



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO UMA ESPÉCIE DE
INADIMPLENTO CONTRATUAL

João Felipe Rocha Pereira Queiroz Conceição

Rio de Janeiro
2020

JOÃO FELIPE ROCHA PEREIRA QUEIROZ CONCEIÇÃO

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO UMA ESPÉCIE DE
INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO UMA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

João Felipe Rocha Pereira Queiroz
Conceição

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
(UERJ). Advogado.

Resumo – com o surgimento do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva assumiu uma posição de protagonismo no âmbito das relações obrigacionais. Por conseguinte, o descumprimento dos chamados deveres anexos ao contrato é tido como uma modalidade de inadimplemento, por não se enquadrar perfeitamente na clássica distinção entre inadimplemento absoluto e mora. Assim, o objetivo desse artigo científico é discutir se a violação positiva do contrato pode ser tida como uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, a partir de uma visão mais moderna e ampliada do conceito de inadimplemento.

Palavras-chave – Direito Civil. Boa-fé objetiva. Inadimplemento. Obrigações. Contratos.

Sumário – Introdução. 1. Da superação do *pacta sunt servanda* ao protagonismo da boa-fé objetiva. 2. A clássica distinção entre o inadimplemento absoluto e a mora. 3. A violação positiva do contrato: uma terceira espécie de inadimplemento? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo discutir a violação positiva do contrato como uma espécie de inadimplemento contratual. Com o advento do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva adquiriu grande importância no âmbito das relações obrigacionais. Isso porque valores como a eticidade e a probidade assumiram suma relevância de modo a dar maior efetividade a valores constitucionais nas relações privadas.

Nesse contexto, a criação dos chamados deveres anexos ao contrato, tais como: a informação, a probidade e a cooperação, fez-se necessária para atender a complexidade das relações contratuais. Passou-se, então, da era do consensualismo e do individualismo para a era da eticidade e da boa-fé objetiva, sem que isso signifique, contudo, um desrespeito à vontade das partes.

Desta feita, discute-se na doutrina se a violação positiva do contrato caracterizaria uma nova espécie de inadimplemento contratual, ao passo que a clássica distinção entre inadimplemento absoluto e mora não seria mais suficiente

para solucionar os dilemas decorrentes do descumprimento dos deveres anexos ao contrato.

De fato, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência a referida teoria tem ganhado espaço. E isso é constatado, por exemplo, a partir da elaboração de enunciados nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que reconhecem a sua existência, assim como em julgados de diversos Tribunais de Justiça que já a aplicam na prática.

Portanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho demonstrando que, com a promulgação do Código Civil de 2002, houve a superação do *pacta sunt servanda* como um dogma absoluto, à medida que princípios que eram tidos como secundários ganharam maior prevalência nas relações privadas.

Em seguida, discute-se, no segundo capítulo, se a violação positiva do contrato pode ou não ser explicada a partir da conhecida distinção entre inadimplemento absoluto e mora. Isso porque essa clássica dicotomia não é mais bastante para resolver todos os impasses decorrentes das relações obrigacionais.

Por fim, demonstra-se, no terceiro capítulo, como a chamada violação positiva do contrato pode ser classificada como uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, dada a maior relevância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao princípio da boa-fé objetiva.

Para tanto, o ponto de partida desse trabalho é a pesquisa bibliográfica, uma vez que tal método permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto debatido. Logo, a abordagem do objeto de pesquisa é necessariamente qualitativa e, por conseguinte, para a elaboração deste artigo, foram analisadas diversas fontes expostas ao final do trabalho.

Além de textos doutrinários e da própria legislação, analisa-se precedentes jurisprudenciais tanto dos Tribunais de Justiça como dos Tribunais Superiores. Além disso, busca-se comprovar a tese defendida e desconstruir, argumentativamente, as teses contrárias, a partir do método hipotético-dedutivo, ou seja, a partir da conjugação de proposições hipotéticas que se acredita serem adequadas para analisar o tema.

1. DA SUPERAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA* AO PROTAGONISMO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Com a promulgação do Código Civil de 2002, houve a superação do consensualismo e do individualismo como princípios norteadores das relações obrigacionais. E isso se deve ao maior protagonismo assumido pelo princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, ao longo do século XX, deixou de ser absoluta a visão de contrato como um instituto limitado apenas ao interesse das partes, tendo em vista a influência de uma concepção mais solidária e comprometida com a realização de valores sociais no direito civil¹.

Todavia, não há que se conjecturar a total desconsideração de princípios como a liberdade contratual ou a força obrigatória dos contratos, uma vez que estes permanecem, ainda, aplicáveis no âmbito das relações privadas². Contudo, embora estes ainda sejam incidentes nas relações contratuais, a boa-fé objetiva, assim como a função social dos contratos, tendem a mitigar a sua aplicação antes irrestrita.

De fato, sob a égide do Código Civil de 1916, a boa-fé era analisada apenas sob a perspectiva subjetiva³ e vigorava o princípio do *pacta sunt servanda* como uma regra soberana. Assim, somente com o advento da Lei nº 10.406/2002, valores como a eticidade e a probidade passaram a assumir suma relevância nas relações contratuais paritárias. Isso porque, embora a boa-fé, na sua acepção objetiva, já existisse no direito brasileiro antes de 11 de janeiro de 2003, esta era aplicada apenas na seara do direito consumerista.

Efetivamente, a boa-fé objetiva surge no cenário nacional no Código de Defesa do Consumidor⁴, não obstante a jurisprudência já estendesse a sua aplicação às

¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book], p. 597.

² Nesse sentido, também afirma Tartuce que: “a par de tudo isso, não é possível também sustentar que o princípio da força obrigatória do contrato foi definitivamente extinto pela codificação emergente. Isso porque tal conclusão afasta o mínimo de segurança e certeza que se espera do ordenamento jurídico, principalmente a segurança no Direito, ícone também importante, como a própria justiça, objetivo maior buscado pelo Direito e pela ciência que o estuda”. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, [e-book], p. 907.

³ A doutrina diferencia boa-fé objetiva de boa-fé subjetiva. Ao passo que esta pode ser definida como um estado psicológico de ignorância acerca de certos vícios, em contraposição à má-fé, aquela é caracterizada como uma regra de conduta baseada na honestidade, na probidade e na lisura.

⁴ Elucida Tepedino que: “o Código Comercial brasileiro, de 1850, já havia feito, em seu artigo 131, referência à boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, teve aplicação insignificante e a acepção ali atribuída ao princípio da boa-fé, além de fundada em preocupações distintas, é muito mais restrita que aquela que, hoje, se confere à boa-fé objetiva”. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do*

relações contratuais em que se constatasse a vulnerabilidade de alguma das partes envolvidas. Contudo, segundo Tepedino⁵, eram extremamente excepcionais os casos de incidência do referido instituto nas relações não consumeristas. Isso porque, nas palavras do referido autor⁶, os Tribunais de Justiça aplicavam a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de grande caráter protetivo e, por conseguinte, resistiam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se verificasse, explicitamente, uma parte vulnerável a ser tutelada.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 andou bem ao positivizar o princípio da boa-fé objetiva como também incidente nas relações contratuais comuns, ou seja, nas relações sem qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada⁷. Isso fica claro em seu artigo 422⁸, segundo o qual, todos os contratantes devem agir com probidade e boa-fé, seja na conclusão, seja na execução do contrato. Portanto, pode-se dizer que o referido diploma legal visa instituir uma cláusula de lealdade e colaboração nas relações privadas.

A partir desta noção de lealdade e colaboração, a doutrina institui a boa-fé objetiva como a fonte criadora dos chamados deveres anexos ou laterais ao contrato⁹. Deveres estes que são ínsitos a qualquer contrato e que são impostos às partes mesmo sem previsão contratual específica. Embora seja impossível enumerar todos esses relevantes deveres, pode-se citar alguns deles, tais como: o dever de informação e esclarecimento; o dever de confidencialidade; o dever de cooperação; o dever de agir com honestidade e probidade; entre outros.

Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-30.

⁵ Ibid., p. 33.

⁶ Ibid., p. 34.

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

⁹ Frise-se que, em tempos de pandemia de Covid-19, vem à tona o tema acerca do dever de renegociar, que pode ser classificado também como um dever anexo ao contrato. E, nesse sentido, afirma Schreiber que: “de fato, a boa-fé objetiva (...) impõe a cooperação e a colaboração entre as partes em prol do escopo comum. O dever de renegociar exsurge, assim, como um dever anexo ou lateral de comunicar a outra parte prontamente acerca de um fato significativo na vida do contrato – seu excessivo desequilíbrio – e de empreender esforços para superá-lo por meio da revisão extrajudicial. Como dever anexo, o dever de renegociar integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes. Note-se que o dever de renegociar não configura um dever de alcançar certo resultado ou de aceitar as novas condições propostas pelo contratante desfavorecido pelo desequilíbrio; não se trata de um dever de revisar o contrato extrajudicialmente, mas simplesmente de ingressar em renegociação, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando, com seriedade, o pleito apresentado pelo outro contratante e dando-lhe uma resposta [...]”. SCHREIBER, op. cit., p. 719.

Desta feita, os ditos deveres anexos assumiram grande importância nas relações contratuais como forma de disseminação da confiança para a boa condução dos negócios jurídicos. Por isso, o seu mero descumprimento poderá acarretar até mesmo a responsabilização civil do infrator, independentemente de culpa, o que se alcinhou na doutrina como violação positiva do contrato, tema esse que será mais bem abordado no terceiro capítulo deste artigo.

Não obstante a benéfica contribuição da boa-fé objetiva para as relações contratuais paritárias, essa pode ser perigosa se aplicada indiscriminadamente. Por isso, de acordo com Gustavo Tepedino¹⁰, deve-se reprimir a invocação aleatória da boa-fé objetiva como referência ética genérica. E a fim de delimitar com maior certeza a aplicabilidade do referido instituto, coube à doutrina a definição de suas funções e seus limites, já que a legislação civil não trouxe parâmetros específicos sobre o conteúdo da cláusula geral de boa-fé.

Classicamente, a doutrina brasileira faz menção à tríplice função da boa-fé objetiva, quais sejam: (i) a função interpretativa; (ii) a função limitativa; e (iii) a função integrativa. A primeira função está intrinsecamente ligada ao critério hermenêutico consagrado no artigo 113 do Código Civil¹¹, segundo o qual, os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Ou seja, a interpretação dos contratos deve priorizar a honestidade, sem prejudicar ou favorecer qualquer uma das partes em detrimento da outra.

Já a segunda função está relacionada à restrição do exercício abusivo de direitos contratuais, conduta essa que se visa reprimir e que pode acarretar a responsabilização civil. Tal função é enunciada pelo Código Civil em seu artigo 187¹², ao caracterizar como abuso de direito a conduta de um indivíduo que, ao exercer um direito seu, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Por fim, no que tange à terceira função da boa-fé objetiva, essa é caracterizada como a já mencionada fonte criadora de deveres anexos ao contrato. Frise-se, ademais, que é a partir do artigo 422 do Código Civil¹³, que se busca a legitimação da cláusula geral de boa-fé como incidente em todas as fases negociais. Tamanha é a

¹⁰ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 34-35.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

relevância desse tema que ele é objeto de diversas discussões judiciais¹⁴, na qual se pleiteia, por exemplo, a indenização por danos materiais e morais pela inobservância dos deveres laterais ao contrato.

Torna-se, ainda, necessário identificar os limites da boa-fé objetiva, a fim de que não se autorize a sua aplicação de forma irrestrita ou como uma simples cláusula genérica. Ao contrário do que se poderia imaginar a primeira vista, a discussão acerca dos seus limites, segundo Tepedino¹⁵, ao invés de restringir, amplia a aplicação da boa-fé objetiva, na medida em que a torna mais eficaz. A busca desses limites tem início e fim no seu próprio conceito, uma vez que é a própria função sócio-econômica do contrato que deve ser tida como limite de aplicação da boa-fé objetiva¹⁶.

Nesse diapasão, complementa ainda o ilustre civilista¹⁷ que o que o ordenamento jurídico visa é assegurar que as partes envolvidas colaborem mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato. Todavia, não há que se falar na exigência de que um contratante colabore com o interesse individual da contraparte, uma vez que, muito comumente, esses interesses são opostos. O que se busca, portanto, é a persecução dos interesses comuns de forma ética e proba, segundo os ditames da função sócio-econômica do negócio celebrado¹⁸.

Em suma, observa-se que é de grande importância o estudo das funções e dos limites da boa-fé objetiva, uma vez que essa, no contexto jurídico atual, é um instituto que incide em todas as relações contratuais paritárias. Não se deve olvidar também que os deveres anexos ao contrato são ínsitos a qualquer negócio jurídico, podendo

¹⁴ Nesse sentido, veja-se o relevante julgado: “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. (...) FUNÇÃO INTEGRATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E LEALDADE. INADIMPLEMENTO. (...) 4. A relação obrigacional não se exaure na vontade expressamente manifestada pelas partes, porque, implicitamente, estão elas sujeitas ao cumprimento de outros deveres de conduta, que independem de suas vontades e que decorrem da função integrativa da boa-fé objetiva. 5. Se à liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescentam-se ao contrato deveres anexos, que condicionam a atuação dos contratantes, a inobservância desses deveres pode implicar o inadimplemento contratual. [...]”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1655139/DF*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78474695&num_registro=201500936304&data=20171207&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹⁵ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 37-38.

¹⁶ *Ibid.*, p. 38.

¹⁷ *Ibid.*, p. 39.

¹⁸ Nesse sentido, afirma Tartuce que: “[...] o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não somente é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana”. TARTUCE, op. cit., p. 886.

até mesmo gerar responsabilização civil, se descumpridos. Pode-se, pois, concluir que se deixou para trás a era do individualismo para se vivenciar a era da eticidade e da cooperação, à medida que a boa-fé objetiva ganha cada vez mais espaço e prestígio no direito contratual brasileiro.

2. A CLÁSSICA DISTINÇÃO ENTRE O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E A MORA

Grande parte da doutrina brasileira¹⁹ ainda adota a noção simples e estática de relação obrigacional para analisar a teoria do inadimplemento. Para esta parcela da doutrina, a obrigação é tida como um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito da outra. Ou seja, a partir desta visão clássica, a obrigação se esgota nos deveres de prestar e de exigir a prestação, isto é, no mero vínculo de débito e crédito²⁰.

Não obstante essa secular lição seja extremamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que, hoje, a referida noção de relação obrigacional não mais se sustenta. Isso porque, ao lado dos deveres principais de prestação, surgem os chamados deveres laterais ao contrato como também incidentes em todas as relações obrigacionais. Desta feita, a doutrina moderna²¹ considera a relação obrigacional como uma relação complexa, que deve ser analisada como um processo direcionado para o seu adimplemento, a fim de satisfazer satisfatoriamente ambas as partes envolvidas²².

Com base na noção estática de relação obrigacional, a doutrina clássica, tal como Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua, subdividia o gênero inadimplemento em duas espécies, quais sejam: o inadimplemento absoluto e a mora. E, portanto, esta não fazia qualquer menção a uma eventual terceira modalidade. Com efeito, distingui-se o inadimplemento absoluto da mora, ao passo que, no primeiro, a obrigação deixa de ser cumprida definitivamente, enquanto, que na segunda, a obrigação pode ainda ser cumprida mesmo que tardiamente.

¹⁹ Tal como Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro e Clóvis Beviláqua lecionam.

²⁰ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, op. cit., p. 457-458.

²¹ Nesse sentido, pode-se citar Judith Martins-Costa e Aline de Miranda Valverde Terra.

²² SAVI, op. cit., p. 458.

Segundo os ensinamentos do mestre Caio Mário²³, o inadimplemento é a falta da prestação devida. Assim, o inadimplemento será absoluto²⁴ quando o credor não receber aquilo a que o devedor se obrigou, seja a entrega de uma coisa, seja a realização de um fazer, seja até mesmo a abstenção de uma conduta, e, por conseguinte, não existir mais a possibilidade ou interesse de que seja executada a prestação²⁵.

Já no que tange à mora, também denominada de inadimplemento relativo, esta se configura quando o devedor não cumpriu oportunamente a obrigação, existindo, todavia, a possibilidade de que ainda venha a fazê-lo de forma útil para o credor. Tal fato é o que a difere do inadimplemento absoluto. Não obstante os dois institutos sejam espécies do gênero inadimplemento das obrigações, eles se distinguem quanto à existência ou não de utilidade ou proveito ao credor. Existindo, o caso será de mora; não existindo, será caso de inadimplemento absoluto²⁶.

Contudo, cumpre destacar que a referida perda do interesse na prestação deve ser analisada objetivamente. Ou seja, deve-se examinar se a perda de interesse corresponde à realidade dos fatos. E, nessa linha, também segue o Enunciado nº 162 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁷, senão veja-se: “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 305.

²⁴ Nesse diapasão, enuncia Tepedino que: “diz-se total o inadimplemento quando a obrigação é inteiramente descumprida, enquanto o inadimplemento parcial tem lugar quando a prestação é entregue apenas em parte. Não se confundem o inadimplemento absoluto com o total, nem o parcial com o relativo, este equivalente à mora. Tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora podem ser total ou parcial”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 697.

²⁵ A fim de ilustrar tais situações, elucida Sérgio Savi que: “como exemplo da primeira hipótese pode-se citar o caso de uma pessoa que se comprometeu a entregar um determinado cavalo de raça em data futura, mas que se viu impossibilitada de cumprir a obrigação em virtude da ocorrência de um incêndio no estábulo que causou a morte do animal. Neste exemplo, o objeto da prestação perece e, assim, a prestação não poderá ser cumprida definitivamente. Já em relação ao inadimplemento absoluto da obrigação decorrente da falta de interesse do credor em receber tardiamente a prestação ainda possível, pode-se citar o exemplo da debutante que contrata um coral para cantar em sua festa de quinze anos. O coral não aparece para a apresentação no dia da festa. O cumprimento daquela obrigação ainda seria possível, tendo em vista que o coral poderia se apresentar em outra data. Contudo, por motivos óbvios, a debutante não terá interesse em receber a prestação tardiamente, configurando, assim, hipótese de inadimplemento absoluto”. SAVI, op. cit., p. 462.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

²⁷ BRASIL. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

Ademais, segundo o artigo 394 do Código Civil²⁸, estará em mora o devedor que não efetuar o pagamento, bem como o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Por isso, no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de mora não se limita exclusivamente à demora no adimplemento da obrigação. Isso porque o referido dispositivo legal se refere não só ao tempo, mas também ao lugar e à forma estabelecidos por lei ou convenção entabulada entre as partes.

Frise-se, ainda, que o conceito de mora deve ser complementado a partir do artigo 396 do Código Civil²⁹, segundo o qual, para a caracterização da mora do devedor, o inadimplemento deve ser culposo. Todavia, tal fato não é exigido para a configuração da mora do credor³⁰.

A par da referida conceituação, de acordo com Gustavo Tepedino³¹, o Código Civil parece ter incorrido em certa imprecisão técnica, ao estender sobremaneira o conceito de mora. Não obstante as partes contratantes respondam também por eventuais infrações atinentes ao lugar e ao modo de cumprimento da obrigação, tecnicamente isso não configuraria mora. Esse cumprimento defeituoso, na verdade, caracterizaria a chamada violação positiva do contrato, em consonância com a doutrina mais moderna³².

Ademais, ao se levar em consideração ainda os deveres anexos criados pela boa-fé objetiva como integrantes de todas as relações obrigacionais, amplia-se não somente o conceito de adimplemento, mas também o de inadimplemento. Isso porque o inadimplemento poderá ser acarretado até mesmo pelo descumprimento dos mencionados deveres laterais ao contrato, e não mais apenas pela mera inexecução da prestação principal por uma das partes³³.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 8.

²⁹ Ibid.

³⁰ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 714.

³¹ Ibid., p. 714-715.

³² Nessa toada, leciona Carlos Roberto Gonçalves que: “a boa-fé objetiva enseja, também, a caracterização de inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato”. GONÇALVES, op. cit., p. 370.

³³ Nesse sentido, afirma Aline Terra que: “a ampliação das condições para a configuração do adimplemento implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, na direção oposta, reputar-se-á inadimplente o devedor que não cumpra o dever principal de prestação ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, o inadimplemento corresponde à inexecução da

Nesse sentido, vem à tona o debate acerca da autonomia da violação positiva do contrato, se contraposto ao inadimplemento absoluto e à mora. Essa classificação binária não é mais suficiente para solucionar todos os impasses decorrentes das relações obrigacionais. De fato, não se pode afirmar que o descumprimento do dever de informação ou de lealdade é um fato idêntico, por exemplo, a não entrega de um automóvel quando da celebração de um contrato de compra e venda.

Portanto, não podem tais situações ser tratadas de forma idêntica sem suas devidas especificidades. Entende-se, pois, que o descumprimento dos deveres instrumentais não se enquadra perfeitamente na classificação dicotômica de inadimplemento, pois esse último poderá ser acarretado inclusive pelo desrespeito aos mencionados deveres laterais ao contrato, e não tão somente pela mera inexecução da prestação principal.

3. A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: UMA TERCEIRA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO?

Primeiramente, cumpre destacar que a teoria da violação positiva do contrato tem origem na doutrina alemã, mais especificamente, na formulação de Hermann Staub do início do século XX. Isso porque foram os seus estudos publicados em um artigo de 1902 que introduziram essa figura no mundo jurídico³⁴. De fato, foi a partir de seu trabalho que se passou a discutir a possibilidade do reconhecimento de que o contrato, não obstante adimplido pela parte contratada, pudesse ser cumprido de forma defeituosa, acarretando a resolução do contrato e/ou o dever de reparar eventuais danos daí provenientes.

O desenvolvimento da referida tese se expandiu para diversos ordenamentos jurídicos da *civil law*, dentre eles o próprio direito brasileiro foi consideravelmente influenciado. Por conseguinte, assim como ocorrera na Alemanha com o surgimento

prestação satisfativa, e não o mero descumprimento da prestação principal”. TERRA, Aline de Miranda Valverde. A Contemporânea Teoria do Inadimplemento: Reflexões sobre a Violação Positiva do Contrato, o Inadimplemento Antecipado e o Adimplemento Substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. 1. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 187.

³⁴ ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o Papel da Violação Positiva do Contrato na Teoria do Inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 258-282, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/30366/23357>>. Acesso em: 18 mar. 2020, p. 262.

do BGB³⁵, a promulgação do Código Civil de 2002 favoreceu a reflexão acerca da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da maior relevância conferida à boa-fé objetiva³⁶.

Com efeito, o referido instituto apresenta sua incidência nos casos relacionados ao mau cumprimento da prestação. E daí provém o nome violação positiva do contrato, pois, embora o devedor faça algo, ou seja, adote uma conduta positiva, ainda assim, ele descumpra o contrato, ao desrespeitar os ditos deveres anexos. Logo, recorre-se a tal tese nas hipóteses em que, não obstante tenha havido um comportamento do devedor equivalente à realização da prestação contratada, esse não se apresenta satisfatório para atender a finalidade da relação contratual³⁷.

Nesse sentido, defende-se que a violação positiva do contrato seria uma terceira espécie autônoma de inadimplemento obrigacional. Isso porque, como abordado no segundo capítulo deste artigo, tal tese não se adéqua perfeitamente à classificação binária de inadimplemento. E, nesta toada, também dispõe o Enunciado nº 24 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³⁸, senão veja-se: “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.”

Contudo, há que se destacar que, atualmente, observa-se divergência doutrinária³⁹ quanto à autonomia dessa modalidade de inadimplemento obrigacional se contraposto ao inadimplemento absoluto e à mora. Isso porque parcela da doutrina, tal como Daniel de Pádua Andrade⁴⁰, sustenta o reenquadramento da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. Afirma, pois, que os elementos protetivos da violação positiva do contrato podem ser incorporados a partir da extensão do conceito de inadimplemento absoluto e mora para além da simples prestação, com base na noção moderna do conceito de obrigação.

³⁵ BGB significa *Bürgerliches Gesetzbuch*, que é o Código Civil alemão.

³⁶ ANDRADE, op. cit., p. 265.

³⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 528.

³⁸ BRASIL. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>>. Acesso em: 05 set. 2020.

³⁹ Daniel de Pádua Andrade, por exemplo, é contrário à tese, ao afirmar que: “[...] embora continue válido o respectivo referencial teórico, torna-se desnecessário o recurso à violação positiva do contrato enquanto terceira modalidade de descumprimento obrigacional. O enquadramento ora proposto perpassa pela análise da origem e da assimilação brasileira da teoria da violação positiva do contrato, bem como pelo estudo da perspectiva dinâmica da obrigação e da reformulação conceitual do (in)adimplemento”. ANDRADE, op. cit., p.261-262.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 277-278.

De fato, o referido autor⁴¹ é contrário à autonomia da violação positiva do contrato como uma terceira espécie de inadimplemento contratual. Ele defende que o inadimplemento absoluto abrangeria qualquer violação obrigacional que esgotasse o legítimo interesse do credor, ao passo que a mora incorporaria qualquer descumprimento que não apagasse definitivamente a utilidade da obrigação⁴². Assim, ao alargar demasiadamente os conceitos de inadimplemento absoluto e mora, não restaria espaço para a incidência da violação positiva do contrato.

Não obstante o descompasso doutrinário, já existem julgados na jurisprudência brasileira⁴³ que aplicam eficazmente a violação positiva do contrato. Portanto, pode-se dizer que, hoje, tal tese já está incorporada à jurisprudência pátria, na medida em que ela é cada vez mais utilizada na solução de litígios decorrentes da inobservância dos deveres anexos nas relações obrigacionais⁴⁴.

⁴¹ ANDRADE, op. cit., p. 278.

⁴² Nesse diapasão, também segue Schreiber, ao afirmar que “[...] a utilidade do recurso à noção de violação positiva do contrato nesse sentido é discutível, na medida em que a boa-fé objetiva dispensa um instrumento intermediário de aplicação, que somente seria útil se auxiliasse em sua aplicação concreta, o que não acontece com a noção de violação positiva do contrato, a qual não chega a definir um tipo de comportamento inadmissível nem mesmo um tipo de dever que não se poderia violar. Torna-se, assim, um degrau conceitual desnecessário. Além disso, em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de inadimplemento, sem necessidade de importação de uma terceira figura de pouca tradição entre nós”. SCHREIBER, op. cit., p. 529.

⁴³ A título ilustrativo, veja-se o seguinte julgado: “Apelação Cível. Ação Indenizatória. Violação positiva do contrato, consubstanciada na quebra dos deveres resultantes da boa fé, tais como o de lealdade, fidúcia e transparência. Dano moral. Reforma da sentença. 1. No caso, restou incontroverso que apesar de o plano de saúde ter autorizado a internação em quarto particular, o recorrente foi acomodado em enfermaria. 2. Desse modo, ao prestar um serviço inferior ao contratado, o apelado vulnerou o princípio da boa-fé objetiva, do qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidúcia, respeito, honestidade e transparência. 3. Quando ignorados ou afrontados os deveres anexos da boa-fé, instaura-se a violação positiva do contrato ou cumprimento defeituoso, em que não se observa o descumprimento da totalidade do avençado, mas sim dos deveres laterais do mesmo, caracterizando hipótese de inadimplemento à luz do Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil. 4. Desse modo, o noscômio deve ser responsabilizado, porque não logrou demonstrar qualquer excludente de responsabilidade (art. 14, §3º, do CDC) [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0037590-25.2013.8.19.0204*. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <[http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3734919 &PageSeq=0](http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3734919&PageSeq=0)>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁴⁴ Nesse sentido, destaca-se o relevante julgado: “[...] tais deveres acessórios precisam ser observados em quaisquer relações jurídicas, não só consumeristas, embora ganhem relevo em tal seara. Isso porque a violação de tais deveres implica no que se convencionou chamar de violação positiva do contrato ou cumprimento irregular. Isto é, apesar de não haver mora ou inadimplemento quanto à obrigação principal, a inobservância dos deveres anexos também consiste em ilícito civil, pois atenta contra valores constitucionalmente protegidos [...]”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002666-82.2011.8.19.0066*. Relatora: Renata Machado Cotta. Disponível em: <

Tanto ela é uma espécie de inadimplemento obrigacional, que as suas possíveis consequências não deixam dúvida disso. Tendo em vista a função integrativa da boa-fé objetiva, em casos que se constate o descumprimento dos deveres laterais ou anexos incidentes em todas as fases contratuais, a parte vulnerada poderá até mesmo pleitear indenização por danos materiais e morais. Institutos esses característicos do gênero inadimplemento que surgem como consectários do desrespeito às obrigações contratuais pactuadas entre as partes.

Nesse sentido, também leciona o ilustre civilista Gustavo Tepedino⁴⁵, ao afirmar que, como consequência, expande-se o suporte fático do inadimplemento obrigacional, reputando-se a inobservância de deveres laterais como violação ao contrato, ao acarretar não apenas a pretensão ressarcitória, mas, também, outros institutos próprios ao inadimplemento, quais sejam: a possibilidade de recusar a prestação com base na exceção de contrato não cumprido e, em casos extremos, a possibilidade de resolver o contrato.

Em suma, concluí-se que a chamada violação positiva do contrato pode ser classificada como uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, tese essa que inclusive já foi encampada pela jurisprudência brasileira. Logo, dada a maior relevância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao princípio da boa-fé objetiva como incidente em todas as fases da relação contratual, observa-se que o desrespeito aos ditos deveres anexos, podem acarretar além de ações de ressarcimento por danos materiais e morais, até mesmo, ações de resolução contratual.

CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa, constatou-se que a violação positiva do contrato é uma espécie autônoma de inadimplemento contratual, se contraposto ao inadimplemento absoluto e à mora. Hoje, a prevalência axiológica decorrente do princípio da boa-fé objetiva como incidente não mais somente nas relações consumeristas, mas também em todas as relações contratuais paritárias, demonstra a importância de se conhecer as funções e os limites oriundos do referido princípio.

<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3928481&PageSeq=0>. Acesso em: 05 set. 2020.)

⁴⁵ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 18.

Pode-se afirmar, ainda, que deixou de ser absoluta aquela visão clássica e antiquada de que o contrato seria um instituto regido apenas pelo interesse das partes. Isso porque o direito civil passou a ser fortemente influenciado por uma concepção mais solidária e empenhada com a realização de valores sociais, principalmente a partir da promulgação do Código Civil de 2002. Superou-se, então, a ideia de que o princípio do *pacta sunt servanda* seria um dogma absoluto, tendo em vista a maior relevância conferida a valores como a eticidade e a probidade.

A partir da noção de lealdade e colaboração, instituiu-se a boa-fé objetiva como a fonte criadora dos chamados deveres anexos ou laterais ao contrato. E tais deveres são tidos, hoje, como ínsitos a qualquer contrato, bem como impostos às partes mesmo sem previsão contratual específica, além de ser uma forma de propagação da confiança para a boa condução dos negócios jurídicos.

Por conseguinte, o mero descumprimento dos ditos deveres anexos ao contrato poderá acarretar até mesmo a responsabilização civil do infrator, independentemente de culpa. De fato, a parte vulnerada poderá pleitear indenização por danos materiais e morais ou, até mesmo, propor ações de resolução contratual. Institutos esses próprios do gênero inadimplemento que emergem como consequências do desrespeito às obrigações contratuais estabelecidas entre as partes.

Não obstante aquela antiga noção de relação obrigacional simples e estática ainda subsista, mesmo que de forma minoritária, no ordenamento jurídico pátrio, demonstrou-se, ao longo deste artigo, que esta noção de relação obrigacional não mais se sustenta. Isso porque prevalece, hoje, o entendimento, segundo o qual, a relação obrigacional é uma relação complexa, ou seja, que deve ser entendida como um processo direcionado para o seu adimplemento, sempre com o intuito de satisfazer ambas as partes envolvidas.

Desta feita, o gênero inadimplemento antes subdividido em apenas duas espécies, quais sejam: o inadimplemento absoluto e a mora, deve agora ser tido como uma classificação tricotômica. Isso porque a ampliação do conceito de adimplemento provocou também a expansão do conceito de inadimplemento. Logo, como o inadimplemento poderá ser acarretado até mesmo pelo descumprimento dos mencionados deveres laterais ao contrato, e não mais apenas pela mera inexecução da prestação principal por uma das partes, pode-se dizer que a violação positiva do contrato surge então como uma terceira espécie autônoma de inadimplemento contratual.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. Revisitando o Papel da Violação Positiva do Contrato na Teoria do Inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 258-282, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/30366/23357>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 24*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 162*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/283>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1655139/DF*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78474695&num_registro=201500936304&data=20171207&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0002666-82.2011.8.19.0066*. Relatora: Renata Machado Cotta. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3928481&PageSeq=0>>. Acesso em: 05 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0037590-25.2013.8.19.0204*. Relator: Marcos Alcino de Azevedo Torres. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3734919&PageSeq=0>>. Acesso em: 05 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1464-Curso-de-Direito-Civil-Obrigaes-Vol2-2017-Cristiano-Chaves-de-Farias-Nelson-Rosenvald.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. Disponível em: <http://www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-49_tira-gosto_A-Boa-fe-no-direito-privado_Judith-Martins-Costa.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 32, ano 8, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.

_____. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [e-book].

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, [e-book].

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A Contemporânea Teoria do Inadimplemento: Reflexões sobre a Violação Positiva do Contrato, o Inadimplemento Antecipado e o Adimplemento Substancial. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. 1. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.