade e a mora, espaço que Staub, advogado berlinense, buscou preencher logo nos primeiros anos de vigência do BGB.

Em 1902, Staub publicou no *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, o artigo *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, ou seja “as violações positivas do contrato e suas conseqüências jurídicas”. Nele o autor tentava encontrar fundamentação para os incontestáveis casos que alguém descumpra uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa.

Os casos reunidos como situações de violação positiva do contrato foram das mais diversas ordens. Arrolou o autor: negligente cumprimento de deveres de prestação, gerador de danos específicos; descumprimento de obrigações negativas; o mau cumprimento de obrigações duradouras pondo em risco os fins do contrato; o descumprimento de deveres laterais; recusa antecipada do devedor de cumprir o devido.

A tese do citado autor sofreu diversas críticas doutrinárias, inclusive quanto à nomenclatura adotada. Costuma-se dizer que tanto o substantivo “contrato” como o adjetivo “positivo” estariam mal escolhidos, pois os casos de inadimplemento poderiam ser encontrados tanto nos contratos como também em outras fontes obrigacionais, como os negócios jurídicos unilaterais.

Por outro lado, existem casos de deveres anexos que consubstanciam nitidamente deveres positivos, como ocorre com os deveres de informação, de sorte que o descumprimento desses deveres, ensejadores de violações positivas do contrato, configurariam violações na realidade negativas.

Em face disso, oferece a doutrina alemã uma série de designações distintas para essa hipótese de inadimplemento, tais como mau cumprimento (*Schlechterfullung*), adimplemento ruim (*Schlechtleistung*) ou violação positiva do crédito (*positive Forderungsverletzung*).

2. PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS

O Código Civil incorporou três novos princípios no âmbito dos contratos, quais sejam, o da boa fé objetiva (artigo 422), o do equilíbrio econômico do contrato (artigo 478) e o da função social do contrato (artigo 421).

Pelo princípio da boa-fé objetiva, as partes, por força de lei, são obrigadas a guardar, na formação, na execução e também na conclusão do negócio os princípios da probidade e boa fé. Há, portanto, ao lado dos vínculos criados pelo acordo de vontades, deveres paralelos, que a moderna doutrina civilista chama de deveres acessórios ou anexos aos que foram expressamente pactuados.

O dever de lealdade e boa-fé já atua e obriga na fase pré-contratual, antes mesmo da definição do ajuste contratual, assim como no de seu cumprimento; e subsiste, até mesmo, depois de exaurido o vínculo contratual pelo pagamento e quitação.

Uma das funções da boa-fé objetiva é, exatamente, limitar o exercício de direitos subjetivos (e de quaisquer manifestações jurídicas) contratualmente estabelecido em favor das partes, obstando um desequilíbrio negocial. Por isso, o eventual exercício de um direito contemplado em contrato, exercício ético do negócio, poderá configurar abuso de direito.

Segundo NEGREIROS (2006), a boa-fé e o abuso de direito complementam-se, operando a primeira como parâmetro de valorização do comportamento dos contratantes e o segundo como quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.

A aferição da boa-fé dirige-se a correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não se deve observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé. Ou seja, há de se avaliar qualquer comportamento em conformidade com padrões sociais vigentes, pouco importando o sentimento que animou o agente. O contrário da boa-fé objetiva não é a má-fé, mas a ausência da boa-fé.

De fato, o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem o seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repreensão a todas as condutas que importem em desvios dos parâmetros sedimentados de honestidade e retidão.

Exatamente por isso, a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção na conformidade do agir do homem comum daquele meio social. Trata-se de concepção ética da boa-fé, entendendo-se por ética ciência do fim para o qual a conduta do homem será orientada.

Importante salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. Compreende-se a boa-fé objetiva um modelo ético de conduta social, uma regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não se frustrar a legítima expectativa da outra parte.

A boa-fé objetiva, segundo ROSENVALD (2009) pressupõe: uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz *bonus pater familias*; e reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

Em sentido diverso, a boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito, o que em verdade só existe na aparência. Sua maior carga irradia no Livro do direito das coisas do Código Civil. A

boa-fé subjetiva localiza-se como atributo qualitativo de posse, artigo 1201 do Código Civil, e requisito da usucapião ordinário, artigo 1242 do Código Civil, também como elemento de apreciação de indenização de acessões e benfeitorias, artigos 1219 e 1255 do Código Civil.

O princípio do equilíbrio econômico do contrato significa que a sinalagma contratual leva a ordem jurídica a proteger o contratante contra a lesão e a onerosidade excessiva. No primeiro caso, torna-se anulável o contrato ajustado por quem age sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Na hipótese de superveniência de acontecimentos extraordinários, a lei permite a resolução do contrato ou a revisão de seus termos, para restabelecer o *status quo ante*.

E, por fim, o princípio da função social do contrato não se volta para o relacionamento entre as partes, mas para os reflexos do negócio jurídico perante terceiros, isto é, no meio social. O contrato não pode ser visto apenas como fato dos contratantes, mas tem sua convenção de respeitar os interesses do meio social, onde os efeitos irão refletir. Sua eficácia em relação às obrigações contratuais é sempre relativa, mas sua oponibilidade é absoluta, quando em jogo interesses de terceiros ou da comunidade.

3. MORA, INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO.

A mora, ou inadimplemento relativo, pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor como pelo credor. Apesar da falha no adimplemento da obrigação, ela ainda poderá ser cumprida de maneira proveitosa.

Segundo a fórmula tradicionalmente acolhida em nossa legislação (artigo 364, Código Civil), a mora não se caracteriza apenas pelo extemporâneo pelo devedor ou pela recusa

injustificada de receber no prazo devido pelo credor. Alternativamente, também dará ensejo à mora o pagamento que contenha falha no tocante ao lugar ou à forma previamente estabelecidos. Isso significa que, em nosso ordenamento, a mora não é apenas sinônimo de “demora” no pagamento, mas de qualquer situação em que a prestação não é cumprida de forma exata.

Adverte MARTINS-COSTA (2004, p. 85), que “se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida conforme o seu fim”.

Em suma, o pressuposto da mora é a viabilidade do cumprimento da obrigação, pois, apesar dos transtornos, a prestação ainda é possível e útil.

O inadimplemento absoluto resulta na completa impossibilidade de cumprimento da obrigação; a mora, como dito acima, é a situação pelo descumprimento de uma obrigação que ainda é possível, pois, apesar de ainda não realizada, há viabilidade de adimplemento posterior.

Ocorre o inadimplemento absoluto quando a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo. Três são as circunstâncias que conduzem a ele: a prestação que se tornou, objetivamente, impossível; a prestação que se tornou inexigível pela alteração superveniente das circunstâncias; e a prestação que, conquanto possível, não é mais capaz de realizar os interesses objetivos do credor.

Só se pode utilizar o termo inadimplemento para aquelas situações em que, culposamente, o devedor ofende a relação obrigacional e falta com a prestação ajustada. O devedor, culpado pelo inadimplemento, terá o dever de indenizar os prejuízos causados.

Caso o descumprimento decorra de um fator externo, por circunstâncias alheias à vontade do devedor, como a impossibilidade originária, subsequente ou ainda, chamada por

alguns de genética da obrigação, a relação será extinta, sendo que outros mecanismos do ordenamento jurídico serão utilizados para justificar a não efetivação da prestação.

A impossibilidade originária conduz à invalidade do negócio jurídico, sendo matéria tratada na parte geral; já a impossibilidade superveniente configura hipótese de inadimplemento. O direito brasileiro seguiu o paradigma de que ninguém pode obrigar-se a realizar o irrealizável, razão pela qual a impossibilidade originária fundamenta a invalidade (artigo 166, II do Código Civil).

A impossibilidade de realização da prestação decorre do inadimplemento superveniente, que pode ocorrer nas seguintes modalidades: impossibilidade imputável, impossibilidade inimputável e impossibilidade definitiva ou temporária. Ao lado da impossibilidade encontra-se a inexigibilidade da prestação decorrente da alteração superveniente das circunstâncias.

A impossibilidade imputável atribui ao devedor o dever de indenizar, alterando com isso o conteúdo do vínculo. O devedor que antes devia a prestação que se impossibilitou, agora deve a indenização substitutiva, mas o vínculo não se extingue. Se a relação decorre de contrato, pode o credor entre mantê-lo ou resolvê-lo, sendo-lhe restituído o que prestara, igualmente com o acréscimo de perdas e danos.

Já a impossibilidade inimputável ao devedor, por decorrer de caso fortuito ou força maior, fato do credor ou do príncipe, a impossibilidade o libera, pondo termo ao vínculo. Nesse caso, a impossibilidade é o contraponto do risco assumido. Entende-se por risco a determinação de quem sofre os efeitos de circunstâncias que impedem ou dificultam extremamente a prestação. Se a impontualidade é inimputável, a não prestação é risco da outra parte. Por isso, sendo a relação decorrente de contrato, há que se analisar se o risco da impossibilidade, ainda que sem culpa, não foi assumido por uma das partes.

Discute-se se a impossibilidade exclusiva do devedor, chamada relativa igualmente liberaria o devedor, quando inimputável. Seria o caso do devedor de prestação de fazer fungível que, no dia marcado para a prestação, fica irremediavelmente doente. Estaria ele liberado de prestar naquele momento?

A resposta é positiva, pelos seguintes argumentos: a analogia existente entre a hipótese e a mora, considerando que nesta não há responsabilidade ou imputação de qualquer consequência moratória, se faltar o requisito subjetivo da culpa do devedor, não haveria sentido para se exigir a responsabilização do devedor no caso de impossibilidade inimputável. O segundo argumento decorre diretamente do regramento legal da impossibilidade, que não se distingue entre absoluta e relativa, de modo a abarcar ambas, inexistindo também razão lógica para realizar distinção no processo hermenêutico.

No entanto, nas relações de consumo a resposta deve ser distinta. Nelas, vigorando o fator objetivo de imputação (responsabilidade contratual sem culpa), o devedor (fornecedor) não está liberado em razão da sua impossibilidade particular, ocorrendo uma distinção de regimes.

Não se deve confundir a impossibilidade relativa com a dificuldade subjetiva para o cumprimento, pois nesta a dificuldade não liberará o devedor, sendo outros os efeitos a ela inerentes, como por exemplo, a mora e a revisão judicial.

A impossibilidade definitiva ocorre quando o vínculo será extinto (inimputável) ou será alterado (imputável) e a impossibilidade temporária enseja a paralisação da exigibilidade da prestação e mantém o vínculo até que a causa da impossibilidade se afaste ou até que se extingam os interesses do credor na prestação. Essa hipótese diferencia-se da mora pela inoccorrência do elemento subjetivo característico dela, a culpa do devedor, de modo que havendo culpa que tenha determinado o atraso, o caso será regido pelos artigos 394 e seguintes.

E no tocante à inexigibilidade, a prestação mantém-se realizável, ainda que o conteúdo do vínculo tenha de ser alterado.

O ponto de distinção entre a mora e o inadimplemento absoluto reside na manutenção do interesse do credor na prestação. As duas espécies de descumprimento obrigacional são decorrentes da não realização dos interesses na prestação. A partir da perspectiva dos interesses objetivos do credor, observa-se se a prestação é ainda realizável. Se o for, há mora, inexistindo a possibilidade, o inadimplemento é absoluto.

Tanto o inadimplemento quanto a mora podem ser de caráter total ou parcial. O inadimplemento absoluto total ocorre quando a obrigação é integralmente descumprida. Já o inadimplemento absoluto parcial tem lugar quando a prestação é entregue apenas em uma das suas partes, falhando quanto ao restante.

Em relação à violação positiva do contrato, à semelhança do que ocorre com a mora e com o inadimplemento, há também um descumprimento obrigacional. Nesse caso, há um “meio termo” entre estes dois institutos, pois de fato a obrigação é satisfeita, não havendo de se falar em inadimplemento absoluto, e foi efetivamente entregue no prazo ajustado, não havendo de se falar, portanto, em mora, porém de forma diferente da pactuada.

A realização da prestação de forma diversa da pactuada pode dar ensejo a violação de deveres anexos ou laterais. Esses deveres não dizem respeito à realização da prestação, mas sim ao melhor adimplemento, aquele que atinja mais perfeita e eficazmente o resultado esperado sem causar danos à parte ou a terceiros. Entre esses deveres anexos encontram-se os deveres de proteção. Havendo descumprimento desses deveres, a violação positiva do contrato é chamada a atuar, visto inexistir outra ferramenta conceitual que abarque a hipótese.

Alguns autores incluem no âmbito da violação positiva do contrato o chamado inadimplemento antecipado, que ocorre quando o devedor declara cabalmente que não irá

adimplir, ou quando o desenvolvimento da prestação já demonstra que ela não será realizada no momento devido ou que não será realizada.

Dessa forma, restou demonstrado que adimplir significa atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita como aqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, tendo em vista que o adimplemento se deu de forma ruim, insatisfatória, ofendendo deveres instrumentais ou anexos, diretamente vinculados à realização da prestação, sejam eles deveres de proteção, colaboração ou ambos.

A violação positiva do contrato também decorre do inadimplemento dos outros deveres emanados do vínculo, como rompimento da relação de confiança que conecta as partes. Mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado, conforme será visto mais detalhadamente em tópico específico.

4. A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina civilista mais consultada no Brasil não chegou a desenvolver completamente as nuances do inadimplemento. Os doutrinadores, em regra, analisam o instituto do inadimplemento em pressupostos “clássicos” do direito obrigacional, deixando de verificar a vasta influência de elementos dogmáticos atuais, tal como os desdobramentos da incidência do princípio da boa-fé objetiva nas obrigações. A consequência disso é uma

jurisprudência não uniforme e insegura, em termos nos quais a visualização da inexecução das obrigações não se mostra absolutamente nítida.

Segundo ROSENVALD (2009, p. 488), “a fragilidade doutrinária no Brasil sobre o tema pode ser explicada pela ênfase que se concede ao princípio da conservação do negócio jurídico, que culmina por postergar qualquer medida da parte lesada”.

Para evitar a lesão, que já é esperada, o interessado utiliza-se da tutela inibitória das obrigações de fazer ou de dar, elencadas no artigo 461 do Código de Processo Civil. Exemplificando: um jogador de futebol subscreve contrato com determinada empresa para apresentar-se em um evento, mas divulga na imprensa sua intenção de faltar. Certamente a empresa poderá obter a tutela específica da obrigação de fazer, mediante a imposição persuasiva de *astreintes* (artigo 461 do CPC), ou, então, resolver antecipadamente o contrato, com cumulação sucessiva de perdas e danos, evitando prejuízos maiores no futuro.

O direito brasileiro convive desde 1916 com regras gerais sobre os vícios redibitórios, aplicáveis a todos os contratos que incluam nos requisitos nela indicados, sejam eles típicos ou atípicos. Desse modo, diversas prestações mal feitas são abarcadas pelos vícios redibitórios, o que não pode ocorrer em ordenamentos que só preveem os vícios na regulação de alguns contratos típicos. Nesses, a ausência de um regramento próprio pode exigir a remessa do caso a um conceito residual geral.

No entanto, no Brasil, sendo aplicável a regra dos vícios, desnecessário se faz outro conceito dogmático.

Além disso, também ao contrário da maioria dos ordenamentos, o nosso conceito de mora não se limita ao mero atraso da prestação em si, mas abarca todas as situações que possam atrasar a satisfação dos interesses do credor na prestação. Por isso, uma prestação mal feita, ainda que irrepreensivelmente realizada do ponto de vista temporal pode ensejar mora, o que também faz desnecessária a adoção de um terceiro conceito de inadimplemento.

A doutrina da violação positiva do contrato tem a função de demonstrar a existência de especiais casos de inadimplemento. Essa função também não se perdeu no novo Código. Ao contrário, haja vista que nele foram incorporadas disposições expressas que reconhecem, de modo indireto, a condição obrigacional dos deveres anexos.

Porém, como visto, os casos de violação de deveres anexos ou laterais, como chamado por parte da doutrina, podem ser classificados em três categorias: deveres de proteção, informação e cooperação.

A observância dos deveres anexos consiste em uma das três funções da boa-fé no novo Código Civil. São elas: interpretativa, de controle e integrativa.

O paradigma interpretativo desempenha papel na teoria dos negócios jurídicos. A função de controle impede o abuso do direito subjetivo, qualificando-o, inclusive, como ato ilícito. E a função integrativa, impondo deveres anexos, que estão presentes nas mais diversas situações e negócios jurídicos, independente de previsão expressa das partes. Deveres éticos de honestidade, probidade, respeito, informação, etc.

A função integrativa da boa-fé resulta do artigo 422 do Código Civil. Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja: além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes. Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé, propiciando a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.

A tese dos deveres anexos deve ser aplicada antes e durante o desenvolvimento da relação jurídica, e, também posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência.

A quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Isso pode ser evidenciado do Enunciado 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, com o seguinte teor: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação de deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa”.

Essa responsabilização independente de culpa foi reconhecida também pelo teor do enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, pelo qual “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

Como deveres anexos, utilizando os ensinamentos de MARTINS-COSTA (2004, p. 100), podem ser citados, entre outros exemplos “o dever de cuidado em relação à outra parte; o dever de respeito; o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de cooperação”.

A doutrina do inadimplemento antecipado, também chamado de quebra antecipada do contrato, é aceita no plano do direito comparado, como bem demonstra a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, de 1980, organizada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, mesmo que esta ainda não tenha recebido a adesão brasileira. Segundo o artigo 72 da Convenção, “se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste”.

De fato, não há como negar que, se resta claro que a prestação não será realizada, os interesses do credor na prestação devem ser garantidos pelo ordenamento, mesmo antes do

nascimento da pretensão à prestação, ainda que sejam limitados os efeitos desse inadimplemento, notadamente no tocante à exigibilidade da prestação.

Trata-se de situação que vem se tornando corriqueira na construção civil, quando o adquirente da unidade percebe que o prazo de entrega do imóvel aproxima-se. Apesar de beneficiado pelo prazo, o incorporador demonstra desídia, pois a construção ainda não começou a ser erguida ou então está apenas em sua fase inicial. Não haveria razão para o adquirente aguardar o prazo avençado com a construtora para só então postular pelos seus direitos. O ato de descumprimento antecipa os efeitos resolutórios e indenizatórios, que só se verificariam normalmente após o nascimento da pretensão.

Assim, evita-se procrastinar a espera de um termo contratual que provavelmente não terá a menor utilidade ao credor. Ao invés de aguardar o inadimplemento já revelado, antecipa a prestação jurisdicional e libera-se do vínculo, além de demandar as perdas e danos, minorando os efeitos nocivos do descumprimento da obrigação.

Contudo, é de se questionar se os casos de vencimento antecipado configurariam sempre violação positiva, na medida em que são variadas as hipóteses abrangidas pelo conceito. Quando a prestação em si não é realizada, e resta claro que não o será no momento devido, parece não haver dúvida sobre tratar-se da antecipação do inadimplemento absoluto, ou da mora, com o que se torna possível, em tese, a resolução do contrato.

Quando se refere à manifestação do devedor no sentido de que não cumprirá sua obrigação, está-se tratando do ato de inadimplemento em si. Essa manifestação é caso de descumprimento de dever decorrente do fato jurígeno obrigacional. Não se refere à antecipação dos efeitos do inadimplemento, ou seja, o ato de inadimplemento, nesses casos, antecipa os efeitos que só se verificariam após o nascimento da pretensão, razão pela qual a manifestação do devedor de que não irá cumprir a obrigação não pode ser confundida com o chamado inadimplemento antecipado, que é exatamente a consequência daquele ato.

Por fim, quando o descumprimento antecipado for relacionado a deveres laterais, há violação positiva, inegavelmente.

Como se constata, nem todos os casos de inadimplemento antecipado incluem-se no âmbito da violação positiva, ao contrário do que se entendia no direito alemão.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.

O estudo da responsabilidade civil pode ser analisado através da correspondência ao ramo do direito das obrigações dedicado à imposição do dever de indenizar, decorrente da ocorrência de algum dano. A violação de um dever primário de conduta que consequentemente gera um dever secundário, que é o dever de reparar o dano.

Inicialmente, a responsabilidade civil está voltada para punir condutas censuráveis geradoras de danos patrimoniais. A dogmática da responsabilidade civil acabou se estruturando sob a idéia de ilicitude, que pressupunha a existência de uma esfera da liberdade individual por ela não abrangida de sanção, ou seja, de uma punição de ordem civil distinta da criminal, e de patrimonialidade, pela qual os danos indenizáveis eram somente aqueles que se refletissem no patrimônio da vítima. Decorreu disso uma responsabilidade essencialmente alicerçada na culpa, tal como se dá no plano criminal, voltada para a análise da conduta daquele que gera o dano.

Foi esse o modelo utilizado no processo codificatório do século XIX, e daí acabou se cristalizando como pilar fundamental em torno do qual modificações pontuais podiam ser introduzidas. Contudo, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, o foco das reflexões acerca da responsabilidade deslocou-se do centro para a periferia, deixando em segundo plano a preocupação com a ação do culpado para ocupar-se com a proteção dos

interesses da vítima, aquela que, apesar de assumir a posição ativa relativamente ao crédito, sofreu os pesados efeitos que deram origem à relação obrigacional concreta.

O direito civil, que já sofria o influxo de correntes doutrinárias de matriz solidarista, acabou por abrigar uma série de leis específicas e interpretações renovadoras, que aumentaram a abrangência, e também o papel social da responsabilidade civil. Essa acabou por perder importância na sua atribuição punitiva, de inspiração distributiva. Com isso, alargam-se os critérios que permitiam a responsabilização, com imputações independentes da culpa do autor do fato danoso. Estendeu-se o conceito de dano a valores vinculados essencialmente à pessoa, sem consideração ao seu patrimônio, aumentando-se a abrangência dos sujeitos imputáveis, visando a facilitar e melhor garantir o ressarcimento, inverteu-se o ônus da prova e assim sucessivamente.

Esse desenvolvimento realizou-se de tal medida que, em certos campos normatizados, a função protetiva passou a ocupar o plano principal, como ocorre nas relações regidas Código de Defesa do Consumidor, chegando-se a questionar sobre a possível intersecção entre os campos da responsabilidade civil e de seguro social.

Tal evolução não ocorreu de modo seccionado, como se o momento anterior nada transmitisse ao posterior. Por um lado a estrutura fundamental que compôs os códigos civis permaneceu, neles, viva, orientando decisões e interpretações. Por outro, de modo pendular, exigências mais recentes renovaram o papel punitivo e dissuasório da responsabilidade civil, ressaltando a sua função de regular condutas, ainda que fulcrada em perspectivas distintas das anteriores.

Hoje afirma-se que o chamado dano moral tem função punitiva ao autor do dano, razão pela qual se deve pautar não só pela extensão do dano e circunstâncias da vítima, mas também pelas condições do causador do dano.

Admite-se igualmente a existência de danos morais coletivos, o que pressupõe tomar a vítima como ente ideal. Visando a regular condutas, aceitam-se no direito comparado os chamados *punitive damages*, destinados a impor sanções que sirvam de exemplo para um determinado setor. Neles, a extensão do dano é dado de menor importância em comparação com a idéia de punição.

A responsabilidade civil assumiu um perfil protetivo, ao mesmo tempo em que não se esqueceu da sua origem punitiva, ainda que tais evoluções originem, por vezes, soluções contraditórias. No Código Civil, por exemplo, duas relevantes distinções auxiliarão a renovar os estudos da responsabilidade civil no Brasil: o parágrafo único do artigo 927, que positiva cláusula geral de responsabilidade sem culpa, possibilitando uma maior proteção às vítimas de atividades de risco; e o parágrafo único do artigo 944, segundo o qual a indenização pode ser limitada pelo juiz em razão do grau de culpa do causador, o que se fundamenta na idéia de proporcionalidade do dano.

O descumprimento de deveres anexos poderá resultar na resolução ou na oposição da exceção do contrato não cumprido, conforme a importância relativa do fato para o contrato. Sendo o inadimplemento de pouca monta, tanto a resolução ou a oposição da exceção podem se apresentar desproporcionais.

Diante da importância que a boa-fé objetiva exerce atualmente, a quebra dos deveres anexos, a gerar a violação positiva do contrato, representa uma terceira modalidade de inadimplemento, e tem prevalecido a tese de que a quebra dos deveres anexos gera responsabilidade sem culpa de natureza objetiva.

A jurisprudência dos tribunais pátrios, a seu turno, já começa a acolher a tese da violação positiva do contrato, aplicando na resolução de casos concretos esse *tertium genus* de inadimplemento.

O exame de alguns julgados paradigmáticos auxiliará na exata compreensão da violação positiva do contrato.

O tribunal carioca reconheceu a violação positiva do contrato na apelação cível número 2009.001.42325, cuja relatoria foi do Desembargador Roberto de Abreu e Silva, em uma promessa de compra e venda na qual os réus não observaram os deveres anexos advindos do contrato preliminar, pois alienaram um terreno aos autores sem a devida informação de que era objeto de anterior promessa de cessão de direitos possessórios pactuado com terceiro.

Entendeu o relator que a relação jurídica não era regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, visto que não se tratava de relação consumerista, faltando aos réus a qualidade de fornecedores, de acordo com o artigo 3º do referido diploma legal. Cuidava-se de demanda indenizatória a título, exclusivamente, de danos morais provenientes de venda anterior do terreno adquirido pelos autores a terceira pessoa, tendo os réus, inclusive, declarado que o bem se encontrava livre e desembaraçado, utilizando instrumento particular. Citou o artigo 422 do Código Civil, no qual encontra-se presente o princípio da boa-fé objetiva em sua função integrativa. Registrou, portanto, que os réus não observaram os deveres anexos advindos do contrato preliminar celebrado, uma vez que alienaram o terreno aos autores sem a devida informação de que era objeto de anterior promessa de cessão de direitos possessórios pactuado com terceiro. O desrespeito aos deveres anexos gera a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento que possui por consequência a imposição do dever de indenizar.

Nesse diapasão, entendeu-se que se afigurou a responsabilidade civil dos réus, fundada no artigo 389 do Código Civil e baseado no enunciado 24 do Conselho da Justiça Federal. Quantificou a reparação em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando a falta dos responsáveis, a gravidade média da lesão, sendo, portanto, compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado.

Os réus receberam o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais e materiais na demanda de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse ajuizada em face do terceiro.

Ressaltou que a argumentação de que os autores deveriam celebrar o contrato preliminar por instrumento público não encontrava guarida no ordenamento jurídico vigente, mesmo antes do artigo 462 do Código Civil, sendo certo que a jurisprudência sempre se posicionou pela eficácia e validade de promessa de compra e venda por instrumento particular.

Em outro julgado, cuja relatoria foi do Desembargador Luiz Fernando de Carvalho, tratava-se de ação indenizatória proposta em razão de atraso desarrazoado na entrega de bem móvel (poltrona) por loja de móveis. A sentença tinha fixado o dano moral em R\$ 300,00 (trezentos reais). A autora apelou, objetivando a majoração de tal valor.

Entendeu-se que o montante fixado na sentença revelava-se irrisório, tendo sido caracterizada a violação positiva do contrato, a ensejar compensação por danos morais condizentes com a condição sócio-econômica das partes e com as consequências do evento.

O relator asseverou que a autora fazia jus à majoração da verba indenizatória para R\$ 3.000,00 (três mil reais), buscando atender parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Vale destacar que os dois julgados são recentes - o primeiro do ano de 2009 e o segundo de 2008 - e demonstram que a violação positiva do contrato passa a ter ampla acolhida pelos tribunais pátrios, deixando, pois, de ser uma tese puramente teórica para ganhar aplicação prática na resolução de controvérsias contratuais.

Há um terceiro julgado, proferido pela Terceira Turma Recursal Cível do Juizado Especial do Estado do Rio Grande do Sul, que muito bem aplicou a violação positiva do contrato, em relatoria do juiz Eugênio Facchini Neto. Nessa demanda, alega a autora que locara um *stand* junto aos organizadores de determinada feira, ocasião em que lhe foi

informado pelos locadores que no máximo entre 18 e 20 pontos de venda seriam objeto de locação. Entretanto, segundo a autora, quando da realização da feira, mais de 80 *stands* encontravam-se em funcionamento, o que reduziu drasticamente seus lucros. Requereu, assim, a reparação de danos por esse descumprimento de promessa contratual.

Asseverou que não houve propriamente inadimplemento contratual dos requeridos, pois locaram os *stands* e efetivamente os dispuseram aos locatários. Tratava-se, porém, do fenômeno denominado de violação positiva do contrato, instituto que não configura nem mora, nem adimplemento, mas adimplemento defeituoso por não cumprimento de deveres anexos, laterais, decorrentes do princípio da boa-fé, em sua função de proteção ou tutela.

Por fim, uma última decisão que também aplicou o tema ora em estudo foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Desembargador Ariovaldo Santini Teodoro que julgou procedente o pedido de resolução contratual, com retorno das partes ao *status quo ante*, em função da violação do dever anexo de informação. Nesse caso concreto, foi firmado entre as partes litigantes um contrato de compra e venda de um restaurante, constando do contrato que as vendedoras asseguravam que o estabelecimento encontrava-se em perfeito estado de legalidade e livre de quaisquer ônus, inclusive dívidas.

Contudo, quando as compradoras tomaram posse do estabelecimento, descobriram, além de diversas dívidas não mencionadas pelas vendedoras, a inexistência de alvará da municipalidade autorizando o funcionamento do restaurante. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao examinar o caso em grau de recurso de apelação, entendeu que seria dever anexo das vendedoras o exposto esclarecimento das compradoras quanto às dívidas pendentes, bem como com relação à falta de alvará de funcionamento, e, assim sendo, violaram, as vendedoras, o dever lateral de informação. Ao reconhecer, o tribunal, a violação positiva do contrato (ainda que no acórdão não tenha o órgão julgador expressamente

utilizado essa denominação), determinou a resolução do contrato com o retorno das partes ao *status quo ante*.

A produção doutrinária e jurisprudencial mostra que a categoria da violação positiva do contrato deixou de ser uma mera teoria acadêmica para ganhar força nos julgados e, o que é mais importante, com sua aplicação, o Judiciário passa a tutelar situações de inadimplemento de obrigações laterais que, antes, passavam ao largo da tutela jurisdicional, causando, não raro, enormes injustiças.

Outrossim, esses mesmos julgados demonstram a extrema utilidade dessa terceira categoria de inadimplemento, na exata medida em que, com o reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento dos deveres anexos ditados pela boa-fé, o direito passa a tutelar situações de descumprimento contratual que, até então, encontravam-se carentes de reconhecimento.

CONCLUSÃO

A violação positiva do contrato, como uma terceira modalidade de inadimplemento, é um tema novo na doutrina brasileira, mas que já vem sendo reconhecido na prática forense. Para muitos autores, não há necessidade de se importar uma terceira categoria, inaugurada no direito alemão, para o Brasil, uma vez que no direito interno já existem institutos que tutelam os comportamentos que geram a citada violação, sendo um dos exemplos a hipótese de exceção do contrato não cumprido.

Com efeito, tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. Atuam aí os princípios da proteção da boa-fé objetiva, criando deveres de

cooperação, informação e lealdade e, fundamentalmente, da confiança, vinculando as partes a não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta.

Contudo, entende-se como exemplo do tema, a quebra da confiança, a o inadimplemento antecipado, ou seja, qualquer inobservância dos deveres anexos. Sempre se terá como principal característica a tutela da boa-fé, que deve ser inerente a todos os negócios jurídicos, sob pena de se incorrer em abuso de direito.

Assim, apenas a quebra dos deveres anexos provenientes exclusivamente do princípio da boa-fé, não guardando relação com a tipicidade da prestação principal, caracterizam-se como violação positiva do contrato, com especial destaque para os deveres de proteção.

As consequências, no que tange à responsabilidade civil da violação positiva do contrato são as mesmas que ocorrem nos casos de mora ou inadimplemento absoluto, ou seja, pode-se resolver o contrato ou adequá-lo de acordo com os interesses da parte lesada.

Entende-se que sempre que um dever anexo for descumprido a parte responsável pelo dano deve ser punida de acordo com as regras previstas no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor, de acordo com a relação jurídica determinada entre as partes, sendo tal responsabilidade objetiva na maioria das vezes, pois, de acordo com a estatística, a pessoa que mais descumpre um dever anexo é fornecedor ou prestador de serviço, tratando-se, portanto, de relação de consumo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2009.001.42325. Relator: Roberto de Abreu Silva. Publicado no DJ de 15.09.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2008.001.42975. Relator: Luis Fernando de Carvalho. Publicado no DJ de 25.08.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n. 71000603332. Relator: Eugênio Facchini Neto. Publicado no DJ de 30.05.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 400.430-4/3-00. Relator: Ariovaldo Santini Teodoro. Publicado no DJ de 20.10.2008

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Teoria geral do Direito Civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Jorge Cesa da. *Inadimplemento das Obrigações*. V.7 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 4.ed V.2. São Paulo: Método, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e Sua Função Social*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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