

**RENATA CARLOS STEINER**

**COMPLEXIDADE INTRA-OBRIACIONAL E DESCUMPRIMENTO DA  
OBRIGAÇÃO: DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**

**Curitiba**

**2009**

**RENATA CARLOS STEINER**

**COMPLEXIDADE INTRA-OBRIgACIONAL E DESCUMPRIMENTO DA  
OBRIgAÇÃO: DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

**Curitiba**

**2009**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

### **COMPLEXIDADE INTRA-OBRIGACIONAL E DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO: DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. António Pinto Monteiro  
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 27 de abril de 2009.

Para minha prima *Caro*, pelo exemplo de tudo.

Para meus “avós” Lu e Bruce, pelos primeiros (e indispensáveis)  
passos na língua alemã.

## AGRADECIMENTOS

Satisfaz-me enormemente o fato de dividir a feitura deste trabalho com tantas pessoas que se fizeram presente no meu caminho. Em particular, devo agradecer a um grupo delas que teve participação especial nesta jornada. Assim, seguem meus indispensáveis agradecimentos:

Há três anos meus sábados têm sido dedicados ao estudo da língua alemã e aulas de valsa. Por isso, além da dedicatória, imprescindível agradecer com todo meu amor aos meus tios-avós Lu e Bruce, por me adotarem por neta, com carinho e compreensão inexplicáveis durante todos estes anos. Tenham certeza que, sem vocês, esta dissertação não seria factível.

À minha família. Minha mãe por estar sempre presente, mesmo quando eu estive a um oceano de distância. Meu pai por ser exemplo maior de retidão, inteligência e trabalho. E o Felipe pela sinceridade. A todos os três juntos agradeço por oportunizarem minha formação pessoal e acadêmica sempre da melhor forma possível.

Ao Prof. Dr. Paulo Nalin que, muito além da orientação, me despertou o gosto pelo Direito das Obrigações e acreditou em mim, me fazendo ir além. Sempre.

Ao Prof. Jorge Cesa Ferreira da Silva, exemplo de pesquisador, que me ajudou imensamente na concretização dos meus sonhos.

A Pedro e Virgínia, pessoas especiais que tive o prazer de conhecer, agradeço por me receberem maravilhosamente bem na minha estadia em Augsburg. Serei eternamente grata.

Também na minha estada na Alemanha devo fazer menção àqueles que dividiram apartamento comigo: Euan, Kathi e Dea meu “vielen Dank”. Agradeço igualmente à Julia e ao Robby, a ela especialmente pelas visitas semanais na biblioteca quebrando a solidão de longas horas de estudos.

Não posso deixar de agradecer ao Prof. Dr. Jörg Neuner, pela acolhida em sua *Lehrstuhl*, com atenção de verdadeiro orientador. Também agradeço à querida Frau Bradatsch pelas nossas descontraídas conversas sobre de tudo um pouco e à Martina Roller, pela ajuda no decifrar das letras góticas.

A Manfred e Heidi por sempre corrigirem, com muita paciência, meus infantis erros de alemão.

Ao Adnan Alzahrani, com quem aprendi que mesmo as culturas mais diferentes podem gerar amizade profunda, agradeço simplesmente por tudo.

À Glenda, por ser amiga daquelas que se pode contar em todas as horas. Ao Schulman, pela sabedoria da maçã. À Desdêmona, pelas conversas de final de tarde nos nossos cafés semanais, substituídas por conversas quase que diárias por meios virtuais. Ao Hugo e ao Ricardo que, apesar da distância física, estão presentes na minha vida tal como éramos nós na época (não tão distante) da graduação. Ao Alexandre, pela sempre paciente companhia.

À Kyra e ao Bruno, por tornarem meus últimos dias em Augsburg inesquecíveis.

À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Carla Pereira Ribeiro, ao Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, ao Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, ao Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca, aos Professores Eros Belin de Moura Cordeiro, Roberto Altheim e Frederico Glitz, todos pela troca de idéias que com certeza auxiliaram na redação deste trabalho.

Ao meu tio, Bráulio Gabriel Gusmão, por ter me presenteado o primeiro livro jurídico e com isso me incentivado a começar a pesquisa científica, e ao Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha pela primeira orientação.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, instituição que aprendi a respeitar e amar (e onde tudo começou), e ao CNPq pela possibilidade financeira da minha ida à Alemanha.

## RESUMO

O presente trabalho toma dois caminhos de estudo que se entrecruzam. A começar, parte-se da incidência do princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional, especialmente de sua função enquanto fonte de deveres laterais de conduta, os quais iluminam a compreensão da relação obrigacional como complexidade e processo. A partir daí, o estudo volta-se ao descumprimento contratual para verificar as conseqüências da adoção de tal entendimento na situação patológica de inadimplemento. Voltadas que estão as tradicionais figuras do inadimplemento absoluto e da mora exclusivamente aos deveres de prestação, enxerga-se um descoberto campo de importantes violações contratuais que, de forma geral, pode-se dizer quebram a base de cooperação esperada em uma relação obrigacional. Descoberta inicialmente por Hermann Staub no início do século XX, a doutrina da violação positiva do contrato encontra ampla guarida no direito obrigacional alemão, tendo sido albergada no texto do *Bürgerliches Gesetzbuch* pela Lei de Modernização do Direito Obrigacional, empreendida em 2002. Independentemente da falta de disposição legal acerca da violação da boa-fé no Brasil, o estudo da teoria encontra largo abrigo na experiência jurídica brasileira, uma vez que embasada na cláusula geral de boa-fé, cuja interpretação pode ser obtida a partir da Constituição da República. O direito das perturbações obrigacionais alemão permeia o estudo que segue não como modelo para mera tradução doutrinária, mas sim como paradigma de competente leitura das potencialidades do princípio da boa-fé objetiva. Esta postura se dá pelo reconhecimento de que soluções jurídicas devem ser buscadas levando-se em consideração a sociedade em que estão inseridas, sempre tendo os mandamentos constitucionais como norte.

Palavras-chave: complexidade intra-obrigacional; boa-fé objetiva; violação positiva do contrato.

## ABSTRACT

The following work takes two intersected routes. It begins with an examination of the principle of good faith in the law of obligations, particularly its complementary function that leads to the creation of lateral duties which, on their side, are essential to the comprehension of the obligation as a process or as a structure. From this notion, the study focuses on the breach of contracts and the consequences that this specific topic suffers from this comprehension. Considering that the non-performance and the delay concepts were built having only the principal duty in a contract as paradigm, it is possible to uphold that innumerable situations cannot be integrated into these two notions. To be considered especially are cases in which the violation of a contract arises from a lack of the cooperation required from its parts. Initially discovered by Hermann Staub at the beginning of the 20th Century, the doctrine of the positive breach of credit finds recognition in the German law of obligations and, after the Modernization Law of 2002, is set out in the *Bürgerliches Gesetzbuch*. Despite the lack of regulation of the violation of good faith in Brazil, the study of this theory finds shelter in the Brazilian law experience because it has its foundations in the good faith general clause, whose interpretation can be found in the Brazilian Constitution. The German law of obligations is here taken not as a model for a simply doctrine translation but as paradigm of a competent interpretation from good faith. This posture is explained by the recognition that juridical solutions can only be improved in straight link with the society in which they are inserted, illuminated by the Constitutional-Civil Law.

Keywords: obligation as a process; good faith; positive breach of contract



## ZUSAMMENFASSUNG

Die folgende Arbeit beinhaltet zwei verschiedene Studienwege die sich kreuzen. Es beginnt mit dem Einfluss von Treu und Glauben als Grundsatz in der Lehre des Schuldrechts, insbesondere die Ergänzungsfunktion des Prinzips und die von ihm entstehenden Nebenpflichten die zum Begreifen des Schuldverhältniss als Gefüge oder Prozess dazugehören. Von diesem Punkt an wendet sich die Studie in der Lehre der Vertragsverletzung, besonders die Konsequenzen über dieses Verständniss in der Lehre der Leistungsstörung. Da die traditionellen Begriffe *Nichtleistung* und *Verzug* nur aus der Sichtweise der Leistungspflichten entwickelt wurden, gibt es viele Fälle der Leistungsstörung die man nicht unter diesen Ausdrücken versteht, vereinfacht gesagt diejenigen die die Treuepflichten verletzen. Die Lehre der positiven Vertragsverletzungen wurde Anfang letztes Jahrhundert von Hermann Staub entdeckt und durch die Schuldrecht Reform von 2002 im Bürgerlichen Gesetzbuch wörtlich integriert. Trotz die fehlende Regelung der positiven Vertrags- oder Forderungsverletzung in dem brasilienischen Gesetz, bejaht das Rechtswissenschaft die Anwendbarkeit der Theorie in Brasilien wegen ihrer Begründung in dem Grundsatz von Treu und Glauben, dessen Interpretation unter der brasilienischen Verfassung begründbar ist. Da die rechte Problemlösungen nur unter eine bestimmte Gesellschaft entwickelt werden sollen, findet das deutsche Leistungsstörungsrecht Platz in der folgenden Arbeit nicht als Anwendungsvorbild. Die folgende Forschung ist keine Doktrinäre Übersetzung, sondern ihren Aufbau unter dem Verständnis des Zivilrechts durch die Grundsätze der Verfassung.

Stichwörter: schuldverhältniss als Prozess; Treu und Glauben; positive Vertragsverletzung

## SUMÁRIO

|   |      |
|---|------|
| Resumo .....  | vii  |
| Abstract .....  | viii |
| Zusammenfassung.....  | ix   |
| <b>Introdução</b> .....   | 01   |
| <b>I - O Direito das Obrigações na contemporaneidade</b>                                      |      |
| 1. Premissas do caminho a ser percorrido: o desatar dos nós .....                             | 08   |
| 1.1 Da construção pandectística .....   | 11   |
| 1.2 Juízo histórico da Pandectística: estrutura e função do Direito<br>Obrigacional .....     | 17   |
| 1.3 A primavera.....  | 22   |
| 2. Boa-fé objetiva e complexidade intra-obrigacional .....                                    | 28   |
| 2.1 Revisão crítica do conceito de obrigação .....  | 33   |
| 2.2 Da boa-fé no direito obrigacional.....  | 39   |
| 2.3 Complexidade intra-obrigacional .....   | 49   |
| 3. Deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva .....                                    | 61   |
| 3.1 Deveres de informação e esclarecimento .....  | 73   |
| 3.2 Deveres de cuidado e proteção .....   | 81   |
| 3.3 Deveres de lealdade e cooperação .....  | 88   |
| 3.4 Dupla natureza.....   | 92   |
| <b>II – Do descumprimento obrigacional</b>  |      |
| 4. Descumprimento das Obrigações no Direito Brasileiro .....                                  | 95   |
| 4.1 Distinção de regimes .....  | 99   |
| 4.1.2 Causa .....   | 100  |
| 4.2.2 Efeito ou resultado .....   | 104  |
| 4.2 Inadimplemento absoluto .....   | 105  |
| 4.2.1 Impossibilidade: duas vertentes .....   | 106  |
| 4.2.2 Casos de inadimplemento absoluto .....  | 115  |
| 4.3 Mora .....  | 119  |
| 4.3.1 Da abrangência do conceito .....  | 122  |
| 4.3.2 Mora e cumprimento imperfeito .....   | 134  |
| 5. Perturbações na relação obrigacional no Direito Alemão:<br>descumprimento contratual ..... | 147  |

|  |     |
|--|-----|
| 5.1 Da impossibilidade ( <i>Unmöglichkeit</i> ) .....  | 151 |
| 5.1.1 A impossibilidade antes e depois da <i>Reforma</i> .....                                   | 153 |
| 5.2.1 Confrontação com a noção de inadimplemento absoluto .....                                  | 156 |
| 5.2.3 Especificidade do conceito de impossibilidade no direito alemão .....                      | 162 |
| 5.2 Da mora ( <i>Verzug</i> ) .....  | 167 |
| 6. Violação Positiva do Contrato: da teorização de Hermann Staub à aplicação contemporânea ..... | 173 |
| 6.1 Da descoberta de STAUB .....   | 176 |
| 6.2 Fundamentos doutrinários .....   | 185 |
| 6.3 <i>Cumprimento imperfeito enquanto hipótese de violação positiva</i> .....                   | 188 |
| 6.4 Quebra de deveres laterais .....   | 206 |
| 6.5 <i>Das conseqüências da violação positiva</i> .....  | 215 |
| 6.5.1 Da responsabilidade civil por danos .....  | 215 |
| 6.5.2 Do direito à resolução .....   | 221 |
| 6.5.3 Da exceção de contrato não cumprido .....  | 225 |
| Considerações finais.....  | 230 |
| Referências Bibliográficas .....   | 233 |

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem, como central fundamento, a incidência do princípio da boa-fé objetiva no plano do direito obrigacional. Com o anseio de dar luz à disposição do art. 422 do Código Civil Brasileiro e ao necessário diálogo civil-constitucional, busca-se traçar algumas linhas sobre a incidência do princípio na matéria do descumprimento contratual.

Parte-se, para tanto, do reconhecimento da insuficiência da visão tradicional de relação jurídica obrigacional enquanto mero contraponto de um direito subjetivo de crédito e um dever jurídico de débito. Embora clássico e de corrente aceitação, tal entendimento deixa de dar abrigo a uma série de deveres que não têm por base o exercício da autonomia privada e, mais ainda, desconsidera que não são patrimônios que se encontram em uma relação obrigacional e, sim, pessoas concretas que assim devem ser tuteladas.

Neste viés, sustenta-se que o princípio da autonomia privada não é única fonte criadora de deveres obrigacionais. À luz dos princípios contemporâneos que iluminam os contornos, o conteúdo e os efeitos da obrigação, solidifica-se sua compreensão enquanto processo e estrutura, na trilha das teorizações de Karl LARENZ e Clóvis do COUTO E SILVA.

Atua a boa-fé objetiva como criadora de deveres laterais de conduta, cuja enumeração e explicitação prévias mostram-se impossíveis. O princípio, hoje estabilizado no Código Civil Brasileiro, pode ser obtido por meio de uma interpretação constitucional, estritamente ligado à dignidade da pessoa humana. Impossível negar, portanto, sua incidência sobre o direito civil, especificamente aqui no direito das obrigações.

O reconhecimento do qual se parte é de que a boa-fé é chamada a incidir de diferentes formas e fases no fenômeno obrigacional. Seja enquanto regra de interpretação, repreensão ao abuso de direito, fundamento de justiça contratual, integração do conteúdo de contrato ou criação de deveres laterais de conduta, exerce a boa-fé papel de relevada importância de forma que deficitária é uma análise do direito das obrigações que, hoje, deixe de fazer menção ao princípio.

Pelo que se habituou chamar de função integrativa do princípio, reconhece a doutrina contemporânea que de uma relação obrigacional surgem

deveres outros que não aqueles estreitamente ligados à prestação principal. De forma generalíssima, pode-se dizer que tais deveres estão embasados em uma relação de cooperação e proteção, não ajustada à abstração da construção conceitual de obrigação.

Comumente denominados de deveres laterais de conduta ou comportamento, estão eles ligados ao entendimento da relação obrigacional enquanto complexidade, em uma via dupla: ao mesmo tempo em que fazem parte da compreensão da obrigação como processo, fundamentam-se justamente nesta visão. Seus estudos, portanto, são entrecruzados e indissociáveis.

Pode-se fazer menção exemplificativa a três grupos de casos de tais deveres laterais, quais sejam, deveres de informação e esclarecimento, deveres de cuidado e proteção e deveres de lealdade e cooperação. A classificação ora empreendida não é exaustiva, servindo apenas de orientação para a aplicação do princípio na sua função integrativa. Nada impede, ainda, que no caso concreto verifique-se a ocorrência de deveres não enquadráveis em apenas uma categoria.

A partir da compreensão de que a relação jurídica possui uma complexidade interna, parte-se para o estudo da situação patológica de descumprimento obrigacional. Entende-se que as tradicionais figuras do inadimplemento absoluto e da mora não comportam, em suas formulações originais, a quebra dos deveres laterais decorrentes da boa-fé. Ao mesmo tempo, a mera releitura de tais conceitos seria insuficiente para dar efetiva aplicação ao princípio em questão, em consideração à sua importância na conformação do direito obrigacional contemporâneo.

Ao lado da análise da conformação do direito obrigacional no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente àquele que diz respeito à situação patológica do descumprimento, mas sem pretensão de apresentar um trabalho de direito comparado, a disciplina é traçada em paralelo com aquela encontrada no direito alemão. A opção deve-se muito mais ao reconhecimento de que a doutrina alemã, ao longo de mais de cem anos de vigência do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), mostrou-se competente e criativa o suficiente para traçar soluções jurídicas não encontradas diretamente no texto legal, do

que à inócua tentativa de transportar conceitos e definições de um ordenamento para o outro, sem a devida releitura cultural.

O especial interesse dedicado às orientações germânicas reside particularmente na compreensão da relação jurídica obrigacional enquanto processo e na aplicação do princípio da boa-fé negocial na figuração da violação positiva do contrato. Optou-se, no entanto, em traçar, ao longo do texto, um breve apanhado da configuração do descumprimento contratual naquele país. A leitura de tais conclusões incipientes não se revela como imprescindível para a compreensão do trabalho que ora se apresenta, conquanto se lhe recomende para melhor entendimento de algumas conclusões traçadas na exposição.

A função integrativa do princípio da boa-fé e a complexidade intra-obrigacional são os pontos de partida e de fundamentação para o enquadramento da quebra dos deveres de proteção, oriundos da boa-fé objetiva, como verdadeira hipótese de descumprimento obrigacional.

O caminho que se traça, no entanto, não é aquele de se encontrar fundamentos tal enquadramento, já que, ao assim proceder, estar-se-ia partindo da conclusão em busca da fundamentação. Em realidade, o traçado percorrido é o inverso, saindo da insuficiência da autonomia privada como núcleo do direito obrigacional, passando pela necessária observância da função integrativa da boa-fé objetiva para alcançar a tutela da situação patológica de seu descumprimento. Reconhece-se, todavia, que a conclusão e a fundamentação dos pressupostos por vezes mostram-se fôrma única. Não por acaso, chama-se a relação obrigacional enquanto processo de dotada de uma complexidade intra-obrigacional, podendo-se ir além para dizer que o próprio princípio da boa-fé possui conteúdo complexo.

A noção de inadimplemento absoluto, que dialoga de forma estreita com a impossibilidade da prestação, alberga em seu conteúdo unicamente a inexecução dos deveres principais. O mesmo ocorre com o conceito de mora, ainda que se reconheça ter o legislador brasileiro alargado seu conteúdo em confrontação com a conceituação tradicionalmente encontrada no direito comparado. Diante de tal regulação dicotômica, estão em desabrigo, justamente, os deveres laterais de conduta derivados da boa-fé objetiva.

A justificativa é traçada pelo reconhecimento de que tanto o conceito de inadimplemento absoluto, ligado à possibilidade da prestação, quanto o da mora, ligada ao atraso da prestação ainda possível, estão dirigidos ao cumprimento dos deveres de prestação, aqueles que caracterizam a relação jurídica obrigacional.

A respeito, em um contrato de compra e venda, nasceriam às partes o dever do pagamento e da entrega da coisa vendida. O inadimplemento absoluto encontraria lugar na eventualidade do objeto da prestação se perder, por ato imputável ao seu devedor, e a mora na hipótese de atraso no prestar, subsistindo a possibilidade e o interesse do credor no recebimento extemporâneo. Ocorre que mesmo havendo atos dirigidos à prestação, como o pagamento do preço e a entrega do objeto, para se situar no exemplo mencionado, há casos em que são descumpridos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva.

Seu descumprimento, por óbvio, não pode ser ignorado. A questão cerne do presente trabalho está, justamente, no reconhecimento de que a tradicional compreensão do descumprimento obrigacional está regulada tendo como norte unicamente os deveres de prestação, sendo, por esse mesmo motivo, insuficiente para albergar as reverberações do entendimento da complexidade intra-obrigacional.

A doutrina da violação positiva do contrato encontra sua certidão de nascimento na *descoberta* do advogado berlinense Hermann Staub, em texto trazido a público em 1902, apenas dois anos após a entrada em vigor do Código Civil Alemão. Identificou Staub o que chamou de imensa lacuna conceitual no regramento das perturbações obrigacionais no recém publicado código. O grupo de casos por ele reunidos tem por identidade justamente a impossibilidade de reconduzirem-se às figuras da impossibilidade e da mora.

Do incipiente texto de Staub publicado no começo do século XX partiram a doutrina e jurisprudência alemã à lapidação da teoria por ele formulada. Assim, se em um primeiro momento a cláusula geral da boa-fé objetiva estampada no § 242 do BGB não foi utilizada para fundamentar a doutrina da violação positiva, hoje reconhece grande parte da ciência jurídica alemã seu assento sólido no princípio.

O sucesso da teorização de Staub pode ser reconhecido tanto pela sua influência em outros ordenamentos jurídicos, a citar o brasileiro e o português, como pelo fato de ter sido recentemente albergado no corpo da legislação civil alemã, com a Lei de Modernização do Direito Obrigacional empreendida em 2002. O direito das perturbações obrigacionais alemão encontra-se hoje polarizado na geral figura da quebra de deveres que, amplamente regulada, abriga também a quebra dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva.

A lacuna conceitual observada, ou descoberta, por Staub, não pode ser simplesmente transportada à experiência jurídica brasileira. No Brasil, o art. 389 do Código Civil regula apenas a principal consequência do descumprimento obrigacional imputável, justamente a reparação dos danos daí advindos. Não se encontra neste dispositivo legal o que se pode entender sob o título de *cumprimento da obrigação*. A resposta, como se vem sustentando, e de acordo com as premissas aqui estabelecidas, só pode ser buscada na conformação do direito obrigacional à luz do princípio da boa-fé objetiva.

Assim, diz-se que quem contrata não está mais adstrito apenas ao que formalmente contrata: a boa-fé objetiva faz nascer deveres outros, não decorrentes do exercício da autonomia privada das partes, e nem por isso menos importantes. O alcance do termo cumprimento, assim, deve ser lapidado tendo em vista os mandamentos do princípio, podendo-se dizer que o cumprimento visa à realização de todos os deveres emanados do vínculo, sejam eles principais, secundários ou laterais, em correspondência ao acordado, à lei e ao princípio da boa-fé objetiva.

Diante da larga regulação do inadimplemento obrigacional pelo Código Civil Brasileiro, aliada à ampla regulação dos vícios, do objeto ou de direito, pelo mesmo diploma legal e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), fecham-se as hipóteses de violação positiva do contrato, no direito brasileiro, ao cumprimento imperfeito e à quebra dos deveres laterais. As lapidações do alcance de tais conceitos são um dos objetivos principais do trabalho.

A importância da aplicação da violação positiva do contrato, no Brasil, não está tanto no nascimento do direito à indenização pelos prejuízos advindos, vez que estes encontram amplo abrigo na regra geral de não causar danos a outrem. O reconhecimento de que a quebra de tais deveres importa em descumprimento obrigacional e, frise-se, não apenas em regime



equiparável a este, abre espaço à aplicação de conseqüências e efeitos outros que não a mera reparação de danos, sejam eles patrimoniais ou extra patrimoniais.

Desta forma, reconhecendo o caráter contratual da quebra da boa-fé e de acordo com a análise da situação concreta, abre-se ao lesado a possibilidade de fazer valer o direito à resolução contratual, assim como de opor exceção de contrato não cumprido. Tais opções não seriam factíveis caso não lhe fosse aplicável o regime contratual. No mais, a abertura para uma terceira via no estudo do descumprimento contratual também tem a virtude de dar efetiva aplicação ao princípio da boa-fé objetiva.

O trabalho que segue está dividido em duas partes. A primeira delas, acerca dos contornos contemporâneos do direito das obrigações, apresenta-se embasada no princípio da boa-fé objetiva e nos demais pressupostos que orientam o presente estudo, em particular aquele que diz com a visão do Direito Civil à luz da Constituição da República.

No primeiro capítulo, encontra o leitor o traçar das premissas norteadoras dos caminhos e conclusões que se avizinham. A busca se dá pela revisão dos postulados que a Modernidade Jurídica impregnou no estudo do direito civil, em especial da construção conceitualista empreendida pela Pandectística alemã. Embora corretos do ponto de vista formal, tais conceitos, dentre eles especialmente aqui o de obrigação e contrato, encontram-se distanciados da vida concreta, razão pela qual se propugna sua superação. A partir desta concepção, a tarefa passa a ser de releitura do Direito Obrigacional em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, sem descuidar da fundamentabilidade da autonomia privada e da função social dos contratos.

No segundo capítulo procura-se traçar o entendimento da complexidade intra-obrigacional, reconhecendo que a relação jurídica não pode e não deve ser resumida a um único feixe de deveres. À luz da compreensão da obrigação como processo, configuram-se os deveres principais apenas como sendo um de seus elementos constitutivos.

Fechando a primeira parte do trabalho, o terceiro capítulo tem por condão trazer uma classificação exemplificativa destes deveres laterais decorrentes da função integrativa da boa-fé, assim como demonstrar o amplo reconhecimento desta função pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Traçados os fundamentos centrais do estudo e edificadas as bases para a compreensão do descumprimento contratual, abre-se a parte segunda do texto, nitidamente mais dogmática. Sem descurar das linhas traçadas, parte-se para a conformação do descumprimento obrigacional no direito civil brasileiro, a partir das lições doutrinárias e da regulamentação traçada pelo Código Civil.

Assim, no quarto capítulo, encontra o leitor a lapidação dos conceitos de inadimplemento absoluto e mora, bem como das figuras da impossibilidade da prestação e do cumprimento imperfeito, este último sendo traçado de forma inicial em confrontação com a mora. Este estudo tem por escopo compreender a regulamentação das hipóteses de descumprimento obrigacional, na necessária busca dos aspectos não regulados pelo direito brasileiro.

No quinto capítulo traçam-se algumas linhas acerca das perturbações na relação obrigacional no direito alemão. Conforme já se afirmou, o objetivo do texto é dar ao leitor subsídios à compreensão do porquê do surgimento da doutrina da violação positiva do contrato, assim como em alertar aos riscos de um estudo que não tome as palavras pelos seus conteúdos.

Por fim, chega-se ao derradeiro capítulo, no qual se analisam as configurações da violação positiva do contrato no direito brasileiro a partir de todo o arcabouço conceitual traçado nos capítulos precedentes. Ali, apresenta-se um conceito positivo da doutrina, nucleado na espécie de dever descumprido e de dano causado. As conclusões traçadas não têm a pretensão de serem linhas definitivas sobre a temática, mas podem significar um horizonte que potencialize as possibilidades abertas por uma leitura crítica da relação jurídica obrigacional.

## I – O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE

### 1. Premissas do caminho a ser traçado: o desatar dos nós.

Embora este estudo não seja um trabalho histórico sobre o percurso da boa-fé e do descumprimento contratual, a História, em especial aquela dita não-positivista e crítica, está nele imbricada. Também se advirta ao leitor que o presente capítulo não tem por condão ser uma introdução histórica ao tema ora tratado, pelo contrário. Quer-se enquadrar a análise na fixação de premissas que norteiam o caminho a ser trilhado, e é nesse viés que a história crítica se faz da maior importância.

A principal lição da qual se parte, pautada no ensinamento de historiadores do Direito críticos na atualidade, em especial de António Manuel HESPANHA, é de que “o direito existe sempre ‘em sociedade’ (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*)”.<sup>1</sup> Com isso, nega-se de antemão a concepção positivista do Direito como sistema de normas fechado em si mesmo, e que reduz o trabalho do jurista ao simples dizer das possibilidades emanadas da norma, sem qualquer opinião crítica.<sup>2</sup>

Da afirmação de António Manuel HESPANHA extrai-se ser impossível dar a termos como *contratos* ou *obrigação* o mesmo conteúdo semântico que

---

<sup>1</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 21. Aliás, Antonio Manuel HESPANHA afirma que a história crítica do direito tem por objeto justamente o direito em sociedade (Idem, p. 35). E porque aqui se trata do Direito Civil, convém também fazer menção à afirmação de Pietro PERLINGIERI ao criticar o estudo do direito dissociado da sociedade: “a afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as conseqüentes tentativas de definir a chamada ‘realidade jurídica’” como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, económica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma ‘teoria geral do direito’ sem (explícitas) ‘infiltrações’ de carácter político, económico, sociológicos: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 02)

<sup>2</sup> Jörg NEUNER ressalta a sempre lacunosa natureza da codificação de direito privado: “pertence à posição consolidada da investigação atual o fato de ser inalcançável uma codificação integral do direito privado que abranja todas as potenciais situações da vida”, afirmação da qual se parte para dizer que não se pode pretender fechar o Direito em si mesmo. (NEUNER, Jörg. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão*. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 214).

possuíam em outros tempos. “O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência”, afirma o autor. Da mesma forma, a “... descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam”.<sup>3</sup>

Com o mesmo alerta, Teresa NEGREIROS abre seu livro *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Segundo a autora, pautada em Gregorio ROBLES, “apesar da revolução de Copérnico, continuamos convictamente a dizer que o sol sobe pela manhã e desce ao entardecer”. Analogicamente, no plano do direito contratual, utilizam-se as expressões *autonomia privada* e *liberdade de contratar* “...como se o seu conteúdo se houvesse mantido tal e qual, como se mantidas estivessem as condições culturais que as forjaram”.<sup>4</sup>

Diante disso, não parece demais dizer que o contrato do século XXI difere substancialmente da noção Moderna que dele se tem. Como consequência, trabalhar com a noção de boa-fé no plano obrigacional e com as categorias de descumprimento contratual requer, de seu estudioso, passar necessariamente pelo reconhecimento da relação entre Direito, História e Sociedade para que se possa trilhar o caminho com segurança. A escolha de um objeto de estudo profundamente alicerçado sobre o direito alemão também não significa que se pretenda unicamente uma transposição de saberes de um ordenamento ao outro, o que sequer seria possível uma vez que o princípio da boa-fé só pode ser analisado no caso concreto, o que implica na análise de determinada sociedade, posicionada culturalmente.

Aliás, a inserção da boa-fé objetiva enquanto “*topos subversivo*”<sup>5</sup> do direito obrigacional contemporâneo reafirma ainda mais a estreita ligação entre o Direito e a Sociedade, vez que sua idéia é “criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”.<sup>6</sup> Em sociedade, o conceito de

---

<sup>3</sup> HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 26-27.

<sup>4</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 01-02.

<sup>5</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 409.

<sup>6</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001, p. 604. Afirma António PINTO MONTEIRO as influências do dinamismo social e econômico sobre o Direito: “não se estranhará, por certo, essa influência – quer a nível legislativo, quer no plano da ‘consciência jurídica geral’, - pois, como regra de conduta

boa-fé tem inúmeros significados. Em sociedade historicamente estudada, pode-se trabalhar com um conceito mais preciso do princípio, embora não seja possível exaurir seu significado *in abstracto* ou mesmo *a priori*, o que também não é desejável.<sup>7</sup>

A ligação do fenômeno do jurídico com a sociedade é tema central das pesquisas de Paolo GROSSI. O historiador mostra que tentar abstrair o Direito das relações do real e da comunidade, é construir algo artificial, afirmando verificar que um “emaranhado nó de certezas axiomáticas lentamente se sedimentou no intelecto e no coração do jurista moderno”.<sup>8</sup> Fazer parte do movimento de desconstrução deste verdadeiro edifício jurídico construído na Modernidade Jurídica significa empreender a revisão de “muitas conclusões que uma estratégia persuasiva tinha elevado à categoria dos fundamentos dogmáticos”<sup>9</sup>, que, aliás, não são poucas quando se estuda o Direito das Obrigações.

Encontra-se o dogma deste ramo do Direito Civil, conhecido pela não predisposição a mudanças<sup>10</sup>, no princípio da autonomia da vontade, posteriormente tratada sob o título de autonomia privada. Em realidade, à autonomia da vontade foi concedida especial posição na construção de todo o Direito Moderno, notadamente voluntarista. Significa dizer que a vontade do indivíduo foi a pedra angular da construção do ideário jurídico moderno, não apenas no direito das obrigações e nos contratos, que aqui se trabalha. A

---

destinada a disciplinar a vida humana em sociedade, o direito não poderá alhear-se da realidade concreta que pretende conformar, a fim de se manter apto a ajuizar correctamente dos problemas e fornecer resposta actualizada às renovadas necessidades práticas da vida” (PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2003, p. 14-15).

<sup>7</sup> Nesse sentido afirma Teresa NEGREIROS que “a boa-fé não tem conteúdo até o instante em que seu conteúdo é invocado” (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 226).

<sup>8</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da modernidade*. 2ª ed. rev. e atual., tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 14.

<sup>9</sup> Idem, p. 45. No mesmo sentido a afirmação de António Manuel HESPANHA, elegendo como missão da história do direito “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas”. (HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 21).

<sup>10</sup> Aliás, neste sentido, interessante é a afirmação de Eros Belin de Moura CORDEIRO, já na introdução de sua dissertação de Mestrado quando afirma que “a crise do contrato suscita, desse modo, uma rica e frutífera reflexão em torno dos problemas contratuais. Contestam-se mitos e dogmas sedimentados quando da formulação da teoria contratual clássica ou tradicional, a começar pela própria idéia de que o direito obrigacional (e o direito contratual, de modo particular) não é afeto a mudanças. Enfim, edifica-se uma *teoria contratual crítica*”. (CORDEIRO, Eros Belin de Moura. *A revisão dos contratos na nova sistemática codificada brasileira e a Constituição do Brasil*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite. Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 10-11).

importância desta construção também pode ser explicada quando se observa que a disciplina obrigacional está na base não apenas do Direito Civil, mas do Direito como um todo.<sup>11</sup>

Pretende-se aqui demonstrar as premissas que norteiam o presente estudo, todas tendo como linha mestra o alerta de Paolo GROSSI, no sentido de que, colocar-se na contramão de uma Modernidade mantenedora do *status quo*, requer do jurista o mesmo que o autor elege como a função primordial dos historiadores: que se relativizem conceitos, “relativizando certezas consideradas absolutas”<sup>12</sup>; que se questionem valores, “insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada conformação cultural”; enfim, que se desatem os nós existentes no intelecto e coração do jurista moderno, aceitos de modo submisso e acrítico.<sup>13</sup>

No mais, e como apanhado das breves linhas acima traçadas, há de se ter em conta que, apesar da estrutura do Direito Obrigacional permanecer praticamente incólume, sua função é hoje deveras diversa daquela de outrora. E, conforme Norberto BOBBIO, tenha a ciência jurídica se dedicado nos últimos tempos muito mais ao estudo da estrutura do que da função, já é o tempo de que se vá efetivamente “da estrutura à função”.<sup>14</sup>

## 1.1 Da construção Pandectística

<sup>11</sup> Conforme GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. aumentada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 01.

<sup>12</sup> GROSSI, Paolo. *op.cit.*, p. 13.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 14. No mesmo sentido Ricardo Marcelo FONSECA ao afirmar que “... discutir a chamada ‘crítica da modernidade’ é algo urgente, sobretudo no âmbito jurídico – onde em boa medida ainda raia de modo ofuscante uma totalizadora e arrogante visão ‘modernizante’ herdada sem muitas mediações do século XIX. Se hoje é inegável a presença de um sentimento de crise nas bases do conhecimento e nas bases institucionais, a produção de um saber que leve esse contexto em conta é algo imprescindível”. (FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 09).

<sup>14</sup> Tradução do título do livro de BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura Alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Conforme BOBBIO a separação das análises funcionalista e estruturalista pode ser observada na obra de Hans Kelsen: “na obra de Kelsen não apenas as análises funcionalistas e análise estruturalista são declaradamente separadas, mas esta separação é a base teórica sob a qual Kelsen funda a exclusão da primeira sobre a segunda”, tradução livre de “Nell’opera di Kelsen non solo analisi funzionale e analisi strutturale sono dichiaratamente separate, ma questa separazione è la base teorica su cui Kelsen fonda l’esclusione della prima a favore della seconda” (BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura Alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977, p. 64).

Segundo afirma Orlando GOMES, o Direito das Obrigações foi elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado pela Escola das Pandectas na Alemanha.<sup>15</sup> De fato, foi no seio do movimento pandectístico alemão que surgiram conceitos básicos do Direito, tais como relação jurídica, direito subjetivo e contrato<sup>16</sup>, os quais, em que pese a crítica que a eles se faz, ainda circulam com tranqüilidade quase inabalável no âmbito do jurídico. Em suma, para aqueles que se dedicaram à releitura dos *Pandectas*, “o trabalho intelectual dos juristas devia consistir sobretudo na construção de um sistema de conceitos jurídicos”<sup>17</sup>, sendo ideais os conceitos quanto mais abstratos o fossem (“caracteriza-se o método dessa Escola pelo abuso de abstrações lógicas”).<sup>18</sup> Não parece ser demais afirmar o efetivo sucesso da construção conceitualista empreendida vez que, como se observa, ainda hoje se utilizam os conceitos ali forjados e adota-se, em inúmeras codificações, a conhecida *Parte Geral* com a qual se abre o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

Franz WIEACKER liga o Pandectismo ao positivismo científico<sup>19</sup> e Antonio Manuel HESPANHA à jurisprudência de conceitos ou ao que chama de conceitualismo.<sup>20</sup> A ciência das Pandectas é tratada por WIEACKER como verdadeira civilística sistemática, expondo o autor, de forma exaustiva, seus conceitos, formulações e grande influência na edição do Código Civil Alemão<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> GOMES, Orlando. *op.cit.*, p. 02.

<sup>16</sup> Assim afirma Fernando NORONHA: “a maior parte dos conceitos jurídicos fundamentais, como relação jurídica, direito subjetivo, contrato, culpa e dolo, foram formulados no âmbito do Direito das Obrigações, e ainda hoje eles dominam o conjunto do Direito Civil e até partes do direito público (...)”. (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 93).

<sup>17</sup> HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 393.

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. *op.cit.*, p. 03.

<sup>19</sup> Ao fazer tal afirmação, WIEACKER está a tratar não do positivismo legalista ou do positivismo científico em geral, tal qual o de Augusto Comte, e sim daquele que, nas suas palavras “deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objectivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas” sendo neste sentido muito ilustrativa a recorrente frase de Bernhard Windscheid de que “considerações de carácter ético, político, ou económicos não são assuntos dos juristas, enquanto tais”. (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª edição. Tradução de Antonio Manuel Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 492).

<sup>20</sup> António Manuel HESPANHA também indica como sinónimo da pandectística o termo jurisprudência de conceitos. (HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 391).

<sup>21</sup> Nesse sentido veja-se a afirmação de António Manuel HESPANHA de que “a pandectística teve uma grande expansão, na Europa e fora dela. Na Europa, está na origem do Código civil

ao final do século XIX. Trata-se de uma das componentes da Escola Histórica do Direito, a qual buscava, de fato, a sua construção sistemática.<sup>22</sup>

Para a Pandectística o Direito era extraído “... exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios geralmente reconhecidos da sua ciência”, podendo-se destacar, como o faz Franz WIEACKER, as conseqüências de que, sob tal função, a ordem jurídica é vislumbrada enquanto um sistema fechado de instituições e normas, independente da realidade social e, ainda, dotado de plenitude, sendo o papel do juiz simplesmente o da aplicação da norma com um ato de subsunção.<sup>23</sup> Disso, conclui-se, com base em António Manoel HESPANHA, que “a função dos conceitos é, ao mesmo tempo, (i) facilitar a apreensão do direito, já que eles se tornam sintéticos e intuitivos, e (ii) tornar possível a produção de novas soluções jurídicas por meio do desenvolvimento conceitual, do chamado ‘poder genético dos conceitos’”.<sup>24</sup> Aí, também a justificativa pela adoção de uma *Parte Geral*, considerada por boa parte da doutrina como facilitadora da leitura de um Código.<sup>25</sup>

Os conceitos na Pandectística gozam de uma realidade direta<sup>26</sup>, tal como um postulado da física ou da matemática (como no exemplo de WIEACKER, a velocidade da luz), de forma que partem da idéia de que “... a justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase,

---

alemão de 1900, a ponto de se ter podido escrever que ele era as *Pandectas* de Windscheid transformadas em parágrafos” (Idem, 398).

<sup>22</sup> HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 391. Acerca da “Escola Histórica” faz-se menção à lição de António MENEZES CORDEIRO ao afirmar que “não obstante, e se, com isso pretender negar transferências culturais que terão actuado no Direito da época, deve entender-se que sob a designação «escola histórica» abriga-se um procedimento tipicamente jurídico, sem correspondente directo e imediato nas outras áreas do saber. A escola histórica confina-se ao Direito. Este aspecto sofre e condiciona a autoconsciência metodológica que, a partir de então, assolou os juristas: a escola histórica debruça-se, com intensidade, sobre o próprio método, e desenvolve um discurso puramente metodológico e, nessa via, acaba por isolar esquemas inaplicáveis fora do jurídico” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *op.cit.*, p. 290).

<sup>23</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 494-498. Sobre o papel do julgador Franz WIEACKER afirma que “críticos do positivismo, como ainda Heck e Isay, chamam portanto ao juiz, ironicamente, um autómato da subsunção e, na verdade, esta imagem do julgador lembra remotamente as calculadoras eletrónicas da atualidade” (Idem, p. 498).

<sup>24</sup> HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 394. Sob o mesmo tema, afirma Orlando GOMES que “o *positivismo científico* florescente no século XIX concebia o Direito como sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente, sem levar em conta, como proclamou Windscheid, considerações éticas, políticas ou econômicas. Trabalhava, em síntese, com realidades lógicas, entregues, sem arautos, à tarefa obsessiva de burilar conceitos”. (GOMES, Orlando. *op.cit.*, p. 03).

<sup>25</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 20.

<sup>26</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 495.



fundamenta também a sua correção material”.<sup>27</sup> Em outras palavras, os princípios são verdadeiros não apenas do ponto de vista formal, mas também no fundamento ontológico, sendo ilustrativo de tal atitude de depuração de princípios e conceitos o princípio da vontade (*Willensprinzip*) nos negócios jurídicos.<sup>28</sup>

A construção conceitualista representa a crença na infalibilidade de seus postulados. Uma vez positivados, ou codificados para se situar a análise no século XIX,<sup>29</sup> os conceitos acabam se autonomizando e legitimando-se no próprio ordenamento. Enfim, o Código representa a realidade transformada em textos e o Direito Privado<sup>30</sup> reduzido a conceitos. Conforme afirma WIEACKER, a crença de que a aplicação de tais conceitos levaria a uma decisão justa está na crença “... de que os direitos e as situações jurídicas seriam coisas reais, regidas pelas leis gerais da experimentação física”.<sup>31</sup> Ao final de um longo século de estudos jurídicos, a Pandectística enfim projeta seus conceitos para o corpo de uma codificação civil, o BGB de 1896.

---

<sup>27</sup> Ibidem. Segundo análise de Antonio Manuel HESPANHA, ao proceder deste modo “o jurista estaria a adoptar um método semelhante ao dos cientistas da natureza que, a partir da observação do real e da elaboração lógica dos resultados dessa observação, extraem princípios gerais subjacentes aos factos empíricos (como a lei da atracção universal, a velocidade da luz, as leis que presidem às combinatórias químicas). Princípios que, por sua vez, não apenas explicam as observações feitas, mas podem ser ainda logicamente combinados, produzindo novos princípios e teorias que, por seu turno, produzem conhecimentos novos sobre a realidade” (HESPANHA, António Manuel. *op.cit.*, p. 394)

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> E quando se fala aqui de codificação tem-se em mente o movimento empreendido a partir do final do século XVIII, cujos frutos podem ser chamados de códigos modernos. Nas palavras de António Manuel Hespánha, “... os códigos modernos, que começaram a ser postos em vigor por toda a Europa nos fins do século XVIII, apresentam traços de marcada especificidade em relação às codificações anteriores”, explicando logo após a sua afirmação, para dizer que se tratam de códigos sistemáticos (“um aspecto ‘arrumado’ que contrasta com o plano arbitrário dos códigos anteriores”), recheados de disposições tendencialmente eternas. Conclui HESPANHA que “os códigos serão, assim, um repositório não do direito «voluntário», sujeito às contingências e às mudanças da vontade humana, mas do direito «natural», imutável, universal, capaz de instaurar uma época de «paz perpétua» na convivência humana” (HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Publicações Europa-América, 1997, p. 162). Sobre as condições políticas da codificação, faz-se menção a Francesco GALGANO ao afirmar que no século XIX assiste-se ao nascimento de um novo direito privado: proveniente do Estado e estritamente burguês. (GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra oódice e Costituzione*. 2ª ed.; Bologna: Zanichelli, 1988, p. 01).

<sup>30</sup> Embora hoje as fronteiras entre o que outrora se chamou de Direito Público e Privado estejam enfraquecidas, em especial pelo viés civil-constitucional, há de se ter em mente que, no seio do movimento Pandectística e da edição do BGB, era possível tal separação, mais ainda, tal era indispensável. No mais, a doutrina alemã hodierna ainda se divide entre pública e privada, embora se reconheça amplamente no ordenamento jurídico alemão a incidência horizontal dos direitos fundamentais.

<sup>31</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 495.

Em seu papel de historiador crítico, Paolo GROSSI alerta o leitor acerca da “teimosa desconfiança que o homem do povo, o homem comum, tem no que diz respeito ao direito”<sup>32</sup>, em especial quando se confunde Direito e Lei. Para os Pandectístas, a aplicação da lei por um ato de subsunção levaria necessariamente a uma decisão justa. No entanto, e exatamente por essa crença, afirma GROSSI:

“o homem do povo tem, deste modo, razão para desconfiar: se o direito é lei, e se lei é somente o comando abstrato com conteúdos indiscutíveis, pensado e desejado no longínquo Olimpo dos palácios do poder, a sua identificação com um raio que cai sobre a cabeça dos desavisados não é pois tão peregrina”.<sup>33</sup>

Disso, não há como não se ligar a Pandectística à desconfiança de GROSSI, a qual representa, em última análise, a desconfiança hodierna acerca da justeza da lei. Mais ainda, considerando que o Direito Brasileiro bebeu na fonte do direito alemão e no direito europeu como um todo<sup>34</sup> em desconsideração às vicissitudes de sua realidade, há de se dizer que a temática pode, e deve, ser debatida pela doutrina pátria.

A experiência mostra a falácia das premissas pandectísticas e positivistas, em última análise. Retirar do Direito qualquer outro valor não-jurídico e transformar o julgador em um mero “autômato da subsunção” acaba

---

<sup>32</sup> GROSSI, Paolo. *op.cit*, p. 23.

<sup>33</sup> Idem, pp. 24-25. Muito interessante notar a afirmação de Helmut KÖHLER ao introduzir edição do Código Civil alemão: “o conceito de relação obrigacional pertence aos conceitos fundamentais do BGB, que devido a sua abstração são de difícil entendimento aos leigos”. Tradução livre de: “Auch der Begriff des Schuldverhältnisses gehört zu den Grundbegriffen des BGB, die infolge ihrer Abstraktheit dem Rechtsunkundigen schwer verständlich sind” (KÖHLER, Helmut. *Einführung In: BGB*, 61. Auflage, Munique: Beck Texte, 2008, p. XVII).

<sup>34</sup> Sabidamente, muito significativa é a influência do Código Civil Frances de 1804, o Código de Napoleão, conforme se percebe do seguinte excerto de John GILISSEN: “... a influência dos códigos franceses do início do século XIX, sobretudo o Código civil de 1804, estendeu-se muito para além da Europa, nomeadamente nos países da América Latina” (GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª Ed. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 11). A relevância do movimento codificador que teve lugar na França pós Revolução, é tão importante para John Gilissen que o autor chega a dividir a análise histórica do Direito em antes e depois de 1789. Segundo o autor, “as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) concretizam as idéias novas nos textos de constituições e de leis” (Idem, p. 131). No mais, pode-se ainda citar a afirmação de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, para quem, tanto a Revolução Francesa quanto os seus desdobramentos são “causas materiais do movimento codificatório” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37).

por ser insuficiente em uma “época de lutas ideológicas e sociais”.<sup>35</sup> E este constitui o primeiro nó a ser desatado para que se possa prosseguir com o presente estudo.

No mais, e como se está a tratar do Direito das Obrigações e do Direito Contratual, é indispensável fazer menção que o contrato é, ele próprio, também um conceito jurídico, pautado em especial na autonomia da vontade.<sup>36</sup> O voluntarismo jurídico nasce como pilar do direito Moderno, de forma que não deve ser visto dissociado de sua certidão de nascimento.

A construção da teoria do negócio jurídico, de onde provém o conceito de contrato, é atribuída à Pandectística alemã, que se dedicou com afinco a esta tarefa.<sup>37</sup> Enquanto categoria, o negócio jurídico é tratado por Francesco GALGANO como super-categoria lógico-jurídica, separada da tipologia histórico-social.<sup>38</sup> É, precisamente, um conceito abstrato, estabilizado na lei, “como se a resposta sempre estivesse formulada antes da elaboração da própria pergunta”.<sup>39</sup>

Segundo Orlando GOMES, os alemães elaboraram conceitos e os generalizaram “com tamanha perfeição lógica, que os autores do Código Civil entenderam ser conveniente sua incorporação à obra legislativa, sistematizando-os na famosa parte geral”.<sup>40</sup> É ali, na parte geral, que estão estabilizados os mais fundamentais conceitos jurídicos, os quais não podem ser entendidos senão quando ligados à época em que estão inseridos, daí porque se parte para o chamado juízo histórico do movimento.

---

<sup>35</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit*, p. 501. Nessa linha de pensamento, afirma Paulo NALIN: “inadequado ao jurista moderno desprezar as influências que cercam o Direito, ou que dele já fazem parte, sob pena de mascarar a realidade e manter o fenômeno dos fatos distanciado do fenômeno jurídico”. (NALIN, Paulo. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 174).

<sup>36</sup> Conforme afirma Enzo ROPPO na primeira frase de sua obra: “<Contrato> é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa”. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 07)

<sup>37</sup> GOMES, Orlando. *op.cit*, p. 04.

<sup>38</sup> GALGANO, Francesco. *op.cit*, p. 63.

<sup>39</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96.

<sup>40</sup> GOMES, Orlando. *op.cit*, p. 04.

## 1.2 Juízo Histórico da Pandectística<sup>41</sup>: estrutura e função do Direito Obrigacional

Ao se tratar da Pandectística há de se fazer duas ressalvas iniciais: a) primeiramente, se trata de uma análise historicamente posicionada e justificada, já que a noção de negócio jurídico ali forjada ainda encontra fundamento na ciência jurídica brasileira do século XXI, e b) há de se ter em conta que tal movimento surgido no século XIX está intimamente ligado, do ponto de vista da sociedade em que se solidificou, ao Liberalismo econômico e à ascensão da burguesia pós Revolução Francesa e, por isso mesmo, conforme análise de Paolo GROSSI, com a consagração de um conceito de propriedade privada autenticamente burguês.<sup>42</sup>

A consagração da propriedade privada não se dá somente com a Pandectística alemã e, sim, em um momento anterior. Pode-se dizer que a positivação dos direitos naturais, com a roupagem de direitos civis, tomou lugar após a Revolução Francesa. Ao analisar este movimento e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, Pietro COSTA faz menção ao léxico tipicamente jusnaturalista ali exposto: afinal, os direitos do homem não se criam e sim são declarados.<sup>43</sup> Ainda segundo COSTA, nesse momento histórico é que se assiste ao nascimento de uma verdadeira e própria categoria de direitos, os direitos civis. “é através da nação que a liberdade e a propriedade – os direitos *naturais* por excelência – tornam-se direitos *civis*”<sup>44</sup>, afirma o autor.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Na esteira das lições de WIEACKER: “a pandectística correspondeu ao espírito do seu tempo e está naturalmente sujeita ao juízo histórico sobre esse período, juízo a que nenhuma época escapa” (WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 505).

<sup>42</sup> GROSSI, Paolo. *A propriedade e as propriedades*. In: GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*s. Tradução de Luiz Ernani Fritolli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>43</sup> COSTA, Pietro. *Diritti*. In: FIORAVANTE, Maurizio (a cura de). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Editori Laterza, 2004, p. 45.

<sup>44</sup> Tradução livre de: “È attraverso la nazione che la libertà e la proprietà – i diritti *naturalli* per eccellenza – divengono diritti *civilli*” (Ibidem).

<sup>45</sup> Na mesma linha de raciocínio é a afirmação de Joaquim de Sousa RIBEIRO: “os direitos fundamentais nascem com as constituições liberais. Em resultado do triunfo da luta da burguesia contra o Estado absolutista, eles afirmaram-se como direitos de liberdade, de salvaguarda para os sujeitos privados de um espaço de autonomia protegido de ingerências arbitrárias do poder político” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007).

No mais, e observando outro viés jurídico surgido com a Revolução de 1789, Paolo GROSSI acentua que a partir daí a tendência ao monismo estatal passou a caminhar com passos firmes. A questão é ainda mais relevante quando se observa, nas trilhas seguidas pelo autor, a exacerbada redução dos sujeitos produtores do direito pela operação de poder realizada pela burguesia: “os sujeitos produtores do direito são reduzidos a um só”.<sup>46</sup> A partir daí Direito e Estado passam a serem faces da mesma moeda.

A influência jusracionalista repercute sobremaneira no movimento codificatório empreendido, em especial, nos oitocentos. Conforme análise de António Manuel HESPANHA, a ligação se dá pelo caráter universal do direito e pelo fato de que “os ‘código’ são, tendencialmente, universais...”<sup>47</sup> sendo que, após um período que chama de “programático e experimental”, inicia sua fase de institucionalização caracterizada no plano jurídico pelo movimento legalista e tendência codificadora.<sup>48</sup>

O indivíduo, tratado sob as vestes do sujeito de direito, tem papel fundamental nessa nova ordem de coisas. Tanto que, não raro, chama-se o Código Civil, aquele que regula as relações interprivadas, ou seja, entre indivíduos, de constituição do homem privado. Uma teoria crítica do direito civil, e aqui se fala especialmente com base em Luiz Edson FACHIN, tem por objeto de exame “o modelo que inspirou os sistemas latinos a forjar uma ‘constituição do homem privado’ e a rejeitar, no *laissez-faire*, a verdadeira dimensão da equidade que supõe simultaneamente igualdade e diferenciação”.<sup>49</sup>

Do indivíduo à propriedade, da propriedade ao contrato, do próprio indivíduo proprietário ao trânsito jurídico da propriedade. O sujeito proprietário surge e se solidifica como grande astro polarizador do direito Moderno, e exprime sua importância por meio de sua vontade soberana.

---

<sup>46</sup> GROSSI, Paolo. *O ponto e a linha: História do Direito e Direito Positivo na formação do jurista do nosso tempo*. Tradução de Mônica Sol Glik. In: Seqüência: estudos jurídicos e políticos. Ano XXV, n. 51, dez. 2005. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 33. O autor também analisa essa redução em outra obra, quando afirma que “o direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo -, visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em um regra respeitável e autoritária (...) Isso porque uma visão desse tipo somente pode se concretizar em um sistema legislativo que tenha apenas uma fonte plenamente expressiva de juridicidade, ou seja, a lei” (GROSSI, Paolo. *Mitologias...*, p. 15).

<sup>47</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura...*, p. 337.

<sup>48</sup> Idem, p. 341.

<sup>49</sup> FACHIN, Luiz Edson. *op.cit*, p. 11.

É atribuída à doutrina alemã, no entanto, a construção conceitual da propriedade no seio do direito positivo, que se deu no seio do movimento alemão ora analisado. Nesse sentido, afirma GROSSI que com o Pandectismo o conceito de propriedade

“se torna a criatura jurídica congenial ao *homo oeconomicus* de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração (...) Uma transcrição tão aderente a ponto de parecer quase uma fusão: a propriedade é somente o sujeito em ação, o sujeito à conquista do mundo. Idealmente, as barreiras entre o mim e o meu caem”.<sup>50</sup>

Com tais lições, pretende o autor demonstrar que a Pandectística serviu à burguesia, no sentido de que, com a consagração da propriedade enquanto construção jurídica sem ambigüidade, “a sociedade burguesa pode conclamar que tem também no plano jurídico uma propriedade autenticamente burguesa”.<sup>51</sup> E não seria outro o papel do contrato na teoria clássica que não a circulação de riquezas ou o trânsito jurídico da propriedade enquanto bem maior, de forma que se falar do conceito de propriedade ali construído não é, de forma alguma, dissociado do tema ao qual este trabalho se propõe, pelo contrário, essa análise avulta ter importância fundamental.

Conforme afirma Franz WIEACKER, a Pandectística servia ao Estado burguês<sup>52</sup> e o fez principalmente através da construção conceitualista. Em suas palavras, “os conceitos fundamentais da autonomia privada, do direito subjectivo, da propriedade e da exigência, recolhida da teoria do direito de Kant, vinham mais directamente do que os próprios positivistas pensaram, ao encontro dos interesses particulares da classe de empresários”.<sup>53</sup> Reconhece-se, portanto, que o contrato nada mais é do que um conceito jurídico que terá sua função ligada às necessidades da sociedade ou do momento em que foi forjado. E, na mesma linha de raciocínio, pode-se compreender o porquê da exacerbação do princípio da autonomia da vontade como fundamento do direito contratual, em especial quando se observa que este princípio está sedimentado

---

<sup>50</sup> GROSSI, Paolo. *A propriedade ...*, p. 81-82.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 83

<sup>52</sup> WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 504.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 505.

na igualdade e liberdade formais. De modo reverso, pode-se questionar essa herança conceitual de que o direito brasileiro parece ser herdeiro tão ilegítimo.

Aliás, interessante notar a observação que faz Paolo GROSSI acerca da conclusão a que chega WIEACKER, esboçada tanto no aqui citado “História do Direito Privado”, quando afirma expressamente que a Pandectística serviu ao Estado de direito burguês, o que explicaria a censura atual de que com a liberdade contratual e a propriedade teria servido de instrumento da sociedade de classe burguesa<sup>54</sup>, quanto no excerto citado por GROSSI, ao convencer-se da incapacidade de representantes do movimento darem-se conta do “... acordo secreto com a sociedade de seu tempo”.<sup>55</sup> Segundo Paolo GROSSI, não seria útil tal convicção, no sentido de que a ligação entre Pandectismo e o seu tempo se dá no nível das mentalidades, “naquele fio condutor que corre mais no subconsciente do que no consciente”<sup>56</sup>, o que não retira, pelo contrário, anima ainda mais o juízo histórico que aqui se faz.

E exatamente porque se deu no nível das mentalidades, a construção pandectística pode ser objeto de crítica e de revisão na atualidade, em que, mudados os tempos, mudada igualmente a mentalidade. Continuar pensando o fenômeno contratual com a estrutura e função do século retrasado, ainda mais quando descortinado o “acordo secreto” com a sociedade que buscava legitimar, parece não apenas precário como também inadmissível. Postar-se diante da Modernidade Jurídica é, portanto uma escolha ideológica abertamente confessada neste trabalho. E os postulados modernos constituem o segundo dos nós a ser desatado para que se possa prosseguir.

Na mesma senda, também se encontra a análise da função de tal construção moderna de contrato, já que sua estrutura, em especial na matéria do descumprimento contratual, ainda hoje é utilizada. Segundo lição de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, o contrato moderno visava sobretudo “oferecer segurança à circulação econômica, no âmbito do mercado, viabilizando as trocas e a alienação da força de trabalho – e, por conseguinte, a acumulação

---

<sup>54</sup> Idem, pp. 504-505.

<sup>55</sup> WIEACKER, Franz. *Pandettistica e rivoluzione industriale*. apud GROSSI, Paolo. *A propriedade ...*, p. 83

<sup>56</sup> GROSSI, Paolo. *A propriedade...*, p. 83.

de capital”.<sup>57</sup> Aliás, no mais das vezes o próprio contrato é definido como as vestes jurídicas de uma operação econômica, a ele subjacente. A razão de contratar seria justamente o trânsito jurídico da propriedade e, por essa medida, merecia tutela jurídica.

Tentar descortinar um oceano de conceitos jurídicos repetidos e acumulados na prática jurídica e jurisprudencial pode significar o mesmo que Bernard EDELMAN coloca como o pano de fundo de sua obra: “dizer quem somos nós para o direito”.<sup>58</sup> Na trilha de suas concepções, enxergar o direito a partir de categorias jurídicas, ainda mais quando se crê que nelas estão refletidas reais relações humanas, é ter uma “má consciência”.<sup>59</sup> A verdade objetiva das relações jurídicas se encontra quando se as colaciona com as relações reais e historicamente determinadas ou, na linguagem marxista adotada por EDELMAN, no modo de produção social.

Assim, não parece ser correto afirmar que a perspectiva moderna de contrato não possuía função, na esteira da constatação de Rodrigo Xavier LEONARDO: “não se pode dizer que esses conceitos e figuras naquele momento não tivessem uma *função*. A perspectiva funcional, ainda que existente, era deliberadamente desprestigiada em virtude de um específico projeto conceitual de direito privado que era concebido”.<sup>60</sup>

Por outro lado, a exacerbada ênfase na sua estrutura, em especial naquela utilizada nesse trabalho sob o título de *obrigação simples*, demonstra de forma clara que o direito obrigacional possuía a função bem determinada, qual seja, a de funcionar como instrumento do trânsito jurídico da propriedade, em desconsideração aos outros interesses envolvidos e à real situação dos partícipes da relação. Conforme se percebe, a este ideal serviam perfeitamente bem os conceitos jurídicos pré-estabelecidos e a abstração da legislação, apta a resguardar, sob seu manto conceitual, as situações da vida, embora tal não possa ser confundido com efetiva aplicação justa da lei.

---

<sup>57</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (coord). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 13.

<sup>58</sup> EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia (elementos para uma teoria marxista o Direito)*. Coimbra: Centelha, 1976, p. 21.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil*. In: *Arte Jurídica: Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina*. Vol. 2, n. 1, Juruá: Curitiba, 2005, p. 144.



A ênfase ao aspecto estrutural, ou ao modo como o direito é feito, e não ao que ele serve, como diria Norberto BOBBIO, é útil aos ideais de asseguaração de certeza, mobilidade e eficácia ao sistema normativo.<sup>61</sup> Assim foi construído o BGB em 1896 e assim mantém-se ele como o Código Civil Alemão, cerca de um (turbulento) século após, com a ressalva da recente reforma empreendida no Livro das Obrigações.

Ainda conforme a profunda análise de Norberto BOBBIO, não se pode esquecer que a pesquisa do escopo ou dos escopos do direito é a brecha através da qual entram na teoria do direito as mais contrastantes ideologias<sup>62</sup> e, justamente por isso, “o circunscrever do cômputo de uma teoria do direito à análise estrutural era um modo de salvaguardar a pesquisa teórica da intromissão de juízos de valor e de evitar a confusão entre o direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal”.<sup>63</sup> Indispensável, assim, fazer a necessária ligação entre os conceitos abstratamente considerados, exatamente porque sua neutralidade mostra-se apenas aparente.<sup>64</sup>

### 1.3 A primavera

Se a história não-positivista e crítica ensina que não se pode tentar entender o presente com as lentes do passado, e que não há entre o ontem e o hoje uma linha evolutiva linear, pelo contrário, a história é feita de rupturas, pergunta-se por quê se teria de compreender o fenômeno contratual tal como construído no século XIX que, seja pelo transcurso natural do tempo, seja pelas grandes transformações que atravessaram o século XX, não tem com o presente qualquer semelhança. Tal conceito em relação à sua estrutura e,

---

<sup>61</sup> Conforme afirma BOBBIO: “la struttura specifica dell’ordenamento giuridico adempie una funzione specifica che è quella di assicurare certezza, mobilità ed efficacia al sistema normativo”. Tradução livre: a estrutura específica de um ordenamento jurídico cumpre uma função específica que é aquela de assegurar certeza, mobilidade e eficácia a um sistema normativo. (BOBBIO, Norberto. *op.cit.*, p. 64).

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. *op.cit.*, p. 05.

<sup>63</sup> Tradução livre de: “Il circoscrivere il compito di una teoria del diritto all’analisi strutturale era un modo de salvaguardare la ricerca teorica dall’intrusione dei giudizi di valore e di evitare la confusione tra il diritto positivo, e il diritto ideale” (Ibidem).

<sup>64</sup> Conclusão que se retira a partir do seguinte excerto de BOBBIO: “l’analisi strutturale non serve soltanto a salvaguardare la teoria del diritto da contaminazioni ideologiche, mas permette di smascherare prese di posizioni politiche che si annidano nei concetti tradizionali apparentemente neutrali della scienza del diritto” (Idem, p. 06).

também em relação à sua função, é insuficiente e não poucas são as literaturas a propugnar sua superação com a construção de leitura outra, de viés diverso.

Na esteira da teoria crítica do Direito Civil proclamada por Luiz Edson FACHIN, chega-se, por fim, ao último nó a ser desatado. Nesse sentido, afirma o autor a necessidade de se reconhecer a ruína do “reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil”<sup>65</sup>, naquilo que chama de “primavera em curso”<sup>66</sup>, em contraposição ao “outono do conformismo racional”.<sup>67</sup>

E, neste brotar de idéias e revisão de conceitos enraizados na cultura jurídica ocidental, importa negar que o direito obrigacional hodierno tenha um único centro de sustentação. A procura deste fundamento único seria vã, na medida em que os fatos concretos demonstram a impossibilidade da construção pré-fixada de conceitos jurídicos que não atravessam a realidade, seja para defini-la, seja para modificá-la. É a realidade que dá instrumento de trabalho ao jurista, e é esta mesma realidade que nega a autonomia da vontade como pilar do direito obrigacional, embora “certo, como já se frisou neste trabalho, a vontade é a principal fonte de direitos e obrigações, mas não a única”.<sup>68</sup>

Não se nega, por óbvio, também uma função pedagógica do Direito ou sua autonomia intencional, conforme alerta de António PINTO MONTEIRO. Assim como não é o Direito “mera regra técnica, despida de significações valorativas”, sua interação com a realidade social não o transforma em redutível a fatores externos.<sup>69</sup> Na trilha das lições do doutrinador, reconhece-se que o exercício de sua função pedagógica e reformadora será tanto melhor desempenhado quanto melhor foi sua adaptação à realidade.<sup>70</sup>

Vem no encontro de tais constatações a técnica legislativa das cláusulas gerais, presentes em abundância no Código Civil Brasileiro de 2002, especialmente no Direito das Obrigações ora trabalhado. Embora a simples aposição de tais cláusulas gerais não seja solução pronta e adequada ao

---

<sup>65</sup> FACHIN, Luiz Edson. *op.cit.*, p. 01.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 02.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 03.

<sup>68</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 105.

<sup>69</sup> PINTO MONTEIRO, António. *op.cit.*, p. 15.

<sup>70</sup> *Idem*, p. 16.

engessamento das soluções e interpretações jurídicas (ao mesmo tempo em que uma inadequada aplicação mostra-se preocupante), fato é que representam importante instrumento de trabalho da doutrina e jurisprudência comprometida com a disciplina constitucional.<sup>71</sup>

Tratadas por António PINTO MONTEIRO enquanto “órgãos respiratórios” do sistema jurídico<sup>72</sup>, são as cláusulas gerais “linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade”, assim como oportunizam a manutenção da legislação por tempo mais prolongado do que se poderia esperar.<sup>73</sup> Aliás, especificamente em relação ao Código Civil Alemão, desnecessário reprisar que permaneceu por mais de 100 (cem) anos inalterado na disciplina do Direito Obrigacional, embora objeto de competentes e profundos desenvolvimentos.

Construções jurídicas não provêm do Olimpo dos deuses, como critica Paolo GROSSI, e, sim, são feitas “... a partir de respostas específicas do mundo jurídico às demandas das comunidades, o que o torna plural e complexo e exige seu acolhimento e não sua obediência forçada”.<sup>74</sup> Fazendo um corte conceitual e focando o estudo no direito obrigacional, há de se refletir

---

<sup>71</sup> Neste sentido, concorda-se discordando-se da afirmação de Judith MARTINS-COSTA para quem “essa é, ao nosso juízo, a maior novidade do Código que entrou em vigor em 2003 em tema de Obrigações: o traçar de uma *estrutura* que enseja um *método* diverso daquele tradicional, tudo estando embasado em uma nova *ideologia*, superadora do individualismo *a outrance* que, desde o inaugurar da Modernidade, tem sido colado ao Direito Privado como se fosse o seu selo, a marca gravada em sua genética” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Volume V, Tomo II (arts. 389-420). Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 01). Embora, de fato, a técnica das cláusulas gerais, assim como as diretrizes teóricas do Código Civil de 2002, representem uma abertura do sistema, o seu fechamento pode continuar a ser produzido por meio de uma doutrina e jurisprudência não afetadas às possibilidades dali emanadas, de forma que parece pouco afirmar que a partir da simples oposição da boa-fé objetiva no corpo da legislação civil, por exemplo, operou-se uma *Virada de Copérnico* na matéria do direito obrigacional.

<sup>72</sup> PINTO MONTEIRO, António. *op.cit.*, p. 21. O autor as trabalha também como “auto-limitações” da lei.

<sup>73</sup> WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 544. Aliás, acerca da manutenção da legislação, imprescindível se faz a referência ao fato de que o direito obrigacional alemão apenas recentemente, em 2002, sofreu importantes mudanças, com a Lei de Modernização do Direito Obrigacional. Sobre o tema, ainda que perfunctoriamente, veja-se que o BGB atravessou todo o turbulento século XIX, sobrevivendo “ao fim do Império alemão, à I Guerra Mundial, à República de Weimar, à ditadura nazista e, com ela, à II Guerra Mundial, e acompanhou o nascimento e crescimento da República Federal da Alemanha até hoje”. (NORDMEIER, Carl Friedrich. *O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão – A Reforma de 2002*, In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 138).

<sup>74</sup> PEREIRA, Luís Fernando Lopes. *Discurso histórico e Direito*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 135.

de qual maneira o desatar dos nós, do Positivismo Jurídico e da construção do Direito Moderno, reverberam na análise que se pretende trilhar.

Ao invés de sair das páginas dos Códigos e tentar submeter as multifacetadas situações da vida a modelos pré-construídos, faz-se aqui o caminho oposto: da concretude da vida à regulamentação jurídica de sua complexidade. Nessa esteira, afirma exemplificativamente Luiz Edson FACHIN que “há deveres jurídicos que não estão naquela moldura abstrata, mas sim na situação *in concreto*” para depois concluir que nas relações jurídicas contemporâneas “se deixam de lado essas molduras rígidas, não raro, ultrapassadas”.<sup>75</sup>

Com esta consideração, e a partir dela, pode-se trabalhar uma premissa aqui adotada como basilar: a estreita ligação do Direito Civil e Constitucional. Imprescindível reconhecer que a Constituição da República de 1988 abre-se proclamando, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como objetivo fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). A partir daí, diga-se com Paulo NALIN que “é na Constituição que se localiza o arcabouço fundamental de amparo ao homem e aos seus valores mais fundamentais”.<sup>76</sup>

Desta leitura deve-se também afirmar a normatividade dos princípios e valores inscritos no texto constitucional<sup>77</sup>, sem que isso importe na desconsideração da normativa infra-constitucional. Em realidade, a dissolução das estancas barreiras que outrora separavam o Direito Público e o Direito Privado dá lugar a uma interpretação que não desconsidere “a unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico”.<sup>78</sup> A partir daí, toma-se, como pressuposto de análise, o fato de que a relação jurídica obrigacional e o

---

<sup>75</sup> FACHIN, Luiz Edson. *op.cit.*, p. 95.

<sup>76</sup> NALIN, Paulo. *op.cit.*, p. 181.

<sup>77</sup> A respeito, afirma Gustavo TEPEDINO que: “a Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos do direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar em seus quatro primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento. É preciso pois superar os velhos limites das doutrinas de direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001, p.205).

<sup>78</sup> PERLINGIERI, Pietro. *op.cit.*, p. 52.

contrato, enquanto conceitos, não ficaram imunes ao influxo constitucional, especialmente quando se reconhece que, a par da tutela patrimonial, não se pode deixar de proteger pessoas concretamente posicionadas em sua existência.<sup>79</sup>

Assim, e tendo em conta as palavras de Luiz Edson FACHIN, deve-se “denunciar a manualística pedestre que dos Códigos fez o ‘seu código’ do pensar por repetições, memorizações e mitologias simplificadoras, num tocante pragmatismo rasteiro que vende parques saberes, a peso de ouro, a famintos de pão e trigo verdadeiros”.<sup>80</sup> Sem desconsiderar a necessidade de revisão de inúmeros outros conceitos tomados por dogmas no Direito Civil, fecha-se a análise por ora empreendida no descumprimento obrigacional.

Destacam-se, neste texto, as possibilidades que emergem da boa-fé objetiva. Sobre sua função na atual concepção do Direito das Obrigações, afirma Judith MARTINS-COSTA que o princípio opera o giro epistemológico da concepção oitocentista, que privilegiava a vontade enquanto causa do negócio jurídico, à consideração da relação por seus efeitos, especialmente a legítima confiança.<sup>81</sup> Ainda na esteira das concepções da autora, haveria de se reconhecer que o direito das obrigações vai além da mera garantia da liberdade individual (e econômica), possuindo, também, “... reflexos sociais que impõem o respeito a preceitos éticos comuns a uma dada sociedade”.<sup>82</sup>

A partir daí toma-se como outro pressuposto de análise a incidência direta dos direitos consagrados na Carta Constitucional nas relações inter-privadas, especialmente aqui naquelas de cunho contratual. É este o questionamento trazido por Joaquim de Sousa RIBEIRO: “Mas – pergunta-se agora – será que as disposições consagradoras de direitos, liberdades e

---

<sup>79</sup> Sobre a constitucionalização do Direito Civil veja-se a lição de Joaquim de Sousa RIBEIRO: “... incidindo a Constituição, com a eficácia preceptiva que lhe é própria, sobre praticamente todas as instituições que almodam a vida dos homens em comum, nenhum ramo do direito fica imune à irradiação dos seus comandos (...). Esta projecção do direito constitucional no direito civil é um fenômeno contemporâneo que, tendo como pressuposto um certo modelo de sociedade e uma certa ideia de Estado, dá resposta normativa a exigências da nossa época” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *op.cit.*, p.07).

<sup>80</sup> FACHIN, Luiz Edson. A ‘reconstitucionalização’ do Direito Civil Brasileiro. In: *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 12-13).

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 27.

<sup>82</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Parecer*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 140, Ano XLIV (Nova Série) outubro-dezembro/2005, p. 240.

garantias têm também incidência directa sobre os actos privados, quer no âmbito negocial, quer no âmbito extra-negocial?”.<sup>83</sup>

A resposta afirmativa é obtida em grande parte da doutrina. A exemplo disso, cita-se a lição de Gustavo TEPEDINO no sentido de que “a Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República e, portanto, deve condicionar, permear e vincular diretamente todas as relações jurídicas públicas e privadas”<sup>84</sup>, ou mesmo a afirmação de Claus-Wilhelm CANARIS, de que a possibilidade do jurista do direito privado de soerger-se do atoleiro do direito constitucional seria apenas explicável pelo teorema de Münchhausen.<sup>85</sup>

Desatados alguns nós, pode-se prosseguir na análise proposta, com o alerta de que as premissas, ora traçadas, permeiam todo o texto que se apresenta. A primeira tarefa a ser realizada consiste na configuração do conceito de relação jurídica obrigacional em face destas considerações, dedicando-se, o capítulo próximo, à explicitação da complexidade intra-obrigacional iluminada pelo princípio da boa-fé objetiva.

---

<sup>83</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *op.cit.*, p. 19.

<sup>84</sup> TEPEDINO, Gustavo. *op.cit.*, p.205.

<sup>85</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 32.

## 2 - Boa-fé objetiva e complexidade intra-obrigacional

É corrente o entendimento de que a relação obrigacional, espécie de relação jurídica, enquadra-se no tradicional conceito de “relação da vida social disciplinada pelo Direito mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”.<sup>86</sup> Reconhecendo, com Antonio Manuel MENEZES CORDEIRO, que há uma diferença substancial entre a formulação de um conceito e a explicitação de seu conteúdo, pode-se dizer que a formulação acima traçada é exata em seu conteúdo (tal como o art. 397º do Código Civil Português<sup>87</sup>, pelo autor citado) sendo “tal simplicidade, contudo, impossível no tocante ao conteúdo do crédito, o qual não pode cingir-se a um direito do credor a uma conduta do devedor”.<sup>88</sup> Aí reside a complexidade da qual se fala e, somente aí pode ser entendida a superação da visão tradicional que da relação obrigacional se tem.

O Código Civil Brasileiro não conceitua expressamente, em nenhum de seus artigos, o que vem a ser relação jurídica. O negócio jurídico, adotado como paradigma da relação obrigacional é igualmente não definido. Com isso não se quer dizer que careça o direito brasileiro de definição destes conceitos, pelo contrário. No mais das vezes abrem-se os manuais de direito das obrigações com a conceituação de relação jurídica obrigacional<sup>89</sup>, sendo que, na falta de definição legal, encarregou-se a doutrina de fazê-lo.

---

<sup>86</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *op.cit.*, p. 177. Este é o conceito que o autor dá ao que chama de sentido restrito ou técnico do termo relação jurídica.

<sup>87</sup> Art. 397º do Código Civil Português: “Obrigaç o   o v nculo jur dico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra   realiza o de uma presta o”.

<sup>88</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Viola o positiva do contrato*. In: MENEZES CORDEIRO, Ant nio. *Estudos de Direito Civil*. Volume I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 122.

<sup>89</sup> Somente a t tulo exemplificativo veja-se o conceito trazido por Fernando NORONHA, que considera a no o de rela o jur dica a mais simples e melhor forma de caracterizar a obriga o: “Uma rela o jur dica   um v nculo que, nas situa oes que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exig veis, com vista   realiza o de determinadas finalidades. Por esta via, poderemos dizer que *obriga o*   a rela o jur dica em que uma pessoa (ou mais de uma) pode exigir de outra (ou de outras) a presta o que satisfaz um interesse da primeira (ou das primeiras)” (NORONHA, Fernando. *op.cit.*, p. 09). Orlando GOMES, por sua vez o faz nos seguintes termos “obriga o   um *v nculo jur dico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma presta o em proveito de outra” (GOMES, Orlando. *Obriga oes*. 16ª ed. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o C digo Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.15).

Diferente se dá no BGB, em que o § 241, I estabelece que “por força da relação obrigacional está o credor autorizado a exigir a prestação do devedor”<sup>90</sup>, sendo a relação obrigacional definida de forma geral e abstrata, como obrigação de alguém frente à outrem. Não é nem um pouco despropositado o fato de se encontrar a definição da relação jurídica obrigacional no corpo do Código Civil Alemão. Lembre-se, conforme visto acima, a forte influência da escola dos *Pandectas* na elaboração do BGB<sup>91</sup> e a importância dos conceitos gerais para este movimento. Não por acaso, abre-se tal código com a *Parte Geral*, onde são expostos conceitos que o atravessam por todas as partes seguintes.<sup>92</sup>

O primeiro livro especial do BGB, justamente acerca do Direito Obrigacional, inicia-se com esta caracterização abstrata de relação jurídica obrigacional, a qual, segundo a doutrina alemã, ganha sentido concreto quando se trabalha com um determinado tipo contratual, como o contrato de compra e venda e de locação.<sup>93</sup> A intenção é que, a partir desta fôrma conceitual, se possa trabalhar as mais variadas espécies de negócios jurídicos contratuais.

Ao operar a redução da realidade a conceitos jurídicos construídos *a priori*, lapidou a *Pandectística* o conceito fundamental de relação jurídica, lente

---

<sup>90</sup> Tradução livre de „*Kraft des Schuldverhältnisse ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern*“. O artigo da lei alemã continua, em sua parte segunda, afirmando que a prestação pode consubstanciar-se também em um não fazer. Disposição quase idêntica encontra-se no já citado art. 397º do Código Civil Português.

<sup>91</sup> Segundo Franz WIEACKER, observa-se o fato de que, na falta de um Código Civil durante o século XIX, “... a dogmática do direito comum ter de fazer as vezes de um código de direito privado comum a toda a Alemanha” (WIEACKER, Franz. *op.cit.*, p. 524).

<sup>92</sup> Nesse sentido veja-se a lição de Carlos Alberto da MOTA PINTO: “Com efeito, a *Parte Geral* é o produto *mais típico* da ciência jurídica alemã e arrasta consigo a imagem de marca da doutrina pandectística do século XIX” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *op.cit.*, p. 18). A respeito da parte geral da codificação, interessante fazer menção à sua existência no *Esboço* de Teixeira de Freitas, antes mesmo da publicação do BGB alemão. Sobre o tema, afirma Clóvis do COUTO E SILVA, ao tratar da idéia do jurista brasileiro que o levou à celebridade: “a primeira, a da necessária inclusão num Código de uma Parte Geral em que os conceitos, de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, fossem claramente disciplinados, como depois se veio fazer no CC alemão” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris) n. 40, Julho/1987, p. 135).

<sup>93</sup> Conforme o seguinte excerto de Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER: “O segundo livro do BGB inicia-se com a definição abstrata do § 241, I, que afirma o direito do credor de exigir o cumprimento da prestação frente ao devedor. Sobre qual prestação se trata concretamente, orienta-se a partir da respectiva relação obrigacional, como exemplo, a compra, o aluguel e assim por diante”, tradução livre de “So beginnt das zweite Buch des BGB mit der abstrakten Bestimmung des § 241, I, dass der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung zu fordern berechtigt ist. Um welche Leistung es sich im konkreten Fall handelt, richtet sich nach dem jeweiligen Schuldverhältnis (z.B Kauf, § 433; Miete § 535; usw)” (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 30. Aktualisierte Auflage. Munique: C.H. Beck, 2004, p. 03)



pela qual todo o direito privado passou a ser enxergado<sup>94</sup>, em especial o direito das obrigações. A importância do conceito para este ramo do Direito é tanta, que dificilmente conseguir-se-ia dele tratar sem se fazer menção à relação jurídica obrigacional.<sup>95</sup> Ao tratá-la como situação em que o credor pode exigir o cumprimento da prestação frente ao devedor, diferencia a doutrina alemã a relação jurídica de outras relações travadas na vida cotidiana sem conteúdo obrigacional, como o convite para uma festa ou o cuidado com as plantas do vizinho enquanto este se encontra em viagem.<sup>96</sup>

Na doutrina portuguesa, João de Matos ANTUNES VARELA define a relação obrigacional como relação de crédito “sendo estas as relações jurídicas em que ao *direito subjectivo* atribuído a um dos sujeitos corresponde um *dever de prestar* especificamente imposto a determinada pessoa”.<sup>97</sup> Aliás, não raro a definição é efetivamente feita enquanto contraponto de um direito subjetivo e um dever jurídico, situações que nada mais são do que conceitos jurídicos abstratos. Em oposição à usual definição, importante destacar que a relação jurídica obrigacional não deve ser vista exclusivamente sob o viés de uma contraposição entre as partes, e antes a partir da idéia de relação de cooperação, conforme ensina Emilio BETTI.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> A respeito, veja-se a afirmação de Francisco AMARAL; “o conceito de relação jurídica é produto da pandectística alemã. Introduzido por Savigny, consiste, ainda hoje, em uma das mais importantes categorias da técnica jurídica do direito privado e um dos mais importantes critérios de orientação da teoria geral do direito (...) Qualquer que seja o entendimento seguido, o conceito de relação jurídica ocupa um lugar de relevo na teoria geral do direito, no direito civil e até na filosofia do direito” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162 e 164). Exatamente no mesmo sentido leciona Carlos Alberto da MOTA PINTO ao considerar a relação jurídica, juntamente com a norma jurídica, categoria fundamental do conhecimento do Direito. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *op.cit.*, p. 26).

<sup>95</sup> Com especial atenção ao direito obrigacional alemão que tem como ponto de partida, na maior das vezes, efetivamente a noção básica de relação obrigacional. Neste sentido, Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER assim localizam o objeto de estudo do Direito Obrigacional: “o direito obrigacional é a parte do direito privado que tem por objeto de estudo a relação obrigacional”. Tradução livre de “Das Schuldrecht ist der Teil des Privatrechts, der die Schuldverhältnisse behandelt” (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 02).

<sup>96</sup> Os exemplos são de LARENZ, Karl e WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. Auflage. Munique: C.H Beck, 2004, p. 226.

<sup>97</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. vol I, 10ª edição, revista e actualizada, 3ª reimpressão da edição de 2000, Coimbra: Almedina, 2005, p. 15-16.

<sup>98</sup> Nesse sentido, veja-se o seguinte excerto: “Noi vedremo como l'idea della *cooperazione* sia il filo conduttore che serve a orientare il giurista attraverso le massime questioni del diritto delle obbligazioni” (BETTI, Emilio. *Teoria Generale Delle Obbligazioni I: Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 10). Tradução livre: Nós vemos como a idéia de cooperação é o fio condutor que serve para orientar o jurista através das máximas questões do direito das obrigações. A noção de cooperação é tão profunda nas teorizações de BETTI, que o autor trata os casos de “crise na cooperação” na atualidade como

A idéia de cooperação, embora embasada em fundamentos outros, também é encontrada na seguinte afirmação de Paulo Luiz Netto LÔBO, no sentido de que “a relação jurídica obrigacional não é mais concebida como estrutura de subordinação ou de antagonismo, sublimada no ambiente histórico do individualismo liberal, mas de cooperação, em virtude do princípio constitucional da solidariedade, máxime quando duradoura”.<sup>99</sup> Enfim, trata-se do reconhecimento de que o contrato, enquanto conceito jurídico, não saiu ileso às influências da revisão dos pilares do direito Moderno e, em larga medida, do direito civil-constitucional.

Mais a fundo, encontra-se nas conceituações correntes também a figura do sujeito de direito, titular de vontade soberana, livre e igual para, querendo, realizar negócios jurídicos. Como sujeito de direito, tem o indivíduo autônomo a possibilidade de escolher com quem e o que contrata, se assim o quiser. Superar a abstração enclausurada neste conceito também significa dar nova vida à relação obrigacional, libertando o indivíduo concreto das amarras de uma construção forjada em determinado momento histórico como já se trabalhou acima.<sup>100</sup> Conforme já se teve oportunidade de ressaltar,

“o Direito elevou (e estratificou) o indivíduo a uma categoria jurídica e o denominou de sujeito de direito. A partir do exato momento em que colocado na letra do Código, o indivíduo ganhou *status* de sujeito jurídico, podendo fazer parte de relações jurídicas, muito embora na vida real ele não passe nem perto de contratar com igualdade e autonomia”.<sup>101</sup>

A ligação entre o conceito (abstrato) de sujeito de direitos e relação jurídica, ora tratada, é profunda. Nesse sentido, afirma Luiz Edson FACHIN que os três pilares do Direito Civil (família, propriedade e trânsito jurídico), “vêm

---

efetivos casos patológicos. No mais, faça-se também menção à importância que avulta do princípio da boa-fé, quando se compreende a relação obrigacional enquanto relação de cooperação. Sobre o tema, tratar-se-á adiante.

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.

<sup>100</sup> Remete-se o leitor ao item 1.1

<sup>101</sup> STEINER, Renata Carlos. *Crítica à Modernidade Jurídica: análise da categoria de sujeito de direito e os movimentos sociais*. In: Revista de Sociologia Jurídica. Volume 06, Dossiê Pluralismo Jurídico. Disponível em: [www.sociologiajur.vilabol.uol.com.br/rev06renata.htm](http://www.sociologiajur.vilabol.uol.com.br/rev06renata.htm). acesso em 20/09/2008).

espelhados, no âmbito da codificação, em torno de um sujeito, e deste para o conceito de relação jurídica”.<sup>102</sup>

A relação obrigacional é uma espécie do conceito geral de relação jurídica. Karl LARENZ, por exemplo, a define como relação jurídica “cujo conteúdo consubstancia-se em um dever de direito privado (ou vários deveres) que uma pessoa tem perante outra (na maior das vezes reciprocamente)”.<sup>103</sup> Note-se que o próprio estudo do direito obrigacional não dispensa a utilização e pré-fixação dos conceitos gerais de Direito, em especial da famosa relação jurídica. Nesse sentido, afirma Dirk LOOSCHELDERS, ao introduzir o estudo acerca da parte geral do direito obrigacional alemão, que “é preciso conformar-se que o objeto do direito obrigacional somente pode ser transcrito com ajuda das categorias abstratas das relações jurídicas”.<sup>104</sup>

A crítica à abstração enclausurada nos conceitos jurídicos reside exatamente na distância que se verifica entre estes e a realidade social. Neste mesmo sentido conclui Paulo NALIN ao trazer que “a abstratividade a torna [matéria do Direito das Obrigações] descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso é com suas próprias categorias conceituais”.<sup>105</sup> A prática mostra, no mais das vezes, o abismo existente entre a proclamação discursiva da liberdade e igualdade e a realidade fática. O modelo conceitual de relação jurídica obrigacional raramente é encontrado na vida tal como construído pela doutrina jurídica, de forma que está mais do que na hora de se “sair da clausura dos saberes postos à reprodução e ir além das restrições que o molde deforma”.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria ...*, p. 30. Também assim considera Karl LARENZ ao afirmar que “a relação jurídica é, ao lado da noção de pessoa, o segundo conceito fundamental do direito privado”. Tradução livre de “Das Rechtsverhältniss ist damit neben der Person der zweite zentrale Grundbegriff des Privatrechts” (LARENZ, Karl e WOLF, Manfred. *op.cit.*, p. 226).

<sup>103</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Band I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. Munique: C.H. Beck, 1987, p. 1. Tradução livre de: “... die eine privatrechtliche Verpflichtung (oder mehrere solche Verpflichtungen) einer Person gegenüber einer anderen (meist: beider gegeneinander) zum Inhalt haben”

<sup>104</sup> Tradução livre de “Man muss sich also damit abfinden, dass der Gegenstand des Schuldrechts nur mit Hilfe der abstrakten Kategorie des Schuldverhältnisse umschreiben werden kann”. LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allegemeiner Teil*. 5a überarbeitete Auflage. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag GmbH, 2007, p. 02.

<sup>105</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2ª edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2008, p. 109 e 110.

<sup>106</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria...*, p. 08. O autor também critica a teoria geral do Direito Civil ao trazer que “a assim denominada teoria geral do Direito Civil, como se depreende dessa biografia, tradicionalmente se assentou em algumas categorias fundamentais, como a do

Justifica-se a última afirmação por uma série de constatações. A primeira delas, como não poderia deixar de ser, reside exatamente no déficite de liberdade e igualdade do sujeito concreto, que é livre e igual apenas formalmente. Transportado este fato ao direito obrigacional, ter-se-á de reconhecer que carece o contratante da liberdade de escolha do conteúdo do negócio jurídico, isso quando não lhe falta também a possibilidade de escolha da própria conclusão do contrato. Repetitivo seria revisar a fundo o fenómeno a contratação em massa e por adesão, sendo ampla a doutrina brasileira que ao tema já se debruçou.<sup>107</sup> De qualquer forma, seu amplo reconhecimento só vem a alertar novamente o jurista acerca da incompatibilidade do conceito tradicional de relação jurídica com complexa realidade hodierna, como se reconhece no seguinte excerto de Manuel A. Carneiro da FRADA:

“... os factos fornecem hoje um desmentido insofismável do mito de que o acesso aos bens e serviços se continua a fazer através de um processo negociatório individualizado em que a liberdade e igualdade formais dos intervenientes asseguram uma automática justiça *inter partes*”.<sup>108</sup>

Como aqui se quer sublinhar as incompatibilidades do conceito em relação àquilo que é, e está, na vida cotidiana, imprescindível descer às suas vicissitudes jurídicas e descortinar a crença de que há, de fato, um único feixe de ligação entre credor e devedor, consubstanciado em um dever jurídico de débito e um direito subjetivo de crédito.

## 2.1 Revisão crítica do conceito de obrigação

Especialmente com base nas lições de Karl LARENZ, que, desde a primeira edição de seu *Manual das Obrigações: parte geral (Lehrbuch des Schuldrechts: Allgemeiner Teil)* trabalha o conceito de relação obrigacional

---

sujeito de direito, de objeto, de dever jurídico; conceitos estes que podem abrir a perspectiva de um aprofundamento crítico acerca do Direito Civil, num arco que sai do clássico e alcança o contemporâneo” (p. 56).

<sup>107</sup> Para maiores lições ver, dentre outros: NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p. 113 e sg; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64 e sg; NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994,

<sup>108</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1994, p. 20.

como estrutura e/ou processo, define a doutrina alemã a possibilidade de se pensar o conceito de forma ampla ou restrita, conquanto se faça referência à visão de LARENZ ou à pretensão obrigacional, respectivamente.<sup>109</sup> De forma ampla, seria a relação obrigacional um processo, uma estrutura ou mesmo um organismo que não se confunde com a mera soma de seus elementos constitutivos.<sup>110</sup> Entendida no seu sentido estreito, somente para citar exemplos, seria a obrigação o pagamento do preço do aluguel, num contrato de locação, ou a abstenção de concorrência, num contrato cuja obrigação principal fosse este abster-se.<sup>111</sup>

Nesta linha de pensamento, afirma António Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO que “a complexidade de conteúdo das obrigações não

<sup>109</sup> Para tanto ver LOOSCHELDERS, Dirk. *op.cit.*, p. 03. Ainda, veja-se que o conceito também não pode ser reduzido a seus elementos constitutivos, como afirma Luiz Edson FACHIN: “... obrigação não se confunde com o seu objeto, pois, se assim o fosse, ao desaparecer o objeto desapareceria a obrigação” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria...*, p. 47).

<sup>110</sup> Na trilha da construção de Claus-Wilhelm CANARIS, ter-se-ia de reconhecer que “a relação obrigacional não é apenas mais do que a soma de deveres individuais, é também mais que a soma da uma relação de prestação e uma relação de proteção”. Tradução livre de: “das Schuldverhältnis ist nicht nur mehr als die Summe der einzelnen Pflichten, es ist auch mehr als die Summe von Leistungsverhältnis und Schutzverhältnis” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ansprüche wegen ‚positiver Vertragsverletzung‘ und ‚Schutzwirkung für Dritte‘ bei nichtigen Verträgen*. In: JZ 1965, p. 480).

<sup>111</sup> Sobre a compreensão da complexidade obrigacional enquanto existência de diferentes deveres, ou relações simples, ilustrativo o exemplo dado por San Tiago DANTAS ao afirmar, em um primeiro momento: “tomemos outro exemplo: a relação que se estabelece entre o inquilino e o senhorio. Qual é o dever do senhorio? Garantir ao inquilino o uso pacífico da coisa. Qual é o direito do inquilino? O direito de exigir do senhorio o cumprimento desse dever”. Afirma o autor, a partir daí, que em muitas relações jurídicas encontram-se mais de um direito e mais de um dever “porque podemos decompor essas relações em várias pequenas relações simples; e então dizemos que a relação jurídica é complexa, porque nela podemos encontrar vários deveres que correspondem a vários direitos independentes. O exemplo que acabei de dar, do inquilino e do senhorio, é muito ilustrativo. Aí está uma relação jurídica complexa. Vamos decompô-la. Qual é o dever do senhorio? Garantir o uso pacífico da coisa, a que corresponde o direito do inquilino de exigir esse dever. Qual o dever do inquilino? Pagar o aluguel. Qual o outro que corresponde ao senhorio? O de exigir que o inquilino pague o aluguel. E outro dever ainda do inquilino é fazer no prédio os pequenos reparos causados pelo mau uso. Qual o direito do senhorio? Exigir que estes reparos sejam feitos. Outro dever do inquilino é fazer os reparos causados pelo uso ordinário; e, o direito do senhorio, exigir que esses reparos sejam feitos.” (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3ª ed. revista e atualizada por Gustavo Tepedino... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 113-114). Como se verá, a complexidade aqui sustentada vai além do reconhecimento desta diversa gama de deveres e direitos afeta, aliás, a todas as relações jurídicas obrigacionais. Tomando-se exatamente o exemplo do contrato de aluguel, pode-se fazer referência à lição de Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, para quem “por hipótese, o locatário, cujo dever principal de prestação consiste no pagamento da renda ou do aluguer, tem ainda, além de outros, o dever lateral de logo avisar o locador, sempre que cheguem ao seu conhecimento vícios da coisa, ou saiba que a ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos sobre ela, quando o facto seja ignorado pelo locador” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 11ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2008, p. 79).

prejudica a unidade do vínculo, centrado no objectivo de conferir ao credor a vantagem que o crédito delimita”.<sup>112</sup> De fato, não se nega que seja o adimplemento o modo natural e desejável de extinção das obrigações e, conforme já colocado na introdução do presente estudo, seja o inadimplemento situação patológica de descumprimento. Nasceram os contratos para serem cumpridos e, normalmente, o são.

Imprescindível notar que a cláusula geral de boa-fé no Direito alemão ocupa um lugar central no estudo de direito obrigacional daquele país, sendo unanimemente apontada como a mais importante cláusula geral do ordenamento jurídico civil. Quando se compreende a relação jurídica obrigacional enquanto processo ou estrutura, a importância do princípio em questão assume lugar de relevo. Não apenas ligada à interpretação constitucional, toma a boa-fé, para si, o papel de criação dos deveres de conduta, que fazem parte da complexidade do negócio jurídico contrato.

Reduzir o princípio da boa-fé a um mero padrão de interpretação do contrato ou de integração de seu conteúdo seria operar uma violência às inúmeras possibilidades que dele brotam. Como se sabe, na falta de definição legal acerca destas mesmas possibilidades, debruçou-se a doutrina alemã sobre o § 242 do BGB<sup>113</sup>, edificando construções amplamente aceitas pela jurisprudência, e objeto de estudo por doutrinadores estrangeiros, dentre as quais avulta com especial importância a *violação positiva do contrato*.<sup>114</sup> Na visão de Franz WIEACKER “de fato, a jurisprudência referente ao parágrafo

---

<sup>112</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Violação...*, p.123.

<sup>113</sup> § 242 Leistung nach Treu und Glauben: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfordern. Tradução de António Manuel MENEZES CORDEIRO: “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé [objetiva], com consideração pelos costumes do tráfico” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 325).

<sup>114</sup> Em mais de 100 (cem) anos de vigência deste Código foram descobertas e tornadas precisas possibilidade de conteúdo emanadas desta cláusula geral, a partir do estudo do círculo de funções a ela inerentes, assim como pela construção de grupos de casos. (PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*. 66. Auflage. Munique: C.H. Beck, 2007, p. 244). Acerca da atividade jurisprudencial nesta empreitada, faz-se menção a Franz WIEACKER: “a aplicação que fazem os tribunais alemães do parágrafo 242 do Código Civil (BGB) deve considerá-la como algo já consolidado no direito atual: se trata de um direito judicial livre, que escapa a toda precisão e a todo tipo de reflexão e de análise”. Tradução livre de: “la aplicación que del paragrafo 242 Cc (BGB) hacen los tribunales alemanes hay que considerarla como algo ya consolidado em el derecho actual: se trata de um Derecho judicial libre, que escapa a toda precisión y a todo tipo de reflexión y de análisis” (WIEACKER, Franz. *El principio general de la Buena fe*. Traducción de Jose Luis Carro. Madri: Civitas, 1986, p. 25). O autor, importante que se advirta, não considera que a concreção da cláusula da boa-fé seja simplesmente aplicação de direito equitativo (Idem, p. 28).

242 transformou o direito das obrigações e o manteve em benéfica mobilidade”.<sup>115</sup>

Para a compreensão da violação positiva do contrato, tal como assentada na doutrina germânica, há de se ter em mente a concepção da obrigação enquanto processo/estrutura, assim como, ou em consequência desta visão, a possibilidade de divisão dos deveres que decorrem do vínculo em diferentes classes, os deveres de prestação e de proteção.

Paradigmática para o reconhecimento dos deveres de proteção no ordenamento alemão é a sentença do *Reichsgericht* conhecida como “o caso dos rolos de linóleo”.<sup>116</sup> Como fundamento nesta decisão extraí-se a possibilidade de responsabilização antes da conclusão do contrato ou responsabilidade pré-contratual, edificada sob o título de *culpa in contrahendo* na trilha das teorizações de Rudolf von Jhering.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> WIEACKER, Franz. *El principio...*, p. 29. Tradução livre de: “de hecho, la jurisprudência recaída em torno al parágrafo 242 ha trastornado el Derecho de obligaciones y lo há mantenido em beneficiosa movilidad”. Sobre o princípio da boa-fé e a prestação obrigacional afirmam Ludwig ENNECCERUS e Heinrich LEHMANN que “a partir dos dois conceitos, do § 157, que, fundamentalmente, designa o ‘o que’ da prestação, o conteúdo obrigacional, e o do § 242, que regula o ‘como’ da prestação, o modo da prestação, conduziu a doutrina predominante e, especificamente, a jurisprudência, ao alto de todo o direito obrigacional o princípio dominante de que toda a relação obrigacional subordina todas as suas partes e todo o seu conteúdo aos mandamentos da boa-fé objetiva, com a medida que nas relações jurídicas obrigacionais o conteúdo é de ser determinado pela vontade das partes, enquanto que, nas relações jurídicas legais, esta vontade é indiferente”. Tradução livre de: “Aus den Vorschriften des § 157, der also grundsätzlich das ‚was‘ der Leistung, den Schuldinhalt bestimmt, und des § 242, der das ‚wie‘ der Leistung, die Leistungsart regelt, haben die herrschende Lehre und namentlich die Rechtssprechung als obersten das ganze Schuldrecht beherrschenden zwingenden Grundsatz abgeleitet, daß alle Schuldverhältnisse nach alle Seiten und ihren ganzen Inhalt der herrschaft von Treu und Glauben unterstehen – mit der Maßgabe, daß bei den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen in ersten Linie nach dem Willen der Beteiligten zu bestimmen ist, während bei den gesetzlichen dieser Wille gleichgültig ist” (ENNECCERUS, Ludwig e LEHMANN, Heinrich. *Recht der Schuldverhältnisse*. 15. Bearbeitung. Tübingia: J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1958, p. 18).

<sup>116</sup> Segundo lição de António Manuel MENEZES CORDEIRO, foi a partir do julgamento deste caso que o dever de proteção sofreu extensão contínua. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 547).

<sup>117</sup> Sobre a construção desta teoria, veja-se a lição de António Manuel MENEZES CORDEIRO: “A *culpa in contrahendo* inscreve-se no desenvolvimento da terceira sistemática e da sua doutrina. Mas apresenta duas especificidades: assenta num estudo científico directo e não numa vivência juscultural prévia e foi objecto, ao longo de sua evolução, de um tratamento central, isto é, de uma análise como conceito, independente, até certo ponto, das suas aplicações. Apresenta, deste modo, uma compleição particular que documenta a impossibilidade de encerrar o Direito em esquemas simétricos e rígidos” (Idem, p. 528). E, especificamente no escrito de Jhering que deu origem ao estudo, salienta o autor a falta de estudos, à sua época, que dessem conta de responder à pergunta “pergunta impossível”, para concluir que “a injustiça e a prática desoladora de um tal resultado está à altura das mãos: a parte culposa libera-se, e a parte inocente arca com as consequências da culpa alheia” (JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 08)

Trata-se, em linhas gerais, da discussão sobre a responsabilidade do dono de uma loja de departamentos por ato de seu empregado que, ao atender uma senhora interessada na compra de um tapete de linóleo, deixou um dos rolos do tecido desprender-se e a atingir, assim como à criança que a acompanhava. Após o incidente, segundo narrado pela autora da ação, a compra não se realizou devido à grande agitação causada. O Tribunal de Apelação (*Berufungsgericht*) julgou, sem sombra de dúvidas, ser o vendedor W. responsável pelo incidente, porquanto tivera ele melhor acondicionado os rolos, não teria tido lugar o acidente.

Importante excerto da decisão encontra-se na afirmação de que o vendedor tem o dever, durante a apresentação e exposição da mercadoria, de oferecer cuidado à saúde e propriedade da outra parte: “podem se submeter a um contrato ou relação obrigacional deveres de proteção à vida e propriedade da parte contraposta, os quais não têm estreita ligação à natureza da relação mas que necessariamente resultam do fato da sua constituição”.<sup>118</sup> De se notar que a compra dos tapetes sequer tinha se realizado e, não obstante, considerou o Tribunal ser o vendedor responsável contratualmente pela quebra do dever de proteção à parte contrária.

Aliás, tem sido esta visão até hoje amplamente utilizada no direito alemão, em considerável acolhida da teoria da *culpa in contrahendo*. Tal se dá quando se reconhece, por exemplo, o dever de proteção ao consumidor que adentra um estabelecimento comercial, abrangendo, inclusive, terceiros que o acompanham, como crianças, mesmo que este consumidor não tenha intenção concreta de compra, visitando o local apenas para informar-se. Entende a jurisprudência alemã, no entanto, que não nascem deveres de proteção quando a pessoa adentra estabelecimento para proteger-se da chuva ou para praticar furto, pois, nestes casos, há evidente falta de uma possibilidade de contratação, não obstante a dificuldade probatória de tais situações.

Com este simples exemplo, demonstra-se de forma clara a insuficiência do conceito tradicionalmente empregado de relação jurídica

---

<sup>118</sup> Tradução livre de: “...daß sich aus einem Vertrags oder Schuldverhältnis Sorgfaltspflichten für Leben und Eigentum des Gegners ergeben können, die mit der rechtlichen Natur des Verhältnisses in engem Sinne nicht zu tun haben, jedoch aus seiner tatsächlichen Gestaltung notwendig folgen”. In: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*. Neue Folge. 28. Band (der ganzen Reihe 78. Band). Leipzig: Verlag von Beit & Comp., 1912, p. 239-241.



obrigacional. Veja-se que, enquanto a compra não se realizar, não nasce, para a doutrina tradicional, o contraponto indispensável entre direito subjetivo e dever jurídico. Igualmente, está o conceito tradicional restrito às partes contratantes, não atingindo terceiros. Se considerada enquanto algo mais do que um simples “obrigar-se frente a outrem”, a relação obrigacional assume outros contornos e se abre para um infinito de possibilidades aptas a tutelarem, com competência, a complexidade que se encontra na vida concreta (pois não basta apenas saber manejar conceitos, é preciso entender a realidade para transformá-la<sup>119</sup>).

Que não se estranhe ter a doutrina alemã lapidado com tanta competência a cláusula geral de boa-fé, § 242 do BGB e, ainda, que grande parte das teorias utilizadas para além da Alemanha encontrem seu fundamento último na doutrina daquele país e não na letra do seu código (em que pese se embasarem nas cláusulas gerais). Aí a grande função desta técnica legislativa, competentemente apreendida por Franz WIEACKER.<sup>120</sup> No entanto, e somente a título introdutório, nada obstava o reconhecimento da violação positiva do contrato no direito brasileiro antes da inclusão da cláusula geral de boa-fé no Código Civil de 2002, como já demonstrou a doutrina brasileira.<sup>121</sup>

No art. 422 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, tal qual o § 242 do BGB alemão, está registrado o princípio da boa-fé enquanto princípio geral de direito, uma “norma jurídica completa” nas palavras de Luis DÍEZ-PICAZO.<sup>122</sup> É exatamente a partir das possibilidades que emergem da aplicação do princípio

---

<sup>119</sup> Conforme Luiz Edson FACHIN, “No estudo tradicional do Direito Civil, o movimento que somos convidados a fazer não é o de compreender a realidade subjacente para ver a diversidade. Aquela introdução ao Direito Civil é o modo pelo qual se aprende a manejar conceitos, mas não entender a realidade para transformá-la” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria...*, p. 59).

<sup>120</sup> Afirma o autor que “o legislador transformou o seu trabalho – através da referência à ‘boa fé’, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar”. (WIEACKER, Franz. *História...*, pp. 545-546).

<sup>121</sup> Com especial referência à obra de FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*

<sup>122</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo In: WIEACKER, Franz. *El principio...*, p. 12. Afirma o autor, ao escrever o Prólogo da edição espanhola da obra de Franz WIEACKER que enquanto norma jurídica completa eleva-se a boa-fé a princípio geral de direito: “todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de boa-fé em suas relações recíprocas”. Tradução livre de: “todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe em sus recíprocas relaciones.”

no direito obrigacional que surgem, e ganham força, as doutrinas da complexidade intra-obrigacional e da violação positiva do contrato, “uma fórmula complexa de actuação” conforme definição de António Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO.<sup>123</sup> Passa-se a estudá-las, especialmente como contraponto à conceituação tradicional de relação jurídica obrigacional.

## 2.2 Da boa-fé no direito obrigacional

Indiscutivelmente, encontra o princípio geral da boa-fé<sup>124</sup> enorme aplicação no campo do direito obrigacional, em uma via dupla: por um lado, redefine o conceito de relação obrigacional para alargá-lo e, o fazendo, ganha novo *status* e autonomia própria. Desta forma, não seria exagerado afirmar que o princípio em questão está arraigado ao estudo do direito obrigacional na atualidade, sendo absolutamente insuficiente uma análise que não o leve em consideração.<sup>125</sup>

Trata-se, aqui, da boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta voltada à satisfação dos interesses dos partícipes da relação obrigacional. Dela, diferencia a doutrina a sua vertente subjetiva, exemplificada de forma usual pela posse de boa-fé, em que a avaliação se dá no plano psicológico do agente que considera estar agindo licitamente, sem adentrar à esfera jurídica de outrem.<sup>126</sup> Em realidade, tratam-se de duas vertentes do mesmo princípio, conforme se observa da lição de Paulo NALIN no sentido de “não me parece concebível uma boa-fé objetiva destituída de intencionalidade e, logo, de

---

<sup>123</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel *Da boa fé...*, p. 586. Assim, também, a lição de Manuel A. Carneiro da FRADA que reconhece que a complexidade intra-obrigacional e a doutrina da violação positiva do contrato possuem condicionamento recíproco. (FRADA, Manuel A. Carneiro da, *op.cit.*, p. 36).

<sup>124</sup> No sentido de compreender a boa-fé enquanto princípio geral, veja-se a afirmação de João de Matos ANTUNES VARELA de que o princípio da boa-fé “constitui um dos princípios gerais de direito solidamente enraizados” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *op.cit.*, p. 121).

<sup>125</sup> Mais ainda, e com base em Clóvis do COUTO E SILVA reconheça-se que “a influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar” (COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação ...*, p. 32).

<sup>126</sup> Na doutrina de Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, a divisão se daria entre o princípio da boa-fé (vertente objetiva) e o estado ou situação de boa-fé (vertente subjetiva). (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 120).

crença (psicológica) de que está procedendo conforme a ética, sem violar o interesse alheio e a ordem jurídica”.<sup>127</sup>

Sem desconsiderar tal lição, pode-se dizer, juntamente com Clóvis do COUTO E SILVA, que o dever que promana da concreção do princípio em questão é aquele de consideração para com o *alter*.<sup>128</sup> Não por acaso, o termo alemão utilizado para expressar a vertente objetiva do princípio, *Treu und Glauben*, tem com o mandamento de conduta leal e confiável. Reside, justamente nesta noção, o núcleo da boa-fé objetiva: mandamento e dever de conduta contratual ativo<sup>129</sup> ou, ainda, nas lições de Manuel António Carneiro da FRADA, também em um prisma *negativo* que se consubstancia “regra de proibição (de exclusão da permissibilidade) de condutas contrárias à boa fé”.<sup>130</sup> Para este autor, no entanto, tal não se trata de mera reformulação de linguagem, e antes da constatação de que seria mais fácil apontar condutas incompatíveis com a boa-fé do que lhes dar noção positiva.<sup>131</sup>

Não raro, trabalha a doutrina com o § 242 do BGB como mola propulsora dos contornos atuais da boa-fé objetiva. Ao mesmo tempo que duramente criticado pela abstração representada pelos conceitos jurídicos ali impressos, é o BGB também fonte de elogios, tendo em vista a inserção de cláusulas gerais, dentre elas, e com maior destaque, aquela que trata da boa-fé.

Conforme análise que lhe faz Dirk LOOSCHELDERS, de uma leitura literal da disposição da cláusula geral de boa-fé no direito alemão, entender-se-

<sup>127</sup> NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico* (Ensaio Doutrinário). Curitiba, 2003, p. 27. No direito alemão, as duas vertentes do princípio são tratadas por vocábulos diversos sendo *Treu und Glauben* destinada à boa-fé dita objetiva e *guter Glauben* àquela subjetiva. Conforme avalia António Manuel MENEZES CORDEIRO, a doutrina alemã não chega a aproximar as duas noções, “considerando mesmo a indiferenciação terminológica apresentada pelas línguas latinas como um sinal de incipiência”. No entanto, na linha argumentativa traçada pelo autor, embora realidades diversas, muitas vezes é chamada a boa-fé subjetiva a clarificar aspectos importantes da boa-fé objetiva, concluindo que “em qualquer caso, apenas um estudo dogmático e de regimes permitirá encontrar uma resposta para a unidade ou dualidade da boa fé. Concluir na base, apenas, de uma diferenciação terminológica é tão insuficiente como fazê-lo a partir de uma indeterminação” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 237).

<sup>128</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 33. Nas palavras de Emilio BETTI, trata-se da boa-fé a “a cuja medida deve ser conduzida a interpretação e deve ser realizada a execução de um contrato”. Tradução livre de: “... alla cui stregua deve essere condotta l’interpretazione e deve essere giudicata l’esecuzione di un contratto” (BETTI, Emilio. *op.cit.*, p. 66)

<sup>129</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos ...*, p. 15.

<sup>130</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. Reimpressão da edição de fevereiro/2004, Coimbra: Almedina, 2007, p. 442.

<sup>131</sup> Idem, p. 442.

ia, exclusivamente, o modo pelo qual o devedor deverá satisfazer a prestação. Da doutrina e jurisprudência, no entanto, é extraído o pensamento geral de que tal diz respeito não apenas ao devedor, mas também ao credor, e domina toda a relação obrigacional: “que cada parte no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres devem agir de acordo com a boa-fé objetiva, o que especialmente significa resguardo aos interesses tutelados da contraparte”.<sup>132</sup>

Impossível tratar desta codificação, portanto, sem fazer referência a esta outra técnica legislativa igualmente ali aplicada, para além da abstração dos conceitos gerais e, ao mesmo tempo frágil uma análise do princípio da boa-fé objetiva que não faça menção à principal cláusula geral daquele ordenamento, o § 242.<sup>133</sup> Aliás, encontra o princípio lugar de destaque na configuração de todo o regramento obrigacional no direito alemão, chegando Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ a afirmar que a boa-fé foi posicionada no cume do direito obrigacional do BGB.<sup>134</sup>

A técnica das cláusulas gerais é tratada por Franz WIEACKER como vinculadora e libertária da atividade do julgador, contribuindo para a manutenção da legislação por mais prolongado tempo do que o esperado.<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Tradução livre de: „nämlich dass jeder bei der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat, was insbesondere bedeutet, dass auf die berechtigten Interessen des anderen Teil Rücksicht zu nehmen ist“ (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: allgemeiner Teil*. 6ª Auflage. Colônia, Munique: Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 25.).

<sup>133</sup> Nesse sentido, Teresa NEGREIROS: “não é exagero afirmar que os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento jurídico ocidental são resultado direto da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs.” (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos...*, p. 48). No entanto, convém fazer um alerta no sentido de que a aposição da cláusula geral de boa-fé objetiva no Código Civil Alemão de 1900 é ligada por António Manuel MENEZES CORDEIRO a um influxo jusracionalista liberal traduzindo sua vertente objetiva, em um primeiro momento, o reforço material do contrato (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 331).

<sup>134</sup> MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*. 18. Auflage. München: C.H Beck, 2008, p. 73. Conforme consta dos Comentários Palandt ao § 242 do BGB, o mandamento da boa-fé objetiva embasa-se no pensamento de que há uma barreira social imanente a todo o direito, o qual obriga a um adequado exercício social do direito. Tradução livre de: “§ 242 beruht auf dem Gedanken, dass jedem Recht sozialethische Schranken immanent sind; er verpflichtet zu einer sozial angemessen Rechtsausübung” (PALAND, *op.cit.*, p. 244).

<sup>135</sup> WIEACKER, Franz. *História...* p. 544. Aliás, acerca da manutenção da legislação, imprescindível se faz referência ao fato de que o direito obrigacional alemão apenas recentemente, em 2002, sofreu importantes mudanças pela Lei de Modernização do Direito Obrigacional a qual, no entanto, se deveu mais às necessidades de harmonização às diretivas européias do que à impossibilidade de adaptação do texto legal. Sobre o tema, ainda que perfunctoriamente, veja-se que o BGB atravessou todo o turbulento século XIX, sobrevivendo “ao fim do Império alemão, à I Guerra Mundial, à República de Weimar, à ditadura nazista e,

Seu correto preenchimento é tarefa relegada à doutrina e jurisprudência, naquilo que Paulo NALIN chama, sem qualquer contradição, de aplicação subjetiva da boa-fé objetiva.<sup>136</sup> Em suma, alerta o autor quanto aos perigos de se prender a aplicação do princípio a um *standart* comportamental, com base em um homem médio, inexistente na complexa e desigual sociedade brasileira.

A solução, embora não pronta e acabada, reside na concretização do princípio no caso concreto, sendo que “qualquer tentativa de conceituá-la ou exemplificar suas funções deve ser compreendida exatamente como uma fonte de partida para seu estudo diante do caso real”.<sup>137</sup> Nesse sentido, é chamada a atuar a *ética da situação*, em estreita ligação ao disposto no art. 113 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”.

Neste ponto, saudável é a doutrina acima esboçada de Manuel António Carneiro da FRADA, na busca em um sentido negativo do princípio, da proibição de comportamento contrário à boa-fé.<sup>138</sup> Se o comportamento conforme o princípio não pode ser definido de antemão, na violação concreta pode-se, primeiro, perguntar se houve comportamento contrário para, após, delimitar qual a espécie de dever teria sido descumprida. Reafirma o autor, ainda, em trecho outro, as especificidades de cada situação para a concretização do princípio:

“na concretização dos ditames de um comportamento de boa fé importa obviamente ponderar a normalidade social das condutas e os ‘papéis’ sociais desempenhados pelos contraentes, as representações recíprocas a esse respeito, os usos comerciais, as valorações de justiça objectiva (tanto as ligadas às especificidades da relação concreta, como as próprias do género de relação em que aquela se integra, enquanto sua *naturalia*), critérios de distribuição dos riscos da relação (considerando aqui a possibilidade de os controlar ou absorver segundo pontos de vista de eficiência e oportunidade)”.<sup>139</sup>

Enquanto princípio, é evidente que serve a boa-fé à interpretação e à integração no caso de lacunas, à luz do art. 4º da Lei de Introdução do Código

---

com ela, à II Guerra Mundial, e acompanhou o nascimento e crescimento da República Federal da Alemanha até hoje”. (NORDMEIER, Carl Friedrich. *op.cit.*, p. 138).

<sup>136</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p. 131 e sg.

<sup>137</sup> STEINER, Renata Carlos. *Da complexidade intra-obrigacional: criação de deveres laterais pela boa-fé objetiva*. Monografia de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin. 2006, p. 87.

<sup>138</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, p. 442.

<sup>139</sup> *Idem*, p. 448-449.

Civil, funções estas apontadas por Francisco AMARAL enquanto típicas dos princípios gerais de direito.<sup>140</sup> A redução a estes dois ofícios, no entanto, mostra-se imprópria, porquanto deixa de apreender a grande função da cláusula geral da boa-fé objetiva. Mais do que parâmetro interpretativo, a boa-fé objetiva assume diversas outras funções no panorama do direito obrigacional hodierno, dentre as quais se destaca, no âmbito desta exposição, justamente a criação de deveres laterais de conduta.

Ligando o princípio da boa-fé objetiva ao contexto do Estado Social e da consagração da dignidade da pessoa humana, Rosalice Fidalgo PINHEIRO aponta quatro funções principais, a saber:

“interpretativa, o sentido revelado pela confiança prevalece sobre a vontade; integrativa, deveres acessórios de conduta transcendem a conclusão e extinção do contrato, alargando os limites da responsabilidade contratual; limitativa, controle do exercício de posições jurídicas; e finalística, a busca pela justiça e equilíbrios contratuais”.<sup>141</sup>

Tomando tal classificação, há de se reconhecer que a função integrativa do princípio não deve ser confundida com a interpretação integradora, também por ela desempenhada. No mais, quando afirma a autora uma função finalística do conceito, pode-se sustentar sua estreita ligação com outra cláusula geral de extrema importância na disciplina do Código Civil, qual seja, exatamente a da função social dos contratos exposta no art. 421 daquele diploma legal.<sup>142</sup>

Está, o princípio, também na base da análise do abuso de direito (art. 187 do Código Civil), enquanto limitadora do exercício de direitos subjetivos<sup>143</sup>,

---

<sup>140</sup> AMARAL, Francisco, *op.cit.*, p. 56.

<sup>141</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél. Curitiba, 2004, p. 05. Na doutrina alemã, Peter HUBER diferencia também quatro funções do princípio, a saber: função integrativa enquanto fundamento de criação de deveres (Ergänzungsfunktion), função de regulação enquanto concretização de deveres (regulierende Funktion), função limitativa (Schrankenfunktion) e função de correção de lacunas (Korrekturfunktion). (HUBER, Peter. In: J. von Staudinger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2008, p. 134).

<sup>142</sup> Sobre a boa-fé enquanto instrumento da função social dos contratos, remete-se o leitor à dissertação de Mestrado CATUSSO, Joseane. *A boa-fé como instrumento da função social do contrato*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin, 2007.

<sup>143</sup> Esta função também já foi reconhecida na jurisprudência, mesmo quando não vigente o Código Civil de 2002. Veja-se, somente para citar um exemplo, o excerto da ementa de

assim como parâmetro para avaliação de cláusulas contratuais abusivas, mesmo para além da disciplina do Código de Defesa do Consumidor.<sup>144</sup> Sem desconsiderar as inúmeras possibilidades que brotam da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, passa-se a focar apenas na sua função integrativa.

Assim, considerando na trilha da lição de Clóvis do COUTO E SILVA que o princípio em questão é proposição jurídica com significado de regra de conduta, a qual “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”<sup>145</sup>, pode-se afirmar que, sob o mandamento do princípio, os contratantes não estão restritos a realizar a prestação apenas como contratada: devem realizá-la também em estreita observância à boa-fé.

Nessa linha de pensamento seria, no entanto, incorreto supor que a boa-fé viria exclusivamente a reafirmar a obrigatoriedade dos pactos. Se é certo que as obrigações nascem para ser cumpridas, extinguindo-se no exato

---

decisão do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, ao afirmar que: “A boa-fé atua como *standard*, como um modelo de comportamento, que impõe deveres acessórios de conduta aos sujeitos da relação contratual, **desempenhando a função de limite ao exercício de direitos subjetivos, enquanto exercício desequilibrado de direitos, no qual o titular exerce um direito, dentro do âmbito de permissão conferida pela norma jurídica.** Há nisto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos que dele derivam, gerando um desequilíbrio entre as partes;”, ainda, no corpo do Acórdão afirma a Relatora que “(...) a recusa injustificada do Apelado em concordar com a substituição da garantia pleiteada, embora ato de liberdade que se constitui em exercício da autonomia privada, pode trazer prejuízos para o devedor, apresentando-se como um exercício desequilibrado de direitos, atentatório à boa-fé objetiva, por romper o equilíbrio contratual que deve existir entre as partes” (grifos meus). (TAPR, Ap. Cív. 0186102-9. Relatora Juíza Rosana Fachin, julgamento em 30/10/2002).

<sup>144</sup> Exemplificativamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial, considerou que a inobservância ao princípio da boa-fé, justamente porque este materializa o equilíbrio e a justiça contratual, é, também, base para declaração de nulidade de cláusula abusiva em contrato de adesão. Afinal, “a intervenção judicial, ao interpretar o contrato em conformidade com a boa-fé, recorrendo a um elemento externo à vontade das partes, traz a relevo a concepção da obrigação como processo: interpretar o contrato em conformidade com sua finalidade é um dos efeitos da boa-fé. Por conseguinte, comparecem os valores constitucionais, apresentando-se como tal o princípio da função social do contrato (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *op.cit*, p. 216).” Antonio Junqueira de AZEVEDO, ao tratar do que chama de insuficiências, deficiências e desatualizações do então projeto de Código Civil Brasileiro, especificamente quanto ao art. 422, traça importantes críticas sobre sua redação e sua consideração enquanto regra cogente ou dispositiva e, acaba por considerar enquanto a pior omissão do Projeto justamente a não manifestação acerca das cláusulas abusivas, em sentido contrário à ampla proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor. (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. In: Revista dos Tribunais, ano 89, volume 775, maio de 2000, p. 15). A respeito, em que pese não haver menção expressa no Código Civil acerca do papel da boa-fé objetiva enquanto controle de cláusulas contratuais abusivas, reconhece a doutrina sua aplicabilidade.

<sup>145</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 33

momento em que se cumprem<sup>146</sup>, não é igualmente acertado afirmar que o cumprimento visa, exclusivamente, a satisfação dos deveres decorrente do exercício da autonomia da vontade. Nem todos os deveres contratuais decorrem da vontade das partes<sup>147</sup> e, na construção da obrigação enquanto complexidade e processo, devem, todos eles, ser igualmente observados sob pena de descumprimento obrigacional. Eis a premissa e constatação chave do presente trabalho.

Tomada a boa-fé por esta sua faceta, consubstancia-se ela enquanto verdadeira norma de conduta, ao estabelecer comportamentos contratuais para além daqueles que caracterizam a obrigação. É esta a lição que se extrai da tal como se vê na seguinte afirmação de Ruy Rosado de AGUIAR JR,

“a boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo ‘ da relação obrigacional já que não se mede somente nela (vontade) e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes”<sup>148</sup>

Daí porque cai por terra a vã tentativa de compreensão da relação obrigacional enquanto conceito estático e desligado dos fatos da vida. Quem contrata não contrata apenas o que contrata, devendo igual respeito àqueles deveres que decorrem da boa-fé objetiva. Mais do que válida no âmbito do direito dos contratos, surge ela enquanto princípio do direito obrigacional, abarcando hipóteses outras que não aquelas que dizem exclusivamente respeito ao contrato.<sup>149</sup>

Com a estabilização do princípio da boa-fé no corpo do Código Civil de 2002, não há, hoje, lugar para discussão sobre sua necessária observância no *iter* contratual. Indo um pouco além, no entanto, necessário dizer que o princípio encontra base constitucional, de forma que seu descumprimento implica em dupla violação legal: à disciplina Constitucional e do Código Civil.

---

<sup>146</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 105.

<sup>147</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 38

<sup>148</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Revista de Direito do Consumidor, n.º 14, 1995, p. 24.

<sup>149</sup> É essa a lição de Emilio BETTI que, ao distinguir entre as funções do princípio da boa-fé no ordenamento italiano, destaca sua função de critério hermenêutico e de conduta, aplicável tanto às obrigações contratuais quanto a obrigações com fontes diversas que não o contrato. Conclui o autor que esta boa-fé (aqui chamada de objetiva) é da maior importância em uma teoria geral das obrigações. (BETTI, Emilio. *op.cit.*, p. 89).



Teresa NEGREIROS, partindo do pressuposto que a boa-fé é efetivo princípio jurídico, acaba por traçar sua interpretação constitucional, exatamente através da análise do papel dos princípios na aplicação-realização do Direito.<sup>150</sup> Tendo por mote a análise do direito civil-constitucional, a autora avalia que a incidência da boa-fé objetiva no âmbito dos contratos repousa na idéia de dignidade da pessoa humana, “passando o contrato a expressar uma ordem de cooperação em que os deveres se sobrepõem aos direitos; a pessoa **solidária**, ao indivíduo **solitário**”.<sup>151</sup> Desta forma, como assente na melhor doutrina, está a boa-fé ancorada para além do art. 422 do Código Civil: “já afirmamos que a boa-fé, como proposição fundamental de direito, tem vigência e aplicação, independentemente de haver sido recebida como artigo expreso de lei”, nas palavras de Clóvis do COUTO E SILVA.<sup>152</sup>

Dialoga o princípio em questão inevitavelmente com a clássica autonomia privada, sem destruí-la ou destituí-la. Se há deveres obrigacionais que provêm do livre exercício da autonomia privada das partes, como a escolha do preço, do objeto e do termo, há uma outra gama de deveres que, independente de sua vontade, operam seus efeitos e devem ser igualmente observados no *inter* contratual. Tratam-se dos deveres de conduta originados na boa-fé objetiva, esteja esta inserida ou não no corpo da lei.<sup>153</sup>

Daí porque ser muito frágil a afirmação de que se renovaram os limites e contornos da autonomia privada nos tempos hodiernos. Não se trata de mera aposição de novos limites, e, sim, de uma reestruturação e, especialmente, de depurar-se a noção moderna de que no centro do direito obrigacional está a autonomia privada. É evidente que tal afirmação não mais se adéqua ao panorama obrigacional atual, em que a autonomia privada cede o lugar central,

---

<sup>150</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos...*, p. 91.

<sup>151</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 252, grifos no original. No mesmo sentido a seguinte afirmação de Rodrigo Xavier LEONARDO: “A solidão do contrato é revista em favor do reconhecimento de uma constante interação entre as partes e os demais sujeitos do ambiente jurídico-social” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83).

<sup>152</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p.37.

<sup>153</sup> Conforme Luís DÍEZ-PICAZO, “as partes não se devem apenas aquilo que elas mesmas hajam estipulado ou aquilo que determina o texto legal, mas sim todo aquilo que em cada situação impõe a boa-fé”. Tradução livre de: “las partes no se debem sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *op.cit.*, p. 19).

sem deixar de ocupá-lo, à boa-fé objetiva e à função social dos contratos. Juntos, passam a ser os pilares de sustentação da teoria obrigacional.

Ao se afirmar que a autonomia privada divide o centro das atenções com outros princípios igualmente importantes, não se está a negar que o direito obrigacional é área de especial aplicação da autonomia do indivíduo, tal como afirmam Karl LARENZ e Manfred WOLF, “ao instituto da relação jurídica é atribuída então a tarefa de assentar legalmente os pressupostos e a moldura para a atividade da autonomia privada fixada em lei”.<sup>154</sup>

De outro lado, a consideração da existência de deveres não contratados de forma expressa, ou seja, não advindos necessariamente da autonomia das partes na escolha do objeto e conteúdo contratual, não implica na morte da autonomia privada. No mesmo sentido, não se pode considerar seu desaparecimento ou enfraquecimento, ainda mais quando se reconhece que a liberdade é, também, direito fundamental.

Somente a título ilustrativo, veja-se a defesa que faz Jörg NEUNER, sem depurar da fundamentabilidade da autonomia do indivíduo, da necessidade de medidas antidiscriminatórias, em especial referência à lei alemã de antidiscriminação: “a autonomia privada não é, todavia, ameaçada apenas por uma intervenção excessiva em direitos de liberdade, mas também por uma insuficiente consideração das condições materiais da liberdade, às quais também pertence, de modo essencial, a proteção diante da discriminação”.<sup>155</sup>

Enfim, algumas intervenções mostram-se essenciais para a própria manutenção da autonomia privada, como quando se reconhece que sua proclamação discursiva, ao lado das também formais idéias de liberdade e igualdade, não dão conta de oferecer justiça material aos casos concretos. Trata-se, em parte, do próprio reconhecimento do alargamento contratual, para incluir hipóteses outras que não a mora e o inadimplemento absoluto como

---

<sup>154</sup> „Dem Institut des Rechtsgeschäfts ist damit die Aufgabe zugeordnet, die Voraussetzungen und den Rahmen für die rechtsgestaltende Betätigung des privatautonomen Willens gesetzlich festzulegen“ (LARENZ, Karl e WOLF, Manfred. *Allgemeiner...*, p. 394). No mesmo sentido Carlos Alberto da Mota Pinto ao afirmar que „o negócio jurídico é uma manifestação do *princípio da autonomia privada* ou da *autonomia da vontade*, subjacente a todo o direito privado“ (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *op.cit.*, p. 102).

<sup>155</sup> NEUNER, Jörg. *O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão*. In: Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 2, n. 2, jan/mar 2008, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 80.

espécies de descumprimento. Explica-se a afirmação com a necessidade irremediável de competente tutela dos contratantes concretamente considerados, pois a liberdade de contratar e o próprio instituto do contrato não são fins em si mesmos, nem o devem ser assim compreendidos. Dito de outra forma, não basta garantir, na letra da lei, a liberdade de contratação quando esta mesma liberdade acaba por colocar o contratante em posição deficitária e negadora de seus direitos fundamentais. Louvável é o questionamento de qual o limite desta necessária intervenção.

A discussão encontra-se entre dois pólos opostos: de um lado, a concessão e garantia de ampla liberdade ao sujeito, paradoxalmente, pode levar a uma situação de extrema injustiça e, de outro lado, reconhece-se a impossibilidade de se aniquilar a autonomia privada, em especial pelo seu caráter (também) de direito fundamental. Na impossibilidade de definição legal de quais os parâmetro e limites para tal intervenção, parece que a única resposta possível seja atribuir tal tarefa à jurisprudência que deve se manter exatamente entre os dois pólos acima traçados.<sup>156</sup> E, nesse panorama, atuam as cláusulas gerais de boa-fé e da função social do contrato enquanto balizas de uma aplicação do direito obrigacional mais justa, alinhada ao reconhecimento de que o sujeito possui direitos e deveres de cooperação.

Resta o reconhecimento que, na linha dos ensinamentos de Rodrigo Xavier LEONARDO, “a autonomia privada, fonte para a constituição das relações jurídicas entre particulares, representa um dos principais pontos de interligação entre o indivíduo e o Estado, desde o advento da modernidade”.<sup>157</sup> Sem descurar da fundamentabilidade do princípio em questão, afirma o autor que a autonomia privada deve sofrer limitações quando atente contra os valores da dignidade da pessoa humana, os mandamentos da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.<sup>158</sup>

Além, e a partir da dignidade da pessoa humana, reconhece Paulo NALIN a estreita ligação do princípio da boa-fé com o “desejo constitucional de

---

<sup>156</sup> Assim Paulo NALIN: “Nesse balanço do mercado entre o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio” (NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p. 139).

<sup>157</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes...*, p. 67.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 82.

um contrato solidário e socialmente justo”.<sup>159</sup> O diálogo do princípio com a disciplina constitucional é tomado como inegável na análise ora empreendida, seja porque a boa-fé é grande instrumento de concretização de valores constitucionais, seja porque, na aplicação da cláusula geral, chama-se o jurista à tarefa de construir a ponte com os mandamentos da Constituição da República.

A menção ao princípio, portanto, não pode vir dissociada da constatação de que ele está disciplinado em uma cláusula geral. Na tarefa de sua concretização, ou de preenchimento do *espaço vazio* deixado por tal construção jurídica aberta para usar a expressão de Mário Júlio de ALMEIDA COSTA<sup>160</sup>, “não se podem desconhecer ou esquecer o conteúdo do princípio da boa fé objectivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização, assim como a estrutura da hipótese em apreço”.<sup>161</sup> É exatamente dentro deste reconhecimento que se parte ao estudo da relação obrigacional que alberga deveres obrigacionais em diferentes classes.

A tarefa que se propõe justifica-se pela imprescindibilidade de trabalhar as potencialidades da cláusula geral de boa-fé inscrita no art. 422 do Código Civil sob pena de torná-las “(...) fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético”.<sup>162</sup> Em um primeiro momento, na busca da concretização das potencialidades da boa-fé, enxerga-se a relação obrigacional enquanto processo, dotada de uma complexidade interna para, depois, trabalhar as conseqüências jurídicas da quebra do princípio.

### 2.3 Complexidade intra-obrigacional

Na compreensão da obrigação enquanto processo, entrecruzam-se todas as premissas norteadoras do presente estudo, especialmente no sentido da superação da abstração enclausurada no conceito tradicional de vínculo

---

<sup>159</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p.139. É também a partir do princípio da socialidade que Ricardo Luis LORENZETTI trabalha os deveres decorrentes da boa-fé, na consideração que o contrato atual não é um assunto individual (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 551).

<sup>160</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 123.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 350.

estático, “resultante da mera soma do crédito e do débito”<sup>163</sup>, e do descer à realidade terrena das inúmeras relações obrigacionais que se travam entre sujeitos concretamente considerados. Paradigmáticos para o reconhecimento que aqui se propõe são Karl LARENZ<sup>164</sup> e, no Brasil, Clóvis do COUTO E SILVA.

Karl LARENZ inicia sua exposição acerca da estrutura da relação obrigacional destacando os elementos que a compõe: deveres de prestação e de comportamento, pretensão enquanto direito à prestação e sua possibilidade de execução judicial, e proteção do credor pelo patrimônio do devedor, para então trabalhá-la como um todo (*Schuldverhältnis als Ganzen*).<sup>165</sup> A noção não se esgota na simples soma dos diversos elementos que a compõe: “estes elementos – diga-se os diversos direitos, deveres e responsabilidades que interessam a uma relação obrigacional – não estão desconectados uns dos outros, mas sim têm sentido enquanto conjunto”.<sup>166</sup>

A complexidade contratual, conforme já introduzido, não se resume à existência de vários deveres e direitos a cada parte da relação, uma vez que, assim, estar-se-ia deixando de reconhecer que mesmo as obrigações ditas simples são, na realidade, complexas.<sup>167</sup> Também não parece que seja este conceito compatível com a afirmação de que, de uma relação obrigacional,

<sup>163</sup> Idem, p. 383.

<sup>164</sup> Afirma o autor no prefácio da 14ª edição que “desde a primeira edição deste volume há a representação da estrutura da relação obrigacional enquanto ‘estrutura’ ou enquanto o processo prolongado no tempo, conceitos estes que desde então eu não abandonei”. Tradução livre de: “Schon die erste Auflage dieses Bandes enthielt die Darstellung der Struktur des Schuldverhältnisse – als ‘Gefüge’ und als zeitlichen Prozeß -, an der ich seither festgehalten habe” (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, V).

<sup>165</sup> Idem, p. 26.

<sup>166</sup> Tradução livre de: “Dabei stehen diese Elemente – also die verschiedenen Rechte, Pflichten und Zuständigkeiten der an einen Schuldverhältnis Beteiligten – nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind sinnvoll aufeinander bezogen” (Idem, p. 27).

<sup>167</sup> É nesse sentido a lição de João de Matos ANTUNES VARELA, ao afirmar que “(...) a doutrina moderna das obrigações, tem salientado, com razão, a complexidade das próprias obrigações *unas* ou *simples*.” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *op.cit*, p. 68), ou a de Antônio MENEZES CORDEIRO: “a distinção é melindrosa uma vez que toda a obrigação tem um conteúdo complexo” (MENEZES CORDEIRO, A. *Violação...*, p. 123). Sobre o tema, pode-se fazer menção ao exemplo trazido por Fernando NORONHA de que numa compra e venda “pela qual um consumidor adquira um televisor, a relação obrigacional complexa inclui desde os direitos principais correspectivos de exigir a entrega do produto e o pagamento do preço (tendo cada um deles, como contrapartida, os deveres da contraparte de entregar e de pagar), até diversos outros direitos e deveres, como o direito potestativo do comprador de reclamar por eventuais defeitos (cf. arts. 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor) e o seu ônus de fazer essa reclamação em noventa dias (cf. art. 26, II), mais o dever do fornecedor de sanar o defeito em trinta dias (cf. art. 18, parágrafo 1º), sob pena de se abrir para o consumidor o direito de exigir a substituição do produto, ou a restituição do preço, ou o abatimento proporcional deste (cf. art. 18, parágrafo 1º).” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 73)

avultam interesses outros que não aqueles consubstanciados no dever de prestação.<sup>168</sup>

Nesse sentido é a doutrina de Carlos Alberto da MOTA PINTO, ao exemplificar a constatação com o fato de que, em um contrato de compra e venda de uma máquina, não há apenas o dever de pagar o preço e de entregar a máquina, mas sim uma diversa gama de deveres, acessórios e laterais, direitos potestativos, sujeições, ônus e expectativas, dentre outros.<sup>169</sup> A idéia de conjunto, na trilha das teorizações de Karl LARENZ, não é obtida pela mera soma de tais elementos e sim pela conceituação enquanto verdadeira estrutura com unidade de sentido. Daí porque afirma o autor que a modificação de um destes elementos não afeta a unidade, que permanece.<sup>170</sup> Esta unidade, por sua vez, é identificada por LARENZ justamente na satisfação dos interesses prestacionais do credor, em um processo que pode se prolongar no tempo.<sup>171</sup>

Conforme conhecida frase de Clóvis do COUTO E SILVA, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação”.<sup>172</sup> O reconhecimento da complexidade intra-obrigacional, como se tem afirmado neste trabalho, não vem romper com tal consideração. Seu grande mérito está no reconhecimento da superação de conceitos abstratos desconectados da vida concreta, conforme se vê no seguinte excerto de Pietro PERLINGIERI:

---

<sup>168</sup> Sobre a noção da complexidade obrigacional (aliada à teoria das redes contratuais) veja-se o seguinte excerto de Rodrigo Xavier LEONARDO: “Na medida em que a relação jurídica é vislumbrada como processo, reconhece-se nessa relação mais do que um plexo de direitos e deveres voltados ao simples adimplemento das prestações irradiadas de cada um dos contratos. Verifica-se, deste modo, um conjunto de direitos e deveres próprios à manutenção da rede constituída, conforme os princípios de honestidade e probidade que iluminam todo o direito das obrigações (art. 113, 187 e 422 do CC brasileiro)”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça*. In: Revista dos Tribunais, ano 94, volume 832, fevereiro de 2005, p. 104).

<sup>169</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *op.cit.*, p. 187.

<sup>170</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 27. No mesmo sentido a afirmação de Clóvis do COUTO E SILVA: “sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o 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 sua estrutura” (COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 20).

<sup>171</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 28. Manuel A. Carneiro da FRADA, por sua vez, define a relação obrigacional enquanto processo nas seguintes palavras: “é hoje um dado adquirido da ciência jurídica que a relação jurídica obrigacional alberga no seu seio, sem prejuízo da sua unidade, uma pluralidade de elementos autonomizáveis com utilidade para a captação do seu regime, constituindo, por isso, uma realidade complexa” (FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato...*, p. 36).

<sup>172</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 17.

“... a situação da relação obrigacional é mais complexa do que a primeira vista pode parecer: a obrigação não é uma relação relativa, que apenas interessa a duas esferas jurídicas patrimoniais ou, como se diz tradicionalmente, a dois sujeitos, credor e devedor; em realidade a obrigação é fenômeno complexo, ao qual estão interessados não apenas os dois protagonistas da relação obrigacional, o credor e o devedor, ou melhor a situação creditória e debitória, mas antes outros sujeitos particularmente qualificados, titulares de situações juridicamente relevantes”.<sup>173</sup>

Da lição de PERLINGIERI pode-se dizer que a relação obrigacional possui também uma complexidade exterior, sendo incorreto considerá-la, hoje, exclusivamente referente às partes diretamente envolvidas. A respeito, faz-se menção às potencialidades que emergem da cláusula da função social dos contratos, em especial àquela que se denomina tutela externa do crédito.<sup>174</sup> Nos limites deste trabalho, sem descurar da importância social do vínculo obrigacional, a análise circunscreve-se à chamada complexidade intra-obrigacional.

Nesse sentido, diga-se que a noção da obrigação enquanto processo ou estrutura está intimamente ligada ao reconhecimento do vínculo enquanto ordem de cooperação.<sup>175</sup> Assim, não basta afirmar que, pela relação jurídica obrigacional, tem o credor direito de exigir do devedor o cumprimento da obrigação; antes se compreenda que o vínculo se estabelece entre as duas partes, ambas com direitos e deveres de prestação e cooperação em relação à outra.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> Tradução livre de: “... la situazione del rapporto obbligatorio è piú complessa di quello che a prima vista può sembrare: l’obbligazione non è rapporto relativo, rapporto cioè che interessa soltanto due sfere giuridiche patrimoniali o, como se suol dire tradizionalmente, due soggetti, il creditore ed il debitore, o meglio la situazione creditoria e la situazione debitoria, ma anche altri soggetti particolarmente qualificati, titolari di una situazione giuridicamente rilevante” (PERLINGIERI, Pietro. In: Commentario del Codice Civile: Libro Quarto – Delle Obbligazioni. Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento. Art. 1230-1259. Bologna: Nicola Zanichelli Editore e Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1975, p. 05). A visão do autor pode ser explicada pela consideração de que a relação jurídica não deva ser individualmente considerada, afirmando Pietro PERLINGIERI que “não é suficiente aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...*, p. 113).

<sup>174</sup> Sobre o tema remete-se o leitor a PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”*. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 323-344.

<sup>175</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 19.

<sup>176</sup> A definição da relação obrigacional enquanto *especial conexão* entre sujeitos que se obrigam e têm direitos frente uns aos outros é dada por Eike SCHMITT. *Das Schuldverhältnis*:

A ligação entre cumprimento obrigacional (e, por conseqüência, descumprimento), relação de cooperação e princípio da confiança, consubstanciado na boa-fé objetiva, é íntima.<sup>177</sup> Na esteira das lições de Emilio BETTI, da exigência da convivência e da solidariedade social pode-se identificar dois aspectos, os quais chama de puramente negativo e positivo. Seria o aspecto negativo aquele que diz com a máxima de *alterum non laedere*, ligado ao respeito da esfera de interesses alheia<sup>178</sup>, enquanto o positivo não se exaure na simples abstenção e sim em uma “diligente colaboração com o outro consorciado, voltada a promover o seu interesse”.<sup>179</sup>

A partir desta colocação, afirma o jurista italiano que existe distinção entre a obrigação da prestação e outras obrigações instrumentais, complementares e acessórias àquela, exigindo estas uma atuação positiva, um “comportamento de obrigação”.<sup>180</sup> Estaria na base do evitar danos à outra parte o critério da *correttezza*<sup>181</sup> que, em BETTI, não é identificado, mas sim complementar à boa-fé.<sup>182</sup> A diferença está na espécie de dever que deriva de cada um dos critérios, a saber, do dever de *correttezza* uma abstenção, e da boa-fé exatamente obrigações de caráter positivo.<sup>183</sup>

---

*eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*. Heidelberg: C.F Müller, 2004, p. 03).

<sup>177</sup> Tal demonstra MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários...*, p. 20.

<sup>178</sup> Conforme BETTI, Emilio. *op.cit.*, p. 67

<sup>179</sup> Tradução livre de “ma una operosa collaborazione con altri consociati, volta a promuovere il loro interesse” (Ibidem).

<sup>180</sup> Idem, p. 68.

<sup>181</sup> Optou-se por grafar a palavra em seu original, tendo em vista que qualquer tradução não seria fiel à abrangência no original e, mais ainda, pela sua ampla compreensão na língua portuguesa, ainda que em italiano. Destaque-se, no entanto, que Judith MARTINS-COSTA considera que o termo é correspondente ao de probidade. (MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, Ano 97, volume 867, janeiro 2008, p. 29).

<sup>182</sup> Conforme se observa do seguinte excerto: “... este critério de comportar-se segundo as regras da *correttezza* que cada uma das partes deve observação em confronto à outra, não se identifica com o critério da boa-fé, mas é certamente complementar a este”. Tradução livre de: “... questo criterio di comportarsi secondo Le regole della correttezza che ciascuna delle due parti deve osservare in confronto dell'altra, non si identifica col criterio della buona fede, ma è certamente complementare a questo” (BETTI, Emilio. *op.cit.*, p. 68).

<sup>183</sup> Idem, p. 68. É outra, no entanto, a lição de Francesco GALGANO, que identifica do dever de *correttezza* uma obrigação acessória de comportamento sem conteúdo pré-determinado e que diz com a cooperação para a satisfação do interesse do partícipe, indicando como exemplo daí advindo o dever de informação de eventuais perigos provenientes do uso da coisa vendida ou o dever do credor de comunicar todas as circunstâncias que podem facilitar o adimplemento pelo devedor. (conforme GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 10ª edição, Milão: Cedam, 1999, p. 192).



Enquanto relação de cooperação iluminada pela boa-fé objetiva (sem descurar, obviamente, do critério de *correttezza*, que é regra geral de conduta), reconhece-se a existência de deveres para além daqueles intimamente ligados à prestação principal e abre-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.<sup>184</sup>

Diferencia a doutrina alemã, conforme visto, o conceito de relação obrigacional estreito e amplo. As nomenclaturas utilizadas para fazer referência à visão ampla são as mais diversas, dentre elas destacando-se *organismo*, *processo* e *teoria das formas*.<sup>185</sup> Conforme análise de Panajiotis ZEPOS, a primeira referência à obrigação enquanto organismo encontra-se em Friedrich Karl von SAVIGNY, posteriormente trabalhada também por Heinrich SIBER<sup>186</sup>, embora a noção que dela hoje se tem, em especial enquanto não condizente com a mera soma de elementos isolados, deva-se à Karl LARENZ que a trabalha sob o título de *estrutura* ou *processo*.<sup>187</sup> Exatamente tendo em conta a compreensão enquanto efetiva totalidade é que, no âmbito desta exposição, optou-se pelo tratamento sob tal nomenclatura.

<sup>184</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 19.

<sup>185</sup> Conforme ZEPOS, Panajiotis. *Zu einer 'gestalttheoretischen' Auffassung des Schuldverhältnisses*. In: Archiv für die Civilistische Praxis. 155 (35. Band der neuen Folge). Tübingia: Verlag J.C.B Mohr (Paul Siebeck), p. 486.

<sup>186</sup> Sobre os trabalhos de Heinrich SIBER, afirma António Manuel MENEZES CORDEIRO que: “recuperando uma conjunção lingüística usada já por SAVIGNY, SIBER defende o vínculo obrigacional como um «organismo»: a obrigação abrangeria uma multiplicidade de pretensões, presentes ou possíveis, para o futuro, estando o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global. SIBER lançou ainda a distinção entre a relação obrigacional em sentido amplo e em sentido estrito, consoante o termo fosse usado para a abranger o conjunto da situação jurídica creditícia, ou, de forma isolada, cada uma das pretensões singulares nele incluídas, em nome da complexidade intrínseca” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 589).

<sup>187</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, pp. 486-487. O autor critica ambas as concepções, por considerar que a alusão a organismo demasiada empírica, utilizando-se de elementos alheios à teológica estrutura do Direito, fundamentalmente um mundo da lógica e, em relação à noção de estrutura tendo em vista o recurso à noção hegeliana de espírito objetivo que a torna muito idealista. Panajiotis ZEPOS sugere o termo *forma* para designar a relação complexa. Conforme define António Manuel MENEZES CORDEIRO, Zepos move-se nos quadros gestaltistas, considerando a obrigação enquanto um dado fenomenológico e não uma soma. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 590). A definição da obrigação, sob esta ótica, se dá enquanto “uma unidade em si organizada de relações jurídicas entre o credor e o devedor, a qual, como se disse, não é a mera soma matemática ou o mecânico aglomerado dos elementos ali pertencentes, mas sim algo a mais, um especial ‘dado fenomenológico’, um verdadeiro complexo de direitos e deveres com sentido, função e efeitos próprios” (ZEPOS, Panajiotis. *op.cit.*, p. 490). Tradução livre de: “so kann man es als eine in sich organisierte Ganzheit von Rechtsverhältnissen zwischen Gläubiger und Schuldner fassen, welche – wie gesagt – nicht die bloße mathematische Summe oder die mechanische Anhäufung der dahingehörenden Elemente, sondern etwas mehr, eine besondere ‚phänomenologische Gegebenheit‘, ein eigentlicher Komplex von Rechten und Pflichten mit eigenen Sinn und eigener Funktion und Wirkung ist”.

O tratamento da figura que aqui se representa enquanto processo tem conseqüências e significados práticos, não apenas no campo lingüístico. Assim, pode-se dizer que a mera satisfação dos interesses de prestação não leva, necessariamente, à extinção do vínculo obrigacional.<sup>188</sup> Enquanto totalidade, e tomando por empréstimo as palavras de Paolo GROSSI, diga-se que “não é a soma mecânica das tesselas que nos dará o sentido de um mosaico, mas a sua fusão em um desenho”.<sup>189</sup>

O desenho que se coloca a serviço e estudo do jurista hodierno não deve ser aquele que capta realidades isoladas e atemporais sem as apreender criticamente. Dessa forma, mais do que objeto principal e imediato da relação obrigacional, o dever de prestação deve ser visto também enquanto meio que conduz ao objetivo final, o cumprimento da prestação e a satisfação do credor, em um processo no qual há uma verdadeira cadeia de meios e fins.<sup>190</sup> Para além da simples junção de conceitos abstratos, deve-se ter em mente que os sujeitos envolvidos em uma relação obrigacional não são meros sujeitos de direito abstratos, mas, antes, pessoas concretas cuja dignidade não pode ser ferida por meio da relação obrigacional.

Considerando a lição de António Manuel MENEZES CORDEIROS, ter-se-ia de reconhecer que

“a complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”.<sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> Idem, p. 488.

<sup>189</sup> GROSSI, Paolo. *A propriedade...*, p. 19. A afirmação no original se deu ao tratar do problema historiográfico do estudo proprietário, ou das propriedades, conforme afirma GROSSI.

<sup>190</sup> Assim afirma ZEPOS, Panajiotis. *op.cit.*, p. 489. Paráfrase do seguinte excerto: “so ist der Leistungsverpflichtung der hauptsächliche und unmittelbare Zweck des Schuldverhältnisses, die aber als Mittel weiter zum Endzweck des Schuldverhältnisses führt, nämlich zu der Erfüllung der Leistung und Befriedigung des Gläubigers in der Zukunft. Zwischen der Entstehung des Schuldverhältnisses ist nämlich das Mittel zur Erreichung seines Endzweckes entwickelt sich eine Kette von Mitteln und Zwecken”.

<sup>191</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 586. Conforme ensina Panajiotis ZEPOS, ao defender sua teoria das formas para expressar a relação obrigacional em sentido amplo, sua verdadeira compreensão só se dá quando se apreende a complexidade de suas diversas partes componentes. (ZEPOS, Panajiotis. *op.cit.*, p. 491). Como exemplo da compreensão da relação obrigacional enquanto processo, veja-se o seguinte excerto de Carlos Alberto da MOTA PINTO: “assim, a relação formada entre comprador e vendedor de uma máquina não é só constituída pelo dever de pagar o preço e pelo correlativo direito ao preço. O devedor do preço é simultaneamente credor da entrega da máquina e existem outros vínculos

Esta complexidade, ainda nas lições do autor, não foi, em um primeiro momento, identificada tendo por base o princípio da boa-fé, “a aproximação seria fruto de um trabalho paulatino e, sobretudo, das concretizações jurisprudenciais que adviriam nas décadas posteriores à promulgação do código alemão”<sup>192</sup>, nas suas palavras. Especialmente em relação à doutrina da violação positiva do contrato, afirma Franz WIEACKER que ela representa o abandono, trabalhoso mas contínuo, das posições da Pandectística expostas com tanta precisão no BGB.<sup>193</sup>

No núcleo dessa posição, certamente encontra-se o dogma da autonomia da vontade como fonte exclusiva de deveres obrigacionais. Da constatação talvez se compreenda o porquê de, em um primeiro momento, não terem sido trazidas a lume as potencialidades da regra da boa-fé objetiva do § 242 do BGB, tendo sido a disposição ali inscrita utilizada enquanto reforço à regra do § 157, sobre da função interpretativa do princípio.<sup>194</sup> A ligação da boa-fé objetiva, conforme já afirmado acima, viria mais em encontro do reforço material da contratação (ainda que considerada norma de interpretação), do que como norma jurídica criadora de deveres obrigacionais autônomos aos de prestação.

A racionalidade do contrato, ancorada na sua visão enquanto estrutura e processo, pode ser justificada por um sem fim de argumentos. Destaca-se, como primeiro deles, justamente a releitura da autonomia privada e de seu papel enquanto pilar do direito obrigacional moderno. Nessa esteira, ter-se-ia de reconhecer que “sob uma perspectiva constitucional atual, não se pode reduzir o significado de autonomia privada ao poder conferido aos sujeitos de reger seus interesses, idéia melhor indicada pela expressão *autonomia*

---

entre as partes do contrato, *v.g.*, eventuais *direitos a uma indemnização* por força de um não cumprimento, *deveres acessórios* (p.ex., o do vendedor de guardar a máquina, embalá-la, promover o transporte), *deveres laterais* (p.ex, o de informar sobre as condições de funcionamento da máquina, o de cuidado de sua instalação de modo a não lesar pessoas ou os bens da contraparte, etc), *direitos potestativos* (p.ex., de resolução ou de modificação do contrato, verificados certos pressupostos, de escolha da máquina, se estivermos perante uma obrigação genérica ou alternativa, etc.), *sujeições* contrapostas a direitos potestativos, *ônus, expectativas*, etc.” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *op.cit.*, p. 187).

<sup>192</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 589.

<sup>193</sup> WIEACKER, Franz. *História...*, p.598.

<sup>194</sup> Assim afirma NEGREIROS, Teresa. *Interpretação...*, p. 50. Dispõe o § 157 do BGB que “Interpretação dos contratos: os contratos devem ser interpretados tal como o exija a boa-fé objetiva, com consideração aos costumes do tráfico”. Tradução livre de: “Auslegung von Verträge: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

*contratual*".<sup>195</sup> Rodrigo Xavier LEONARDO afirma, a partir deste entendimento, que a autonomia privada é apenas um dos feixes do princípio maior da dignidade da pessoa humana, com sede constitucional.<sup>196</sup>

A mera releitura do conteúdo do princípio não seria suficiente, no entanto, para dar a noção do todo: é preciso que se avance para dizer que ela não reina absoluta enquanto pilar do direito obrigacional hodierno, dividindo espaço com a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Observe-se a este respeito que Fernando NORONHA, ao propor novos princípios contratuais, o faz elencando os princípios da autonomia privada, boa-fé e justiça contratual que "se autodelimitam reciprocamente"<sup>197</sup>, lição da qual se extraí que não se trata, simplesmente, de abandonar a autonomia privada e sim de conferir-lhe novos contornos que passam tanto por sua delimitação constitucional quanto pela revisão de seu papel enquanto fundamento do direito contratual.<sup>198</sup>

Dos chamados "novos" direitos contratuais<sup>199</sup>, destaca-se no âmbito da exposição justamente o da boa-fé objetiva. A partir dela, ganha concreção a visão da obrigação como processo voltado à satisfação de interesses dos partícipes. Outro pilar de sustentação desta visão seria, portanto, a consideração da relação obrigacional para além da sua abstração conceitual e, a partir de uma leitura civil-constitucional, no reconhecimento de que por trás do Direito, e também em sua base, está a tutela da pessoa humana em sua dignidade: "o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – **em lugar do indivíduo, surge a pessoa**".<sup>200</sup>

<sup>195</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes...*, p. 73

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos ...*, p. 15.

<sup>198</sup> Também assim a lição de Luiz Edson FACHIN para quem "Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade." (FACHIN, Luiz Edson. *Contratos e ordem pública*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23). Mais ainda, de se reconhecer juntamente com Ricardo LORENZETTI que "o consentimento não é um texto normativo auto-suficiente. Há que integrar, tipificar e recorrer a inúmeras disposições complementares que não surgem da vontade das partes" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *op.cit.*, p. 537).

<sup>199</sup> O adjetivo "novos" encontra-se propositadamente colocado entre aspas, seja porque se considera que a estabilização da boa-fé e da função social dos contratos no corpo do Código, embora facilite sua aplicação, não é requisito fundamental para a afirmação de existência de tais princípios, ainda mais quando se lhe observa fundo constitucional, seja porque se considera que o contrato, enquanto inserido também na História, não é conceito estático sendo de se concluir que seus princípios fundamentais também se alteram.

<sup>200</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 11 (grifou-se).

De fato, não são patrimônios que se entrecruzam na relação obrigacional, mas, antes, pessoas situadas concretamente nas suas relações de consumo, aluguel, prestação de serviços, compra e venda, empréstimo dentre outras. Os diversos elementos que compõe a complexidade obrigacional estão atraídos ao adimplemento<sup>201</sup>, que só pode então ser entendido enquanto a satisfação global dos interesses, patrimoniais e existenciais, que avultam do vínculo obrigacional.

A queda da autonomia privada como fundamento único do direito obrigacional produz resultado prático relevante, consubstanciado no reconhecimento de que há deveres obrigacionais que dela não decorrem. Se, na visão tradicional, o princípio do *pacta sunt servanda* vigorava tendo em vista o fato das obrigações decorrerem necessariamente do exercício da vontade soberana do indivíduo, a nova ordem de coisas mostra que a máxima não é absoluta.

Em um primeiro estágio, a tutela do contrato se dá não apenas pela consideração de seus elementos constitutivos, mas também em consideração à sua justiça interna e externa, à luz da função social que lhe autoriza. Enquanto complexidade, é a relação jurídica obrigacional um todo de direitos e deveres que têm lugar independente do exercício da autonomia privada: os pactos devem ser cumpridos, assim, quando merecedores de tutela jurídica (i.e, enquanto cumpridores da função social a eles inerente), em estreita consideração aos mandamentos da boa-fé objetiva.

Dessa forma, ao lado dos deveres de prestação que caracterizam um contrato, a citar a entrega do objeto vendido e o pagamento do preço em um contrato de compra e venda, surgem aos partícipes obrigacionais também deveres e direitos laterais “que não têm significado para a caracterização da espécie concreta de relação obrigacional, mas têm conclusivos significados para a função e efeitos da própria relação, desde sua origem até seu definitivo final”.<sup>202</sup> Conquanto possam ou não ser expressamente ajustados pelas partes,

---

<sup>201</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 12. Com a afirmação de que há interesses para além dos meramente patrimoniais nas relações obrigacionais, não se quer negar, por óbvio, sua “função (indiscutida) de instrumento de satisfação das necessidades através da aquisição ou utilização dos bens na disponibilidade de outrem” (FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato...*, p. 44).

<sup>202</sup> Tradução livre de: “soche Nebenpflichten und Nebenrechte sind zunächst ohne Bedeutung für die Charakterisierung der Art des konkreten Schuldverhältnisses, sie haben aber

afirma Panajiotis ZEPOS que trazem consigo o domínio de pensamento da boa-fé objetiva.<sup>203</sup>

Há de se reconhecer que a cláusula geral de boa-fé diz respeito a um comportamento leal e probó em referência ao *alter*. Nas palavras de Clóvis do COUTO E SILVA, “o mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”.<sup>204</sup> Não é outra a lição que se extrai do art. 422 do Código Civil, uma vez que, ali, estão *os contratantes*, e não apenas o devedor, adstritos à observância do princípio.

Em realidade, mereceria reparação a disposição legal em dois aspectos: a) primeiramente, pela sua colocação no título destinado aos contratos, o que poderia dar a equivocada impressão de que não se refere às obrigações em geral, e b) pela limitação de sua aplicação às tratativas e execução contratual, deixando de lado a responsabilidade pós-contratual.<sup>205</sup> Não há qualquer sentido em limitar a observância do princípio da boa-fé objetiva apenas aos contratos, espécies de obrigações, razão pela qual parece ser mais correto cientificamente trabalhá-la enquanto princípio geral do direito obrigacional. A questão pode ser reconduzida a partir da análise da origem constitucional do princípio, subordinando todo o chamado direito privado à sua observância.

Na abordagem intra-obrigacional, diga-se que a boa-fé exerce função integrativa, obrigando os partícipes da relação obrigacional à observância de deveres outros que não digam necessariamente com a prestação principal que caracteriza a obrigação. Chamados de deveres de acessório por João de

---

entscheidende Bedeutung für die Funktion und Wirkung des Schuldverhältnisses selbst, von seinem Entstehen an bis zu seinem endgültigen Erlöschen” (ZEPOS, Panajiotis. *op.cit.*, p. 492).

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...* (2007), p. 33.

<sup>205</sup> Ainda, no sentido de não limitação temporal da observância da boa-fé objetiva cite-se Luis Díez-PICAZO ao afirmar que as partes “devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência in contrahendo); e devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta, por sua vez, em duas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direito e deveres. Os deveres devem ser exercidos de boa-fé; as obrigações têm de ser cumpridas de boa-fé”. Tradução livre de: “que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente em el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituídas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez em dos direcciones em que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos e deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe” (DÍEZ-PICAZO, Luis. *op.cit.*, p. 12)

Matos ANTUNES VARELA, acentua o autor que tais “recaem sobre o devedor, como afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne *desnecessariamente* mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite...”.<sup>206</sup> Em outras palavras, a sua existência reforça a afirmação de que a relação obrigacional é algo a mais do que a simples obrigação em sentido estrito, e que seu cumprimento comporta entendimento que vai além da satisfação da prestação principal.<sup>207</sup>

Antes de estudar as reverberações deste entendimento na situação patológica do descumprimento, dedica-se, o próximo capítulo, ao estudo dos grupos de deveres laterais que compõe a relação obrigacional entendida como processo e complexidade.

---

<sup>206</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol I), p. 127.

<sup>207</sup> Nesse ponto, interessante a síntese que faz Manuel António Carneiro da FRADA ao tratar da boa-fé no direito contratual: “o estudo de seus pressupostos e implicações conduziu ao reconhecimento, hoje pacífico, de que o contrato ‘convoca’ uma ordem normativa que, situada num plano distinto com respeito às estipulações das partes (e, em geral, às próprias disposições supletivamente fixadas pelo ordenamento), o envolve, sujeitando os contraentes aos ditames daquela regra por todo o seu período de vida. Por isso, ao lado dos deveres de prestar – sejam eles *principais de prestação* ou *acessórios de prestação principal* -, floresce, compreendido na relação obrigacional complexa, um leque mais ou menos amplo de deveres que disciplinam o desenrolar da relação contratual, que podem designar-se *deveres laterais* ou *simples deveres de conduta*.” (FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, p. 432).

### 3. Deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva

A doutrina trabalha os deveres decorrentes da boa-fé objetiva sob as mais variadas nomenclaturas. A citar, deveres acessórios de conduta<sup>208</sup>, fiduciários<sup>209</sup>, instrumentais ou funcionais<sup>210</sup> e laterais.<sup>211</sup> Independente da nomenclatura utilizada, no entanto, avulta o reconhecimento de que tais derivam (ou são causa) da complexidade intra-obrigacional, exatamente no sentido que a compreende para além de um vínculo estático entre dever jurídico de débito e direito subjetivo de crédito. Mais ainda, repousam tais deveres sob a cláusula geral da boa-fé que deve presidir o trânsito jurídico, sendo ela a sua fonte mais comum, e, não, a clássica autonomia privada.

Ao lado de tais deveres, enxerga Fernando NORONHA os chamados deveres principais (que caracterizam a obrigação) e deveres secundários<sup>212</sup>, “respeitantes a prestações outras, mas ainda diretamente ligadas à realização das primeiras”.<sup>213</sup> Daí também se retira outra divisão corrente na doutrina, especialmente na alemã, que divide os deveres obrigacionais em dois grandes grupos, a saber, os deveres de prestação (abarcando os deveres principais e

<sup>208</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol. I), p. 123.

<sup>209</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 78.

<sup>210</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 169.

<sup>211</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p.280. É esta a nomenclatura aqui utilizada, que encontra justificativa na seguinte lição de Rodrigo Xavier LEONARDO: “uma vez que esse plexo de direito e deveres é voltado para o regramento da conduta devida pelas partes (não sendo destinado propriamente, portanto, ao adimplemento da prestação principal), convencionou-se utilizar a expressão ‘dever lateral’ para indicar que se trata de deveres que surgem lateralmente, ou seja, ao lado do plexo de direitos e deveres principais e acessórios imantados pela fase do adimplemento” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A teoria...*, p. 104).

<sup>212</sup> Importante notar que Clóvis do COUTO E SILVA trabalha os deveres decorrentes da boa-fé objetiva sob a nomenclatura de deveres secundários ou acessórios, em ligação àqueles denominados *Nebenpflichten* na doutrina alemã, os quais, no entanto, estão enquadrados naquele país como sub-categoria dos deveres de prestação. Nas suas palavras, “os deveres acessórios comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência” (COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...* (2007), p. 93). Dessa forma, embora os trabalhe também enquanto deveres secundários, não se deve confundi-los com os deveres secundários aqui trabalhados. Heinrich STOLL trabalha tais deveres sob o título de *Nebenpflichten*, qualificando-os enquanto deveres não independentes de abstenção e afirmando, ainda, que justamente por seu caráter dependente seriam secundários. (STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. In: *Archiv für die civilistische Praxis*. Neue Folge 16. Band (der ganzen Folge 136. Band). Tübingia: Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1932, p. 262). Como se vê, a nomenclatura utilizada por diversos autores não segue uma linha homogênea, sem que isso importe no reconhecimento de que a divisão seja fundamentalmente diversa.

<sup>213</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 78.



acessórios) e os deveres de proteção, igualmente chamados de deveres de conduta.<sup>214</sup>

Com a Lei de Modernização do Direito Obrigacional<sup>215</sup>, acrescentaram-se tais deveres de proteção ao corpo do Código Civil Alemão no § 241, alínea 2, que assim vigora: “a relação obrigacional pode obrigar qualquer uma das partes, conforme o seu conteúdo, à observância dos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte”.<sup>216</sup> A ausência de disposição semelhante na legislação brasileira não é, por evidente, impeditiva do reconhecimento de que aqui, também, os contratantes devem observar mandamentos de conduta em respeito a direitos do outro partícipe contratual. Aliás, a constatação repousa exatamente na cláusula geral de boa-fé e, porque não dizer, dos mandamentos constitucionais que reverberam na proteção e regulação do direito obrigacional.<sup>217</sup>

A divisão dos deveres obrigacionais entre deveres de prestação e de proteção apresenta-se conveniente, em especial quando da análise da conformação do descumprimento contratual que se fará adiante. Não se trata, no entanto, da única divisão possível, podendo-se aqui fazer referência àquela

---

<sup>214</sup> Exemplificativamente, LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 03. A divisão entre os deveres de prestação e de proteção é dada, segundo lição e Eike SCHMIDT, através da análise do interesse em questão. Assim, afirma o autor que os deveres de prestação servem aos interesses de mutação e expectativas do credor, também chamados por isso de interesses positivos ou de cumprimento, enquanto os deveres de proteção estão ligados a interesses de conservação e preservação respectivos pela contra-parte. (SCHMIDT, Eike. *op.cit.*, p. 13).

<sup>215</sup> Tradução livre de “Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”. O conteúdo e razão desta Reforma será analisado no capítulo 2 da Parte II. A menção à lei será adiante feita unicamente por *Reforma*.

<sup>216</sup> Tradução livre de: “Das Schuldverhältniss kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teil verpflichten”. Conforme análise de Peter HUBER, a *bona fides* romana era chamada a criar deveres ou fundamentar pretensões na ausência de previsão no instrumento contratual. Na trilha desta concepção, considera o autor que a doutrina alemã trabalhou o § 242 exatamente como fonte de fundamentação de deveres não contratados ou decorrentes de lacunas na legislação. (HUBER, Peter, *op.cit.*, p. 133).

<sup>217</sup> Também assim na doutrina alemã que, mesmo antes de 2002, amplamente reconhecia a existência de tais deveres. Apenas exemplificativamente, faz-se menção à afirmação de Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ ao tratar da nova alínea do § 242 do BGB no sentido de que “faticamente essa regulamentação legal não é de forma alguma nova, já que é há muito reconhecido que toda relação jurídica (contratual ou normativa) demandam observância, ao lado dos deveres de prestação, aos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte”. Tradução livre de: “Sachlich ist diese gesetzliche Regelung aber keineswegs neu, denn es ist seit langen anerkannt, daß jedes (vertragliche und gesetzliche) Schuldverhältnis neben Leistungspflichten auch die Pflicht, enthält, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen” (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 67).

empreendia por Karl LARENZ, que os divide em deveres de prestação e outros deveres de conduta (*weitere Verhaltenspflichten*).<sup>218</sup>

Quanto aos deveres principais de prestação acredita-se que não avultam grandes dúvidas, sendo eles exatamente o núcleo da relação obrigacional, definindo o seu tipo.<sup>219</sup> Nas lições de Fernando NORONHA “são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria”, exemplificando como os deveres de transferência do objeto e pagamento do preço na caracterização de um contrato de compra e venda.<sup>220</sup>

Os deveres secundários, por sua vez, também dizem ao “o que” da prestação, no entanto não particularizam ou individualizam a obrigação.<sup>221</sup> São divididos por Judith MARTINS-COSTA em duas categorias: a) deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal, “que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal (v.g., na compra e venda o dever de conservar a coisa vendida, ou de transportá-la, ou de embalá-la)”; e b) deveres secundários com prestação autônoma, dos quais se destaca o comum dever de reparação em caso de inadimplemento.<sup>222</sup> Assim é também a classificação empreendida por João de Matos ANTUNES VARELA, para quem podem os deveres acessórios estar dirigidos à prestação principal, “destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação” ou consubstanciarem deveres relativos a prestações substitutivas ou complementares, como no caso do “dever de indemnizar os danos

---

<sup>218</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 06.

<sup>219</sup> Assim afirma MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 437. Também a lição de Karl LARENZ, para quem “aquele, o qual dá verdadeiro sentido e conteúdo à relação obrigacional e determina o caráter de seu tipo é, todavia, o dever de prestação. A partir dele está fundamentada a específica prestação do devedor (ou específica prestação de ambas as partes)”. Tradução livre de: “das, was dem Schuldverhältnis vornehmlich Inhalt und Bedeutung gibt und den Charakter seines Typus bestimmt, ist jedoch die *bestimmte Leistungspflicht*. Es ist darauf angelegt, eine bestimmte Leistung des Schuldners (oder bestimmte Leistung beider Teile) herbeizuführen”. (LARENZ, Karl, *Lehrbuch...*, p. 07).

<sup>220</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 79.

<sup>221</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 71. Segundo afirmação de Judith MARTINS-COSTA, tanto os deveres principais quanto os secundários, englobados que estão na categoria de deveres de prestação, “visam conferir ao credor determinado benefício por meio de um *direito à prestação*, ao qual corresponde o *dever de prestar*” (MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários...*, p. 35). São estes deveres também chamados de deveres acidentais de prestação por ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 77.

<sup>222</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 438.

moratórios ou o prejuízo resultante do cumprimento defeituoso da obrigação”.<sup>223</sup>

De se destacar que mesmo os deveres secundários podem, também, advir da cláusula de boa-fé, a exemplo da doutrina de Dirk LOOSCHELDERS.<sup>224</sup> No entanto, não são considerados típicos deveres de conduta ligados ao perfeito cumprimento da relação obrigacional como totalidade e, sim, deveres auxiliares do cumprimento perfeito e exclusivo da prestação principal.<sup>225</sup> Mais ainda, é possível diferenciá-los dos deveres de conduta na medida em que “podem ser previamente determinados, uma vez que se ligam à prestação principal, aqueles [deveres laterais de conduta] só podem ser identificados em cada caso concreto, após sua violação”.<sup>226</sup> Neste ponto, destaque-se que os deveres laterais nascem nas especificidades do caso concreto, não sendo aptos de enumeração exaustiva a priori.<sup>227</sup>

A ligação dos deveres laterais ao caso concreto é estreita, afirmando Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA não haver vinculação direta entre eles e a espécie de obrigação ou tipo contratual, “não sendo os deveres laterais, portanto, uma decorrência daqueles”.<sup>228</sup> A conclusão se dá exatamente do fato de que, para sua verificação e concreção, é imprescindível que se avaliem as “especificidades das partes ou o peso da confiança gerada pelas circunstâncias

<sup>223</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol I), p. 122. O autor ainda acrescenta uma terceira categoria, que seriam os deveres nas operações de liquidação das relações duradouras. Na doutrina alemã, os deveres secundários são chamados de deveres laterais de prestação (*Nebenleistungspflichten*) e constituem, junto com os deveres principais (*Hauptleistungspflichten*), os deveres de prestação (*Leistungspflichten*). Segundo lição de LORENZ e MEDICUS, possuem tais deveres laterais uma função de suporte e complementação do dever principal: “eles conduzem a preparação, a performance ordenada, assim como a segurança da prestação principal, e normalmente podem ser demandados de forma autônoma”. Tradução livre de: “Nebenleistungspflichten haben demgegenüber eine die Hauptleistung **unterstützende, ergänzende** Funktion: Sie dienen der **Vorbereitung**, der **ordnungsgemäßen Durchführung** sowie der **Sicherung einer Hauptleistung** und sind regelmäßig auch selbständig einklagbar” (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 64, grifos no original).

<sup>224</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 04. No mesmo sentido HUBER, Peter. *op.cit.*, p. 133.

<sup>225</sup> Na lição de Peter HUBER, servem eles ao preparo, execução e segurança do fim prestacional. (Idem, p. 134). Conforme afirma Carlos Alberto da MOTA PINTO, os deveres acessórios da prestação principal são não autônomos exemplificando no dever de guardar a coisa, de a embalar e promover o seu transporte (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da Posição Contratual* (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 265).

<sup>226</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, *Percurso teórico...*, p. 208. Importante anotar que “... eles nunca se confundem com prestações secundárias, próprias das obrigações complexas” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Violação...*, p. 125).

<sup>227</sup> Daí porque ressalta Judith MARTINS-COSTA seu caráter proteiforme. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 450).

<sup>228</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 103.

concretas”, sendo possível que, de dois contratos de compra e venda do mesmo bem, surjam deveres laterais bastantes diversos.<sup>229</sup>

Também se deve fazer menção ao fato de que os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, embora possam dizer respeito mediatamente ao dever de prestação (como no caso do dever de informação), são no mais das vezes independentes destes, podendo surgir antes mesmo da sua constituição. Mais ainda, e segundo afirma João de Matos ANTUNES VARELA, tais deveres podem ter, por titular ativo, pessoas estranhas à relação de onde nasce o dever de prestação.<sup>230</sup> A afirmação dialoga de forma estreita com o reconhecimento da boa-fé enquanto princípio geral de Direito, não apenas do direito contratual.

Elucidativas são igualmente as características próprias dos deveres laterais de condutas enumeradas por Claus-Wilhelm CANARIS, conforme se pode observar do seguinte excerto:

“primeiramente: deveres de proteção não dependem da existência de deveres de prestação; em segundo: deveres de proteção fundamentam-se, ao menos no momento pré-contratual, não na vontade das partes – e também não na sua interpretação ou integração de acordo com o § 157 do BGB! – mas sim na idéia de confiança; terceiro: deveres de proteção são independentes da realização do contrato e com isso – também no estágio pré-contratual – não são tocados pela nulidade deste”.<sup>231</sup>

Sublinhe-se, neste ponto, exatamente sua independência em relação aos deveres de prestação (principais ou acessórios) e, na lição de Manuel António Carneiro da FRADA, na constatação de que “por isso, sua sorte não tem de permanecer idêntica à dos deveres de prestar: o que se manifesta nomeadamente na possibilidade de sobreviverem à invalidade ou ineficácia do contrato” assim como pelo seu surgimento antes mesmo da celebração do contrato, e sua perduração para além da extinção deste.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> Idem, p. 103-104.

<sup>230</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol I), p. 127.

<sup>231</sup> Tradução livre de: “ertens: Schutzpflichten können unabhängig von der Existenz von Leistungspflichten bestehen; zweitens: Schutzpflichten finden – jedenfalls im vorvertraglichen Stadium – ihre Rechtsgrundlage nicht im Willen der Parteien – auch nicht in seiner Auslegung oder Ergänzung gemäß § 157 BGB! -, sondern im Vertrauensgedanken; drittens: Schutzpflichten sind unabhängig von Zustandekommen des Vertrages und werden daher – jedenfalls im vorvertraglichen Stadium – auch durch dessen Nichtigkeit grundsätzlich nicht berührt”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *op.cit*, p. 476).

<sup>232</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, p. 433.

Na exemplificação trazida por António Manuel MENEZES CORDEIRO, o qual considera que toda obrigação tem um conteúdo complexo, uma relação complexa de entrega e transporte compreende tanto a obrigação principal (a entrega), quanto a obrigação secundária (o transporte). Desta, distingue o autor aqueles que chama de deveres acessórios, os quais “isolam-se, pela sua especificidade estrutural, quantos redundem em deveres de conduta, a cargo do devedor”.<sup>233</sup>

Exatamente ao lado de tais deveres de prestação, principais ou acessórios, encontram-se os deveres de conduta, ou de proteção, decorrentes da boa-fé objetiva. Assim é a lição de Karl LARENZ, ao afirmar que

“ao lado dos deveres de prestação (primários ou também secundários) fundamenta a relação jurídica obrigacional, de acordo com a intensidade da espécie de ‘ligação especial’, em diferente extensão e escala, deveres de consideração recíproca, de observância aos interesses da outra parte, em suma, de conduta honesta e leal que se pode esperar dos partícipes negociais. A norma para isso constrói o valor da ‘Treu und Glauben’ [boa-fé objetiva] (§ 242), através do qual todos os envolvidos, e não apenas o devedor, devem ponderar suas condutas”.<sup>234</sup>

Conforme se observa do excerto acima, decorrem tais deveres da cláusula geral de boa-fé<sup>235</sup> e, embora não ligados diretamente à prestação propriamente dita, exercem função fundamental na relação obrigacional porquanto lhe ditam uma complexidade interna que ultrapassa a mera tutela de interesses exclusivamente patrimoniais. Nas palavras de Manuel Antonio Carneiro da FRADA, tratam-se de outros deveres que não os de prestação, adjetivando-os de essenciais ao correto processamento da relação obrigacional.<sup>236</sup>

<sup>233</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Violação...*, p. 123.

<sup>234</sup> Tradução livre de: “neben den (primären oder auch sekundären) Leistungspflichten begründet das Schuldverhältnis aber, je nach der Intensität der besonderen Art der ‚Sonderverbindung‘ in veschiedenen Maß und Umfang, Pflichten zu wechselseitiger Rücksichtnahme, zur Beachtung der berechtigten Belange des anderen, zu einem Verhalten insgesamt, wie es unter redlich und ‚loyal‘ denkenden Geschäftspartnern erwartet werden kann. Die Norm hierfür bildet das Prinzip der Wahrung von ‚Treu und Glauben‘ (§ 242), an dem jeder Beteiligte, nicht nur gerade der Schuldner, sein Verhalten messen lassen muß” (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 09).

<sup>235</sup> Com a ressalva de que hoje, no ordenamento jurídico alemão, encontram-se tais deveres também embasados no § 241, II do BGB.

<sup>236</sup> FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato...*, p. 39.

Sua função auxiliar (*Hilfsfunktion*), tal como tratada por Karl LARENZ<sup>237</sup>, no entanto, não deve importar no desprestígio de sua importância, pelo contrário. O cumprimento das obrigações conforme os mandamentos da boa-fé objetiva é requisito para seu completamento enquanto programa voltado à cooperação, residindo aí sua função auxiliar. Nesse sentido, concorda-se com a afirmação de Paulo Luiz Netto LÔBO, para quem “os deveres de conduta, hauridos de equivalentes princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento”<sup>238</sup>, ou com a menção de Carlos Alberto da MOTA PINTO, de que tais deveres “nunca dizem respeito apenas ao interesse na prestação; aliás, seriam meros deveres acessórios do dever de prestação. Têm sempre a missão de realizar um interesse autónomo, compreendido no interesse amplo que criou o laço contratual”.<sup>239</sup>

A observância de tais deveres, nítidos deveres de proteção na acepção mais ampla<sup>240</sup>, não se dá, exclusivamente, no plano patrimonial e, sim, conforme afirmam Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ, na proteção de interesses das partes envolvidas na relação obrigacional.<sup>241</sup> A inclusão de deveres não-contratados no amplo aspecto da relação obrigacional entendida como processo faz emergir de seu conteúdo a necessária tutela da confiança, em contraposição à idéia individualista que marca a modernidade jurídica. Assim é a lição que se extrai de Carlos Alberto da MOTA PINTO ao afirmar que

<sup>237</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 07

<sup>238</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 77. Teresa NEGREIROS, por sua vez, os denomina de deveres instrumentais e afirma: “são denominados deveres instrumentais por forma a enfatizar a sua serventia como meio para garantir a consecução do fim do contrato” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 150). Na visão da relação obrigacional enquanto processo, convém fixar que os deveres de conduta decorrentes do princípio geral da boa-fé avultam da compreensão da relação enquanto cooperação sendo, aliás, a esta função que exerce caráter instrumental ou acessório.

<sup>239</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão...*, p. 266.

<sup>240</sup> Segundo lição de Paulo NALIN, “a confiança guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, não só porque se louva dos deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, construídos a partir de seus desdobramentos, como representa, ainda, um dos mecanismos de interpretação dos contratos, o qual se realiza em vista do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial (...) a confiança remete o estudioso ao pensamento da superação definitiva de um contrato baseado na vontade contratual, pois a aparência faz parte do tráfego das relações jurídicas em um mundo exterior ao desejo contratual (NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p. 155 e 158). Tal confiança, no entanto, segundo lição de Judith MARTINS-COSTA deve ser qualificada enquanto legítima, afastada de puras especulações psicológicas. (MARTINS-COSTA, Judith. *Parecer...*, p. 241).

<sup>241</sup> MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 67. No mesmo sentido a lição de Claus-Wilhelm CANARIS, ao afirmar que do § 241, II, do BGB protegem-se não apenas os direitos, bens jurídicos e interesses patrimoniais, mas sim interesses de todas as espécies, inclusive a liberdade de decisão. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Reform des Rechts der Leistungstörungen*. In: *Juristische Schulung (JuS)*, 2001, p. 519).

“os deveres laterais (lealdade, cuidado com a pessoa e o património da outra parte, fidelidade ao contrato, informação, aviso, etc.) assentam numa *relação de confiança*”.<sup>242</sup>

Uma vez que solidamente assentados na cláusula geral de boa-fé, reconhece-se a aplicação dos deveres de conduta também às fases pré e pós contratual, não sendo correto proceder à sua clausura entre a conclusão e a prestação.<sup>243</sup> Neste sentido, leciona MENEZES CORDEIRO uma série de deveres a serem observados ainda no plano pré-contratual, a saber, deveres de proteção, deveres de informação/esclarecimento e deveres de lealdade<sup>244</sup>, todos decorrentes do princípio em questão e polarizados em torno da proteção à confiança.

Há amplo reconhecimento em sede jurisprudencial de tal função integrativa da boa-fé objetiva, mesmo antes da edição do Código Civil de 2002. A título exemplificativo, cita-se excerto de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, comentado por Judith MARTINS-COSTA, em que o relator, então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, expressamente consigna:

“na espécie dos autos, esses deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo ora autor (...) Além de caber ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade

<sup>242</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral...*, p. 187. Sobre a nomenclatura de tais deveres, afirma o autor que, além de deveres laterais, a doutrina “denomina, ainda, em perfeita sinonímia, deveres de comportamento ou de conduta (*verhaltenspflichten*), deveres de confiança (*Vertrauenspflichten*) ou deveres de proteção (*schutzpflichten*)”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão...*, p. 264-265).

<sup>243</sup> Assim afirma, na doutrina alemã, Peter HUBER: “Schutzpflichten bestehen nicht etwa ausschließlich zwischen Vertragsschluss und Leistung”. Tradução livre; „deveres de proteção não existem apenas delimitados entre a conclusão do contrato e a prestação” (HUBER, Peter. *op.cit.*, p. 125).

<sup>244</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 547-554. Na doutrina alemã, convém fazer referência ao novo § 311 do BGB em que há expressa consignação de que os deveres de proteção expostos no § 242, II também incidem sobre as fase pré-contratual, meros contatos negociais e, de extrema importância, também a terceiros que não fazem parte da relação obrigacional. Em suma, trata-se do amplo reconhecimento da *culpa in contrahendo*, como se percebe no seguinte excerto retirado de Dirk LOOSCHELDERS: “o proprietário de uma loja de mantimentos deve atentar para que seus clientes não tropecem em folhas de vegetais mau posicionadas. Este dever é independente da análise se o fato se dá após a compra. Ele também importa a parentes, como exemplo a crianças, que acompanham o (potencial) consumidor”. Tradução livre de: “Der Inhaber eines Lebensmittelgeschäfts muss Sorge tragen, dass seine Kunden nicht auf herumliegenden Gemüseblättern ausrutschen. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob es letztlich zum Abschluss eines Kaufvertrags kommt. Sie besteht auch gegenüber Familienangehörigen, z.B. Kindern, die den (potentiellen) Kunden begleiten” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 06).

buscada pelas partes, como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé”.<sup>245</sup>

Não há, por outro lado, sistematização homogênea de tais deveres de conduta ou de proteção, encontrando-se na doutrina as mais diversas classificações. Fato é que se reconhece sua aplicabilidade às relações obrigacionais, mesmo que não expressamente contratados: decorrem os deveres de conduta do fundamento da boa-fé objetiva e, em última instância da lei.<sup>246</sup> Nada impede, por óbvio, que sejam tais deveres ajustados no instrumento contratual, existindo, inclusive, situações em que o próprio dever principal consubstancia-se em dever ligado ao princípio em questão, como na hipótese de contrato de gestão de negócios.<sup>247</sup>

Embora qualquer classificação que se pretenda estabelecer não possa ter por pretensão a plenitude, especialmente pela consideração de que a aplicação da cláusula geral, por sua própria essência enquanto tal, só pode ser realizada *in concreto*, a invocação de grupos de casos de estudo da aplicação do princípio em matéria contratual apresenta-se saudável na medida em que se mostra para além de uma abstração teórica. Novamente se diga, no entanto, que tal divisão não pode ser considerada a única possível, vez que o correto preenchimento da cláusula da boa-fé está sujeita às vicissitudes das situações

---

<sup>245</sup> Apelação Cível n. 598073956, 5ª Câmara Cível, Porto Alegre, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgamento em 19 de dezembro de 1989, citado por MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio da boa-fé*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris) n. 50, ano XVII, 1990, p. 208 e sg. Trata-se de apelação cível em ação de indenização, em que o autor adquiriu estabelecimento comercial e, não tendo ainda inscrição de seu CNPJ, criou a expectativa de continuar recebendo as mercadorias previamente encomendadas pela vendedora a qual, no entanto, subitamente cancelou os pedidos causando danos à continuidade do negócio. Além do argumento da função integrativa da boa-fé, utilizou o relator também considerações do uso e costume do tráfego, especialmente pela prova testemunhal produzida que comprovou ser o uso do CNPJ do vendedor, prática comum na venda de estabelecimento comercial.

<sup>246</sup> Convém, aqui, fazer referência ao escrito de Heinrich STOLL que, ao tratar dos deveres laterais (classificados por ele entre deveres de preparação e cuidado; conservação; informação e indicação; cooperação e deveres especiais de lealdade), afirma: “todos estes deveres podem ser acordados, mas comumente encontram-se tais deveres laterais dependentes não incluídos na lei nem acordados; resultam eles do § 242 do BGB”. Tradução livre de: “Alle diese Pflichten können besonders vereinbar sein, regelmäßig aber find sie unselbständige Nebenpflichten, die weder gesetzliche ausdrücklich vorgesehen, noch vereinbar sind; sie ergeben sich aus § 242 BGB”. (STOLL, Heinrich. *op.cit.* p. 264).

<sup>247</sup> Conforme afirma Clóvis do COUTO E SILVA, “há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa fé. A hipótese mais comum é a da gestão de negócios” (COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...* (1976), p. 37).



da vida que se põem ao Direito.<sup>248</sup> Na afirmação de Dirk LOOSCHELDERS, “as relações obrigacionais normalmente caminham juntas dos deveres de proteção, sua intensidade e conteúdo é que são dependentes do caso singular”.<sup>249</sup>

Embora se classifiquem os deveres contratuais em diferentes grupos, de acordo com o comportamento que impõem, há de se notar que, muitas vezes, eles se apresentam como possuidores de uma dupla natureza, não se enquadrando tal e qual em apenas uma moldura construída.

Judith MARTINS-COSTA opera uma ampla divisão entre aqueles deveres instrumentais positivos e “os que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados de *deveres de proteção*”.<sup>250</sup> A distinção é igualmente traçada por Manuel Antonio Carneiro da FRADA, conforme se observa do seguinte fragmento:

“dentro do mosaico dos deveres laterais de conduta podem distinguir-se aqueles que visam possibilitar o interesse prosseguido pelo credor com a prestação (o *fin secundário* ou *mediato* da prestação) e que a boa fé é susceptível de determinar. E podem individualizar-se também aqueles que têm em vista defender as partes de todas aquelas intromissões danosas na sua esfera de vida (pessoa e patrimônio) que o contacto recíproco durante todo o ciclo vital da relação obrigacional propicia. Os primeiros prosseguem um interesse conexo com a prestação e têm, assim, uma finalidade *positiva*. Os segundos, ao invés, pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e patrimônio que nascem da (e por causa da) relação particular estabelecida: a sua finalidade é *negativa*”.<sup>251</sup>

Haveria de se distinguir, portanto, e em um primeiro momento, dentre aqueles deveres laterais de proteção, nitidamente negativos, e deveres instrumentais que dizem respeito, apenas mediatamente, ao interesse prestacional. A categoria dos chamados deveres de proteção (*Schutzpflichten*) foi pioneiramente sistematizada por Heinrich STOLL, sendo que, “a partir dele – pode-se afirmar- a doutrina alemã passa a contar com uma fundamentação

<sup>248</sup> Nesse sentido a afirmação de Manuel Antonio Carneiro da FRADA: “Os deveres laterais que se referem são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas” (FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato...*, p. 40).

<sup>249</sup> Tradução livre de: “Schuldverhältnisse gehen regelmäßig mit Schutzpflichten einher, einzelfallabhängig sind nur deren Inhalt und Intensität” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 06).

<sup>250</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 38.

<sup>251</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato...* p. 40 e 41.

própria para os deveres laterais”.<sup>252</sup> Sua função negativa reside exatamente na espécie de interesse que protegemos: há de se fazer algo para que determinado resultado (lesivo) não seja atingido.<sup>253</sup>

Reconhece-se, no entanto, que, mesmo que não diretamente vinculados à prestação (ao dever de prestação), existem deveres que a auxiliam, embora não se consubstanciem típicos deveres de prestar ou mesmo deveres secundários, sendo, antes, efetivos deveres laterais ligados ao dever de conduta emanado da boa-fé objetiva. Na nomenclatura e, mais profundamente, na distinção feita por STOLL, seriam deveres de proteção exclusivamente os não vinculados diretamente à prestação.<sup>254</sup> Aqueles que chama de deveres laterais (*Nebenpflichten*) seriam deveres de prestação.<sup>255</sup>

Na concepção aqui adotada, tais deveres que dizem mediatamente respeito à prestação, como o dever de informar, por exemplo, também estão abrangidos na categoria dos deveres laterais. É esta a lição que se extrai de João de Matos ANUTES VARELA, ao considerar inadequada a distinção idealizada por STOLL e, ainda, de afirmação de Karl LARENZ, que expressamente consigna que “acerta esta expressão apenas uma parte dos direitos aqui referidos”.<sup>256</sup> Portanto, é dentro do amplo universo abrangido por ambas as categorias, positiva e negativa, que se traçará sua classificação.

Assim, procede António Manuel MENEZES CORDEIRO à divisão tripartida das potencialidades dos deveres laterais, a saber, entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. Partindo da divisão apresentada pelo autor português, Fernando NORONHA acrescenta, ainda, uma quarta categoria, consistente no que chama de deveres de assistência.<sup>257</sup>

Há quem, como Judith MARTINS-COSTA, apresente divisão muito mais prolífera, exemplificando entre deveres de cuidado, aviso e esclarecimento, informação, colaboração e cooperação, dever de prestar contas, de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte e

---

<sup>252</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 78.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>254</sup> Assim a leitura que faz FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, *op.cit.*, p. 80.

<sup>255</sup> Remete-se o leitor à nota de rodapé n.º 212.

<sup>256</sup> Tradução livre de: “Doch trifft dieser Ausdruck nur einen Teil der hier gemeinten Pflichten”. (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 11).

<sup>257</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p.84.

deveres de omissão e segredo.<sup>258</sup> Diante das inúmeras possibilidades que avultam da complexidade do tema, há de se reconhecer, juntamente com Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, que “a distinção é discricionária, vinculando-se muito mais ao esforço de percepção de elementos internos destoantes do que a uma imperiosa necessidade prática de classificação”.<sup>259</sup>

Então que se revise, novamente, os fundamentos que guiam a divisão que ora se adota. Em um primeiro momento, tratam-se os deveres laterais de conduta de deveres não ligados *imediatamente* à prestação principal mas que, obviamente, com o complexo obrigacional têm intensa conexão; sua fonte principal é o princípio geral da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), podendo ser também contratados pelas partes, sem que a ausência de contratação importe na sua inaplicabilidade; de outro lado, exatamente por não ser a boa-fé matéria dispositiva e, sim, efetiva norma de ordem pública<sup>260</sup>, os deveres laterais de boa-fé não podem ser objeto de exclusão pela autonomia privada; fazem parte da complexidade intra-obrigacional, podendo-se inclusive afirmar que formam o seu núcleo enquanto verdadeiro complexo que não se confunde com a soma de elementos constitutivos e, por fim, sua existência e observância não está restrita à conclusão e execução do contrato, havendo igualmente, de se falar em incidência pré e pós contratual. Na síntese de Carlos Alberto da MOTA PINTO, estariam tais deveres ligados à constatação de que “existe um interesse mais amplo, o interesse de cada contratante na consecução do fim contratual”.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 439. Em texto outro apresenta a autora a seguinte divisão exemplificativa: deveres de lealdade, cuidado, previdência e segurança, aviso e esclarecimento, informação, consideração com os legítimos interesse do parceiro contratual, proteção ou tutela com a pessoa e patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual, evitar ou diminuir riscos, abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual e omissão e segredo. (MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários...*, p. 39). Trata-se, em realidade, de classificação citada por ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 78.

<sup>259</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 107.

<sup>260</sup> Reconhece-se, aqui, que a cláusula geral de boa-fé tem caráter de norma de ordem pública. Antonio Junqueira de AZEVEDO critica a disposição do art. 422 do Código Civil brasileiro exatamente por não deixar claro seu caráter de norma cogente e deixar de mencionar se as partes podem adotar outros *standarts*, sendo que o princípio teria diferente incidência em diferentes ambientes (AZEVEDO, Antonio Junqueira. *op.cit.*, p. 12). A crítica de AZEVEDO parece ser respondida com a constatação de que a boa-fé é norma de caráter cogente, não podendo ser excluída pela vontade das partes. Nesse sentido é a lição de Teresa NEGREIROS: “a cogência da norma que impõe aos contratantes atuarem com boa-fé parece-nos, contudo, dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão”. (NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 139).

<sup>261</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão...*, p. 242.

Fixados os pressupostos, trabalhar-se-á, em tópicos separados, três grandes categorias de deveres laterais: deveres de informação e esclarecimento, deveres de cuidado e proteção, deveres de lealdade e cooperação.<sup>262</sup> A classificação empreendida é também aplicável aos chamados deveres pré-contratuais, em que pese haver doutrina que os divide em apenas dois grupos, deveres de probidade em sentido amplo e deveres de informação.<sup>263</sup>

### 3.1 Deveres de informação e esclarecimento

Segundo lição de António Manuel MENEZES CORDEIRO, os deveres de esclarecimento “obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir”.<sup>264</sup> Cita o autor um profícuo campo de desenvolvimento nas relações travadas entre médicos e pacientes, cabendo àqueles informar de forma substancial os riscos e efeitos típicos de determinada terapia.<sup>265</sup>

Poder-se-ia dizer, em um nível mais amplo, que os deveres de informação são de importância acentuada nos contratos de prestação de serviços de caráter personalíssimo, como a contratação de um advogado,

---

<sup>262</sup> A divisão procedida parte de António Manuel MENEZES CORDEIRO e Fernando NORONHA.

<sup>263</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto...* p. 29. A autora irá enquadrar os deveres de cuidado e assistência e de lealdade na categoria dos deveres de probidade.

<sup>264</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 605.

<sup>265</sup> Idem, p. 606. O autor faz menção a caso julgado pelo *Reichgericht* alemão em 1940. Trata-se de uma paciente que, com dores no seio direito, procura um médico. Este lhe indica um período de observação e, ao retornar, indica-lhe intervenção cirúrgica para remoção do caroço, com a qual concorda a paciente. Ocorre que o médico retira-lhe todo o seio direito, fato este descoberto pela paciente somente após a retirada da bandagem. Ainda, a biópsia posterior do material mostrou tratar-se de tumor benigno. A ação de reparação, proposta pela paciente, repousa no fato de que a mastectomia foi realizada sem sua autorização e contra o seu desejo, sendo que, da possibilidade de retirada total da mama, poderia e deveria ela saber antes da realização da cirurgia. Assevera-se, no corpo da decisão, que tal informação era possível de ser prestada pelo médico, no caso concreto. Segundo fundamentação do tribunal, o médico deve sempre informar previamente os pacientes dos riscos antes da utilização dos meios postos ao seu dispor. (Idem, p. 605 e extrato da decisão constante de *Entscheidung des Reichgerichts in Zivilsachen*, 163, p. 129-139).

visando oferecer às partes “a exata dimensão das condicionantes específicas da relação, podendo com isso melhor projetar seus próprios futuros”.<sup>266</sup>

Encontram tais deveres também grande aplicação no campo do direito do consumidor, seja por vista de expressa determinação legal no Código de Defesa do Consumidor, seja pela incidência da boa-fé objetiva.<sup>267</sup> Neste campo de aplicação, Fernando NORONHA faz menção ao dever do fornecedor de eletrodomésticos de informar sobre a voltagem do aparelho, sob pena de ser obrigado à reparação do dano causado caso o consumidor o ligue em corrente diversa.<sup>268</sup>

Descumpre o dever de informação aquele que presta serviço sem alertar o consumidor acerca do correto manuseio do bem. Em se tratando de relação de consumo, o dever de informação decorre do próprio Código de Defesa do Consumidor, que, em seu art. 6º, III determina ser direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. No mesmo diploma legal, em seus art. 12 e art. 14, há expressa atribuição de responsabilidade objetiva em caso de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos dos produtos e serviços.

Enquanto dever de declaração de conhecimento, nas palavras de Clóvis do COUTO E SILVA, surgem a partir do conhecimento da situação que deve ser indicada, no exato sentido de que ninguém pode ser obrigado a esclarecer aquilo de que não tem conhecimento preciso.<sup>269</sup> Daí não se pode concluir, no entanto, que a falta de indicação seria exculpável sempre que aquele que deveria informar desconhecesse a circunstância, especialmente quando se reconhece que, no âmbito do direito do consumidor, e conforme afirmado acima, o não conhecimento de circunstâncias em relação ao produto ou serviço prestado é infração de dever. Pode-se dizer que, sob a égide do

---

<sup>266</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 115.

<sup>267</sup> A conclusão é de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 439.

<sup>268</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p.85.

<sup>269</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...* (2007), p. 94.

Código de Defesa do Consumidor, há em realidade um “dever de conhecimento”<sup>270</sup> e, conseqüentemente, um dever de informação.

A aplicação destes deveres, por óbvio, não se circunscreve ao âmbito consumeirista, já que decorrentes da cláusula de boa-fé, independentemente da indicação legal expressa. Na mesma linha argumentativa, sua aplicação no âmbito do direito do consumo não está apenas embasada na expressa determinação legal, mas, antes, na cláusula da boa-fé. Também é este o entendimento jurisprudencial, senão veja-se:

“(...) ainda que o diploma consumeirista não fosse aplicável ao caso em comento, o Código Civil Brasileiro, disciplinando os contratos em geral, estabelece que as relações jurídicas devem ser informadas pelo princípio da boa-fé, que se traduz na conduta leal e correta das partes envolvidas na relação.”<sup>271</sup>

Para compreender a extensão da decisão, diga-se que se trata de Ação de Rescisão de Contrato de Compra e Venda por Justa Causa em que a Apelante alega ter comprado um automóvel de loja especializada, sem conhecer o fato de que referido veículo estava cadastrado nas seguradoras como sinistrado por perda total. Desta monta, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que

“É claro que a omissão do alienante [acerca da situação do veículo] configura quebra da boa fé objetiva, princípio que deve nortear todas as relações obrigacionais, sendo certo afirmar que **a transparência das informações corresponde a um dever contratual**, devendo o alienante prestar esclarecimentos, dar garantias e assistência de acordo com a lealdade” (grifou-se).

Tendo em vista o que se pode chamar de *autonomização* do dever de informação e esclarecimento no campo afeto ao Direito do Consumo, diga-se juntamente, com Paulo Luiz Netto LÔBO, que de origem histórica no princípio

<sup>270</sup> A expressão é de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA que afirma, ainda: “atualmente, os deveres de informação são, muitas vezes, normatizados de sorte a se objetivarem, independentizando-se da necessidade de existência de prévio conhecimento daquilo que deve ser informado” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 115).

<sup>271</sup> Tribunal de Justiça do Paraná. Ap. Civ. 171.485-0. Relator Des. Clayton Camargo. Julgamento em 11 de agosto de 2005. Veja-se que ao tratar de referido dever, Judith MARTINS-COSTA alerta que “a inovação legislativa facilitou, por certo, a tarefa dos tribunais. Contudo, mesmo antes da vigência do CDC, a jurisprudência mais esclarecida havia, exclusivamente com base na aplicação da boa-fé, logrado alcançar soluções que não discrepam da posteriormente alcançada com a nova lei” (MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé...*, p. 450).

da boa-fé, o direito à informação acabou por adquirir autonomia própria, “ante a tendência crescente do Estado social de proteção ou tutela jurídica dos figurantes vulneráveis das relações jurídicas obrigacionais”.<sup>272</sup> Daí porque se possa, e se deva, traçar uma diferenciação dentro da classificação.

Na trilha das lições de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, os deveres ora tratados apresentam duas manifestações: a) enquanto objetivados (ou estandarizados, na palavra original utilizada pelo autor) e dizendo respeito a qualidades típicas e genéricas dos produtos, tais como prazo de validade, modo de utilização e contra-indicações, sua não observância consistiria defeito do produto; e b) quando, pela análise do caso concreto, o conjunto de informações tiver ligação com a correta fruição do bem ou melhor adimplemento, estar-se-ia diante de típico caso de dever lateral de conduta.<sup>273</sup>

Não se trata de reconhecer que os deveres de informação não tenham importância acentuada nas relações travadas sob a égide do CDC, mas apenas que, em tais circunstâncias, confundem-se eles com os deveres principais, fazendo parte indissociável da relação de consumo. É certo que repousam igualmente na cláusula da boa-fé, mas, à sua inobservância, traçou a legislação consequência jurídica própria que não pode ser ignorada.

Pode-se dizer ainda, e de forma muito ampla, que a estandarização do dever de informação na disciplina do direito do consumidor “radica precisamente na desigualdade evidente que tem frente ao provedor dos conhecimentos sobre os produtos e serviços”.<sup>274</sup> Para além do plano do direito do consumo, no entanto, sua aplicação prescinde da consideração abstrata de desigualdade entre as partes, em que pese a aplicação ter estreita ligação com o caso concreto.

---

<sup>272</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 96.

<sup>273</sup> Assim em FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 118.

<sup>274</sup> Tradução livre de: “radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor de los conocimientos sobre los productos y servicios”. (CABANA, Roberto m. Lopez. *Información al usuario*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). Edição Especial março 1988, volume I. Porto Alegre, p. 256). Sobre o dever de informação na relação de consumo, convém fazer menção à lição de Paulo NALIN: “seu maior impacto na relação contratual está na necessidade de que uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao contratante vulnerável, pois somente a partir dela é que também pode ser emitida uma vontade qualificada. (...) destaca-se que a informação contratual transparente precisa ser reconhecida como princípio não restrito às relações de consumo, não obstante ser originária da massificação dos negócios contratuais, até porque, antes disso, o exercício da liberdade contratual, sem prejuízo de outros efeitos, manifestava-se pela definição bilateral do conteúdo do negócio” (NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p. 148).

Incluído no segundo grupo de casos está, por exemplo, o dever do locatário de comunicar o locador, tão logo seja possível, a existência de cupinzeiros que possam vir a causar danos no imóvel.<sup>275</sup> Por parte do locador, destaca Teresa NEGREIROS o dever que possui de “dar ao futuro locatário informação correta e precisa acerca de circunstâncias específicas e relevantes que possam influir na decisão de contratar ou não”.<sup>276</sup> A ilustração é bastante elucidativa, uma vez que os deveres indicados não são classificáveis dentro da esfera dos deveres de prestação que, em um contrato de locação, seriam simplificativamente, o pagamento do aluguel e a cessão da coisa locada em uso. Ainda que não contratados, mas nada impedindo que o sejam, devem tais deveres ser observados por ambas as partes, visto que sua não-observância importaria na quebra do substrato de cooperação que dita a relação obrigacional travada.

A partir da incidência de tais deveres, afirma Clóvis do COUTO E SILVA que tem o partícipe contratual o dever de tornar clara ao outro “certa circunstância de que o *alter* tem conhecimento imperfeito, errôneo, ou ainda ignora totalmente”.<sup>277</sup> Aí reside, aliás, fundamento suficiente para que se afirme a importância de tais deveres na fase pré-contratual, especialmente pela prestação de informações importantes à decisão que envolver a conclusão do contrato.

Retirando um exemplo do cotidiano mais singelo, e pelo qual o leitor certamente já se viu envolvido, Flávio TARTUCE trata do “caso dos amendoins” ou do “caso dos morangos”.<sup>278</sup> Deste último avulta grande didática: o vendedor de morangos expõe os melhores produtos na primeira camada da caixa e, com isso, ganha a atenção do comprador. Ao chegar em casa, no entanto, descobre que os morangos bons são apenas aqueles visíveis, embaixo deles há morangos podres. Soubesse o comprador de tal fato, certamente teria refletido melhor sobre a conclusão, ou não, do contrato de compra e venda.

---

<sup>275</sup> O exemplo é fornecido por NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 151.

<sup>276</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>277</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...* (2007), p. 94.

<sup>278</sup> TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório (“*venire contra factum proprium non potest*”). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8925>>. Acesso em: 24/11/2008.



É certo que o exemplo, simples por essência, também dialoga com o conceito de má-fé. Em realidade não se deve exigir do vendedor que informe que, por trás dos escolhidos morangos vistosos, há morangos de qualidade duvidosa. A exigência, aqui, recai antes sobre o fato da venda de morangos ruins: o vendedor deve abster-se de montar as caixas de produtos ocultando os produtos de pior qualidade.

Por outro lado, da ilustração salta aos olhos a existência de um algo a mais no contrato de compra e venda firmado, ou nas negociações que a ele antecederam, do que a simples entrega do objeto e pagamento do preço correspondente. Neste ponto fixa-se a análise.

Transpondo-a para exemplo outro, ter-se-ia de reconhecer a importância ímpar do dever de informação na fase pré-contratual. Trata-se de controvérsia atendida pelo Escritório Modelo de Assistência Judiciária da Universidade Federal do Paraná em fins de 2006 em que, perfunctoriamente narrando, um casal carente de Curitiba visava a desconstituição de negócio jurídico de cessão de direitos possessórios. Afirmaram, eles, que o contrato foi firmado com um comerciante do litoral do Estado do Paraná, sendo por este cedido um terreno naquela localidade e, pelo casal, a posse de terreno na capital devidamente registrado na Cohaab.

Ao tentarem estabelecer sua residência no terreno cedido, descobriram que se tratava de terreno de marinha, sob o qual pende retomada pelo Poder Público e, em decorrência, não conseguiram estabelecer ligações de água ou de luz tendo em vista a irregularidade da posse. Em nenhum momento da contratação lhes foi efetivamente informada a circunstância peculiar que envolve o terreno cedido, pelo contrário, apresentou-se o cedente como possuidor de fato e de direito.

Da crua análise da situação narrada, parece haver aí larga exigência do dever de informação, apto a fazer nascer para a contraparte um livre exercício de decisão, a qual deve, por certo, ser adjetivada como decisão informada. Em outras palavras, têm os partícipes contratuais o direito de serem informados sobre circunstâncias que incidam, diretamente, sobre a avaliação da conveniência, ou não, da posterior conclusão do negócio. A decorrência da quebra deste deveres, diga-se por ora, enquadra-se enquanto descumprimento contratual e se trata do núcleo desta pesquisa, a ser adiante investigado.

Na casuística, mostra-se importante que se destaque que o conteúdo dos deveres de informação varia, fundamentalmente, da situação concreta posta à análise. Assim, por exemplo, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO que tais deveres têm “especial intensidade quando uma das partes se apresenta como mais fraca”.<sup>279</sup>

Tomando-se o exemplo acima dado, poder-se-ia sustentar que o dever de informação sobre característica própria do imóvel não seria de tanta fundamentabilidade caso a cessão tivesse sido processada entre uma instituição financeira, por exemplo. Seria, inclusive, um contra-senso exigir que grandes negociações entre conglomerados do mercado fossem, de forma necessária, munidas de informações sobre o risco que representam: tais fazem parte de sua essência e são de conhecimento daqueles que operam no mercado financeiro, exemplificativamente.

O dever de informação recai, assim, sobre aquilo que deva ser informado no caso concreto, aquilo cuja alegação de desconhecimento produza efeitos amplos e seja não justificável. Para a análise, influi sobremaneira o pano de fundo da experiência e da escolaridade dos envolvidos, somente para citar exemplos. Em outras palavras, para fiel cumprimento deste dever lateral decorrente da boa-fé objetiva, pode-se dizer que não basta informar e, sim, fazer-se compreender. Daí porque a mera aposição de certas informações em contrato escrito possa ser desconsiderada caso se comprove, na casuística, que tal não é suficiente para bem informar o partícipe contratual de alguma vicissitude.

Assim, faz-se menção ao caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e narrado por Judith MARTINS-COSTA, em que se discute a validade de cláusula em contrato de seguro que estipulava sua vigência a partir da zero hora do trigésimo dia seguinte ao pagamento, aposta em letras minúsculas e no verso da apólice.<sup>280</sup> Os segurados vieram a falecer antes de completado este prazo e a seguradora recusou-se ao pagamento das apólices, razão, pela qual, seus sucessores buscaram o recebimento do benefício pela via judicial.

---

<sup>279</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 81.

<sup>280</sup> Segundo MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 450-453.

Segundo consta da ementa do acórdão há “evidência de não terem sido os adquirentes esclarecidos quanto a cláusulas restritivas da cobertura, por faltar aos vendedores não apenas capacitação, mas até interesse na prestação de tais esclarecimentos” sendo reconhecida a “ineficácia de tais cláusulas quanto ao segurado e seus beneficiários, a bem da proteção da boa-fé do contratante induzido a supor o contrário do que no instrumento constava impresso em letras minúsculas”.<sup>281</sup>

Comentando a decisão, Judith MARTINS-COSTA reafirma a necessidade de mensurar a intensidade do dever de informação face às peculiaridades do concreto, ou seja, da ética da situação. Assim que, sendo referido contrato de adesão

“(…) a informalidade que o cercou, o fato de ser o seguro ‘vendido na rua, como se vendem laranjas’, a circunstância, não mencionada, mas implícita, das frágeis condições sóciointelectuais dos adquirentes, pessoas comuns do povo -, dados esses que, acaso diversos, poderiam ter conduzido a uma outra solução para a lide”.<sup>282</sup>

O campo dos contratos de seguro é profícuo para a análise e importância do dever de informar. Neste sentido, afirma Thomas WILHELMSSON que “o seguro é um serviço complicado e obscuro. É óbvio que o consumidor usualmente tem séria necessidade de informação quando obtém este tipo de serviço”.<sup>283</sup> Continua o autor a constatar que, exatamente nesta espécie de contratação, em vários países tornou-se a necessidade de informação parte integrante da legislação. A medida da informação, no entanto “é altamente dependente de quem a recebe”.<sup>284</sup>

<sup>281</sup> Trechos do Acórdão foram retirados de MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé...*, p. 450.

<sup>282</sup> Idem, p. 453.

<sup>283</sup> Tradução livre de: “an insurance is a complicated and obscure service. It is obvious that a consumer usually has a serious need of information when obtaining such a service” (WILHELMSSON, Thomas. *Information duties as a means of protecting insurance consumers*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). Edição Especial março 1988, volume I. Porto Alegre, p. 71).

<sup>284</sup> Tradução livre de: “is most dependent on who receives it” (Idem, p. 79). Em seu texto, Thomas WILHELMSSON apresenta a regulamentação dos deveres de informação na experiência dos países nórdicos, especialmente da Noruega. Afirma o autor que embora constante da legislação o geral dever de informação, este nem sempre afeta o consumidor, que normalmente não tem condições de entendimento da informação repassada. Afirma ele com surpresa que nas recentes normas reguladoras na Noruega e Finlândia há tendência em se aceitar enquanto informação suficiente aquela escrita em contratos pré-formulados (ao menos quando não digam respeito a seguros de vida), muito embora se reconheça que a informação escrita é de difícil entendimento para larga parte dos consumidores.

No mais, e conclusivamente em relação a este grupo de deveres, importa reconhecer que não incidem de forma exclusiva sobre o contratante mais forte, ou sobre o credor, como se observa na maioria dos exemplos trazidos. Nesse sentido, cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de cuja ementa se extrai que:

“Ainda que não tenha sido comprovada a responsabilidade direta do apelante pela alteração do medidor, a fraude acabou por beneficiá-lo. Não se afigura plausível que o apelante não tenha percebido a drástica queda no valor das faturas, por um longo lapso temporal, mantendo-se o mesmo padrão de utilização da energia elétrica. **De fato, tudo leva a crer que o apelante optou por permanecer silente, deixando de comunicar à apelada a irregularidade na medição do consumo. Tal comportamento não se compatibiliza com a nova sistemática do direito obrigacional, positivada pelo art. 422 do Novo Código Civil.** A boa fé objetiva, consagrada neste dispositivo, impõe às partes de uma relação obrigacional o dever de lealdade, o dever de informação, enfim, os denominados deveres laterais, inerentes a qualquer relação contratual, ainda que não expressos no instrumento do contrato.”<sup>285</sup>

Enfim, a consideração da relação obrigacional enquanto ordem de cooperação voltada ao adimplemento impõe, também, ao usuário do serviço de energia elétrica, por exemplo, informar a prestadora do serviço acerca qualquer irregularidade na medição do consumo. Não o fazendo, quebra o dever de informação e, evidentemente, a boa-fé objetiva.

### 3.2 Deveres de cuidado e proteção

Um segundo grupo de deveres laterais pode ser identificado naqueles que dizem respeito ao cuidado e proteção à pessoa, bens jurídicos e interesses do *alter*. Nas palavras de Fernando NORONHA, repousam na constatação de que “cada parte numa relação obrigacional deve cuidar para que a outra não

---

<sup>285</sup> TJPR, Ap. Cív. 372956-2, Relator Desembargador Cunha Ribas, julgamento em 22 de novembro de 2006. (grifou-se). Exemplo semelhante é narrado por António Manuel MENEZES CORDEIRO: “(...) uma pessoa apresentou-se ao balcão de um banco, por conta de outra entidade, par receber uma quantia sacada por cheque; no acto do pagamento, por lapso do caixa, foi-lhe entregue uma importância o; apercebendo-se do sucedido, o recebedor nada disse. O OLG em causa entendeu que, por força do dever contratual acessório de esclarecimento, devia ter sido dada conta do erro ocorrido” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 606).

sofra lesões, nem em sua pessoa nem em seu patrimônio”.<sup>286</sup> Em suma, estão polarizados à salvaguarda da integridade pessoal e patrimonial do partícipe.<sup>287</sup>

Tais como os deveres de informação, os aqui tratados encontram amplo campo de aplicação na fase pré-contratual, sendo que “foi em um desses casos, aliás, que os deveres de proteção encontraram autonomia jurisprudencial, como no caso dos rolos de linóleo”.<sup>288</sup> Na síntese de António Manuel MENEZES CORDEIRO, corresponde aos deveres de proteção a consideração de que, as partes, “enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito deste fenómeno, sejam infringidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios”.<sup>289</sup>

Sua observância, portanto, não visa proteger apenas aos direitos patrimoniais dos partícipes mas, igualmente, sua integridade. A lição de que “os interessados devem providenciar para que, nas negociações, ninguém sofra danos, seja na saúde ou na integridade física, seja no patrimônio”<sup>290</sup>, é amplamente aplicável à fase contratual quando se reconhece, por exemplo, que o prestador de serviços de pintura deva evitar danificar o mobiliário existente na residência onde executa o serviço.

Nesse sentido, convém diferenciar o gênero ‘dever de proteção’ da espécie, utilizada como paradigma dos deveres laterais não ligados à prestação principal na doutrina alemã.<sup>291</sup> Se, em última instância, todos os aqui chamados deveres laterais de conduta têm por condão, e fundamento, a proteção da dignidade da pessoa humana, os chamados deveres de proteção em sentido estrito protegem-na de danos diretos, tal como prejuízos materiais ou pessoais.

Ao contratar um jardineiro *v.g.*, pretende-se, por óbvio, que este execute o serviço de jardinagem da melhor forma possível, cuidando das plantas e limpando o gramado. Há quebra do dever de proteção quando este jardineiro, a par da perfeita execução do serviço ao qual foi contratado, por negligência esquece de desligar o maquinário que, em contato com a água da chuva,

---

<sup>286</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p.84.

<sup>287</sup> Tal como é a lição de FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Contrato...*, p. 442.

<sup>288</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 109. O caso dos rolos de linóleo foi narrado na p. 37.

<sup>289</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 604.

<sup>290</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto...*, p. 36.

<sup>291</sup> Conforme visto acima e com base em MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan.*op.cit.*, p. 67.

acaba por provocar descarga elétrica e causar incêndio ou machucar crianças que brincam no jardim. O dano advindo difere-se, de forma substancial, daquele que se teria verificado na hipótese de não comparecimento do jardineiro para a prestação do serviço. Sublinhe-se, aí, um dos fundamentos da hipótese de descumprimento contratual a qual se dedica este estudo.

Ainda tendo em conta tal exemplo, violaria o dever de proteção o dono do imóvel que não alertasse o jardineiro acerca de problemas na instalação elétrica a qual, utilizada pelo prestador de serviço, acaba por queimar seu cortador de grama. Saliente-se, portanto, que apesar de toda relação obrigacional como ordem de cooperação envolver, igualmente, uma relação de proteção, os deveres dos quais agora se trata são individualizados dentro desta moldura.

Na visão de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, tratam-se dos deveres que maior independência possuem em relação aos deveres de prestação<sup>292</sup>, conforme se pode perceber dos exemplos acima traçados. Pelo mesmo motivo, afirma o autor que sua inclusão na categoria dos deveres contratuais é amplamente contestada. Nesse sentido, apesar de não negar o enquadramento enquanto dever contratual, Fernando NORONHA afirma não possuírem os deveres de proteção tanta importância como o têm no ordenamento que lhes deu origem, a Alemanha, exatamente porque se adota no Brasil a cláusula geral de responsabilidade civil (art. 186 e 927 do Código Civil brasileiro), não sendo necessário que se invoquem deveres contratuais específicos para a tutela indenizatória.

Em que pese a responsabilidade civil no direito brasileiro ser, efetivamente, regulada por meio de uma cláusula geral que não diferencia entre as hipóteses contratual e extracontratual, no plano do descumprimento obrigacional a distinção assume caráter fundamental. Somente a título introdutório, alerte-se, com Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, que “o problema básico, portanto, é a aplicação dos demais efeitos do inadimplemento, afora o dever de indenizar”.<sup>293</sup> Assim, acaso ligados, de alguma forma, à relação obrigacional, a violação dos deveres de proteção deve ser considerada

---

<sup>292</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 110.

<sup>293</sup> *Idem*, p. 27.

violação positiva do contrato, e não simplesmente fundamento da responsabilidade civil aquiliana.

No mais, justamente a partir de tais considerações, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO que o “tema faz aflorar a função prestante da distinção entre responsabilidade contratual (ou negocial) e extracontratual (ou extranegocial) em muitas situações do tráfico jurídico atual”, análise que deve ser tomada a partir do caso concreto.<sup>294</sup> A própria consideração da natureza obrigacional da infração aos deveres de proteção na fase pré-contratual pode ser sustentada.<sup>295</sup>

A par desta discussão, no entanto, convém frisar que a existência de tais deveres de proteção é indiscutível, sendo ampla a gama de decisões jurisprudenciais que os levam em consideração. Segundo lição de António Manuel MENEZES CORDEIRO, tais deveres de proteção são amplamente consagrados no julgamento de situações em que uma parte faculta à outra o uso de certos locais, como titulares de cafés, estalagens ou recintos esportivos.<sup>296</sup> Tal se dá no exemplo citado por Manuel António Carneiro da FRADA, extraído de decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em que um antigo atleta olímpico feriu-se gravemente no estádio onde treinava, “considerou-se que a boa fé na execução do contrato impunha que a entidade exploradora deste ginásio procedesse à correta fixação de certo aparelho de exercícios ao solo e, em todo caso, alertasse para que só devia ser utilizado para a prática dos exercícios desenhados no autocolante explicativo”.<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 84.

<sup>295</sup> Embora não seja o escopo do presente estudo, pode-se fazer perfunctória alusão à discussão existente na doutrina acerca do enquadramento da quebra destes deveres enquanto descumprimento contratual. Conforme análise de Eva Sónia Moreira da SILVA, “a situação fáctica subjacente à *c.i.c* pode assumir uma variedade tal que não se coadune com um único enquadramento jurídico. Cremos que é de defender uma solução mais flexível e está só poderemos encontrar numa terceira via de responsabilidade” (SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Reimpressão da edição de setembro de 2003, Coimbra: Almedina, 2006, p. 64). Também neste sentido a doutrina de Manuel A. Carneiro da FRADA ao afirmar, acerca da *culpa in contrahendo*, sua não compatibilidade com o regime delitual e obrigacional. À conclusão chega o autor pelo fato de que os deveres de comportamento exigidos na fase das tratativas não se consubstanciam obrigações em sentido estrito por não serem deveres de prestar. (FRADA, Manuel António Carneiro da. *Uma ‘terceira via’ no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 95).

<sup>296</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 604 (nota de rodapé n. 271).

<sup>297</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da Confiança...*, p. 442 (nota de rodapé n. 457).

No Brasil, exemplificativamente, sobre a necessidade de observância do dever de proteção em relação ao patrimônio, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela responsabilidade do estabelecimento comercial que oferece estacionamento a seus clientes por eventuais danos que ali aconteçam independente da conclusão de contrato de depósito. Veja-se parte da decisão:

“(...) a imputabilidade das obrigações de guarda e vigilância, nasce do descumprimento **do dever de proteção derivado da boa-fé**, prescindindo de formalização de contrato de depósito. Ocorre que o estacionamento é elemento de atração da clientela, também pela promessa de segurança. (...) Como visto, há relação de causalidade entre o fato danoso e a atuação da ré, que deve responder pelos danos correspondentes, por descumprimento do dever de proteção, assumido em face do usuário dos serviços que ela administra, aplicando-se, analogicamente, a Súmula 130 do eg. Superior Tribunal de Justiça, que reza: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.<sup>298</sup>

Do corpo de referida decisão, há menção ao voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar em Agravo Regimental 47.901-3/SP, em que o julgador reafirma a idéia de obrigação enquanto relação complexa, na qual brotam deveres de proteção à outra parte. Assim, afirmou o Ministro em seu voto que

“(...) o liame que reúne o estabelecimento bancário, ao fornecer local de estacionamento para o conforto de seus clientes e maior vantagem às operações bancárias, e o usuário desses serviços, vinculados pela simples existência da ‘conduta socialmente típica’, incumbindo ao estabelecimento fornecedor do serviço e do local de estacionamento o dever, derivado da boa fé, de proteger a pessoa e os bens do usuário.”

A decisão reconhece a inexistência do contrato de depósito, sendo sua fundamentação o descumprimento do dever de proteção: “a responsabilidade decorre de ter sido criada uma situação que facilitou o acesso e gerou no usuário a idéia de segurança”.<sup>299</sup>

Ao definir qual o regime da responsabilidade aplicável ao caso, em que pese afirmar ser dispensável a distinção entre responsabilidade contratual ou extracontratual, uma vez que ambas derivam do contato social, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar acaba optando pela cláusula geral de responsabilidade civil do art. 159 do Código Civil de 1916, “aquele que, por ação ou omissão

<sup>298</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005523600. Relatora Desembargadora Mara Larsen Chechi. Julgamento em 17/03/2004 (grifou-se).

<sup>299</sup> Trecho do voto lavrado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior.



voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado o dano”, não enquadrando a quebra do dever de proteção como quebra de um dever contratual.

Tendo por pano de fundo a mesma questão, Teresa NEGREIROS analisa decisão outra, também relatada pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, afirmando que sua importância “seguramente não está no fato de haver resultado na condenação do *shopping center* ao pagamento de indenização em favor da vítima de fruto de automóvel ocorrido na área do prédio destinada ao estacionamento de veículos dos seus freqüentadores”.<sup>300</sup> É o fundamento decisório que assume caráter protuberante. Da fundamentação extraí-se que há objetivação da vontade de contratar, através da prática da oferta do estacionamento e sua aceitação pela consumidora que estaciona seu automóvel em lugar destinado para tal em área de Shopping Center, sem que haja necessidade de pagamento pelo serviço.

Considerou-se, portanto, que a quebra do dever de proteção e guarda do veículo consistiria hipótese de verdadeiro inadimplemento contratual, em que pese a inexistência formal de contrato. Afirma Teresa NEGREIROS, então, que no contexto da massificação dos contratos, o comportamento das partes “é suficiente para qualificar, em razão da tipicidade social de uma tal conduta, aquela relação como uma relação jurídica, de natureza contratual, da qual surgem obrigações que, descumpridas, ensejam a responsabilização do devedor inadimplente”.<sup>301</sup>

A partir do pressuposto da análise que se faz, o reconhecimento do dever de proteção e guarda do automóvel estacionado gratuitamente no local oferecido pelo estabelecimento comercial não necessitaria, sequer, da análise de uma relação contratual, avultada da prática de atos comportamentais. A partir desta consideração, o que se faz é buscar fundamentar um contrato para, somente a partir daí, justificar a quebra do dever enquanto contratual.

Se, ao contrário, reconhece-se que do momento pré-contratual, ou seja, dos atos preparatórios e informativos destinados a constituir posterior contratação, tal como se dá quando o consumidor adentra o *shopping center* ou a instituição bancária, para situar a análise nos exemplos acima levantados,

---

<sup>300</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos...*, p. 241.

<sup>301</sup> Idem, p. 245-246.

nascem às partes deveres laterais de proteção, revela-se socorro a uma artificialidade desnecessária procurar fundamentar um contrato entre elas quanto à guarda do veículo.

Em outras palavras, pode-se sustentar que a quebra dos deveres de proteção no momento que antecede a contratação está englobada no fenômeno contratual posterior e, por esta razão, é hipótese de responsabilidade contratual, não incidindo, em espécie, a regra geral de não causar danos a outrem. Neste sentido posiciona-se a doutrina alemã, exemplificativamente Dirk LOOSCHELDERS, ao afirmar que

“antes da entrada em vigor da Lei de Modernização do Direito Obrigacional já tinham a jurisprudência e a literatura desenvolvido o princípio segundo o qual, desde o início das negociações contratuais, nascem certamente deveres de proteção (pré-contratuais), cujo descumprimento leva à responsabilidade com fundamento contratual”.<sup>302</sup>

Independente para a conclusão traçada, na doutrina alemã, o fato de a contratação ter ou não sido posteriormente realizada.<sup>303</sup> Mais ainda, os chamados deveres de proteção que incidem na fase pré-contratual dizem respeito não apenas aos supostos futuros contratantes, mas, também, a terceiros, como no caso já citado de crianças que acompanham seus pais em estabelecimentos comerciais.

O enquadramento da quebra dos deveres de proteção na fase pré-contratual enquanto verdadeira hipótese de dever contratual foge à temática aqui proposta, embora com ela dialogue de forma estreita. Por ora, diga-se que em uma relação obrigacional contratual há deveres laterais de proteção, cuja quebra não pode ser relegada à responsabilidade civil aquiliana fundamentando-se, antes, na violação positiva do contrato.

---

<sup>302</sup> Tradução livre de: “vor Infratretten des SchuldRModG hatten Rechtssprechung und Literatur den Grundsatz entwickelt, dass schon der Eintritt in Vertragsverhandlungen gewisse (vorvertragliche) *Schutzpflichten* begründet, bei deren Verletzung eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen eingreift” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 53). Sobre o tema, afirma, ainda, Karl LARENZ, que nasce entre as partes, no momento de preparação contratual, uma especial ligação jurídica, sem deveres primários de prestação, mas cujo conteúdo consubstancia-se em especiais deveres de conduta com base na boa-fé objetiva, e que podem ser caracterizada enquanto “relação jurídicas decorrentes da lei sem deveres primários de prestação” (gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht). (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 106).

<sup>303</sup> Nesse sentido LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 109.

### 3.3 Deveres de lealdade e cooperação

Sob a nomenclatura de deveres de lealdade, entende António Manuel MENEZES CORDEIRO que as partes devem “absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.<sup>304</sup> Para o autor, tais deveres não se circunscrevem, no entanto, apenas a uma atuação negativa, embora a maioria dos exemplos retirados da casuística sejam assim classificáveis: deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro e de sigilo.<sup>305</sup>

Outra é a visão de Fernando NORONHA, para quem só estariam incluídos na categoria ora analisada os deveres negativos, sob pena de confundir-se os deveres de lealdade com o geral dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva.<sup>306</sup> Tomando em conta apenas aqueles de carácter negativo, enxerga o autor amplo campo de aplicação seriam nos contratos interempresariais.<sup>307</sup>

Quando vistos pela ótica do dever de cooperação, que também preside o tráfego jurídico, mostram-se os deveres aqui tratados também condizentes com uma atuação positiva: “como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor”.<sup>308</sup> A abstenção, portanto, só pode ser entendida compreendendo tanto atos comissivos, quanto por atos omissos.

Assim é, também, a lição de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, para quem “os *deveres de lealdade* são aqueles que adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à conclusão do contrato,

---

<sup>304</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 606.

<sup>305</sup> Exemplos retirados também de MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 607.

<sup>306</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 85.

<sup>307</sup> Idem, p. 86. Sobre tal campo de aplicação vale citar Judith MARTINS-COSTA, ao afirmar que “na vida societária a boa-fé atua na concretização da confiança no tráfego negocial, então tutelando ‘situações de confiança’ como ocorre, exemplificativamente, no período de preparação a uma oferta pública, por ocasião da alienação de controle de uma sociedade. A probidade, associada no Código Civil à boa-fé leva ao *dever de sigilo* a que estão adstritos os administradores, bem como todos aqueles que, intervindo direta ou indiretamente na preparação dos negócios societários sejam detentores de informações privilegiadas” (MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto...*, p. 34).

<sup>308</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 439.

durante a vigência dele ou até após a sua extinção”.<sup>309</sup> Estão ligados, na visão de Judith MARTINS-COSTA, ao princípio da proibidade exposto no art. 422 do Código Civil, juntamente com a boa-fé objetiva, sendo um de seus sentidos.<sup>310</sup>

Enquanto típicos deveres de conduta, decorrem da boa-fé objetiva e não do contrato em si.<sup>311</sup> É certo que certos contratos, especialmente aqueles do meio empresarial, podem ter tais deveres enquanto essência do próprio dever principal. Assim, em um contrato de *know-how*, a obrigação de sigilo e de manutenção do segredo não pode ser vista enquanto dever lateral, mas antes como fundamento da prestação principal.<sup>312</sup>

Do seu reconhecimento enquanto albergados na ampla categoria dos deveres de proteção (em contraposição àqueles chamados de deveres de prestação), novamente diga-se que sua observância não está adstrita à prévia existência do contrato, alastrando-se inclusive para o período pós-contratual. Assim, quebra o dever de lealdade o ex-empregado que, beneficiado de informações durante a relação de trabalho, as torna pública com o rompimento do vínculo. O mesmo se poderia dizer no caso de empregado em relação de fidúcia, como o doméstico, que após o término da relação relata detalhes da intimidade da residência onde laborou. A proteção recai, portanto, na esfera global de interesses dos partícipes, não apenas no plano patrimonial.

Na ordem das coisas aqui expostas, o adimplemento não é apenas dever do devedor, mas igualmente seu direito, afinal, através do cumprimento da obrigação, libera-se ele de pleno direito. Daí que, também à luz do dever de lealdade, fundamenta-se o dever de cooperação do devedor com o adimplemento ou cumprimento da obrigação. Estão, ambas as partes, adstritas a “colaborar para a realização do programa contratual a que se comprometeram ou que pretendem formalizar”.<sup>313</sup>

O credor que cria obstáculos ao pagamento ofende o princípio da boa-fé, por quebra do dever de lealdade e de cooperação que, dele, se espera. Ainda que decidindo com base na teoria do *adimplemento substancial*, faz-se,

<sup>309</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit*, p. 112.

<sup>310</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto...*, p. 33.

<sup>311</sup> Esta é a lição de António Manuel MENEZES CORDEIRO, senão veja-se: “estes deveres não-de imputar-se à boa fé e não ao próprio contrato em si, quando não resultem apenas da mera interpretação contratual, mas antes das exigências do sistema, face ao contrato considerado”. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 607).

<sup>312</sup> Assim afirma FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit*, p. 113.

<sup>313</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Parecer...*, p. 244.

novamente, menção a decisão de lavra de Ruy Rosado de Aguiar Junior, na qual o vendedor de imóvel buscou a resolução do contrato por não pagamento da última prestação, apesar do pontual e correto pagamento de todas as anteriores. Segundo o voto do então desembargador, promoveram os compradores ação de consignação em pagamento da última prestação, exatamente porque a vendedora “retirou as duas últimas notas promissórias que se encontravam no Banco para cobrança, criando artificialmente obstáculo quase insuperável para que o devedor efetuasse amigavelmente o pagamento daquelas prestações”.<sup>314</sup>

O pedido de resolução foi julgado improcedente, tendo em vista ter havido em espécie adimplemento substancial do contrato, considerando, o relator, imoral a tutela buscada pela vendedora pelo simples atraso da última parcela. Mais a fundo, no entanto, poder-se-ia dizer que a infração do contrato, em fato, ocorreu por parte da vendedora, ao quebrar a lealdade e cooperação que dela se esperava, criando obstáculos ao pagamento das prestações a ela devidas.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu também com base direta no dever de cooperação e lealdade. Trata-se de Recurso Especial em ação de indenização por danos morais decorrentes de protesto por falta de pagamento de título já pago em que, a julgadora, ministra Nancy Andrighi considerou ter o réu violado o dever de cooperação, também chamado de lealdade por: (i) ter limitado o lapso temporal para pagamento em atraso via boleto bancário; (ii) ter facultado ou permitido o pagamento, por meio de depósito bancário, sem possuir controle eficiente dos valores ali depositados; (iii) ter, não obstante tal inexistente ou frágil controle, enviado o título a protesto. Na conclusão do voto, neste ponto, entendeu a relatora que “se facultou, ou ainda, consentiu que o pagamento fosse realizado por depósito bancário não especificado, era sua obrigação contratual anexa produzir os mecanismos necessários a aferição e respectiva quitação dos pagamentos realizados”.<sup>315</sup>

Da lealdade integrante do conceito de boa-fé pode-se, igualmente, embasar a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum*

---

<sup>314</sup> Trata-se de Apelação Cível, 588012666, 5ª CC. Relator Ruy Rosado de Aguiar Junior. Julgamento em 12 de abril de 1988, citado por MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio...*, pp. 210 e sg.

<sup>315</sup> STJ, Resp 595.631-SC. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 08/06/2004.

*proprium*), sem prejuízo da sua obtenção a partir da função limitadora do princípio.<sup>316</sup> Neste sentido, muito bem se encaixa a jurisprudência comentada por Judith MARTINS-COSTA, de cuja ementa extrai-se que

“o princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador”.<sup>317</sup>

Tratava-se da venda de estabelecimento comercial, uma pequena loja de roupas, em que a compradora sustenta ter sido acordado que usaria o CNPJ da vendedora até competente regularização de sua situação e que, sem motivo razoável, veio esta a cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, causando prejuízo à atividade empresarial.

Considerou o relator, então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que, em que pese não haver cláusula a respeito no contrato firmado entre as partes, a questão deveria ser analisada à luz do princípio da boa-fé e sua aptidão de criar deveres especiais de conduta. Assim que, no presente caso:

“(...) esses deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo ora autor, dependente, como é sabido, do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois a época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à da venda no varejo”.

Para a conclusão da decisão, levou em consideração os usos e costumes do tráfico, sendo praxe no comércio que o comprador utilize o CNPJ do vendedor até regularização de sua condição, conjugado com a regra geral de conduta conforme a boa-fé (e note-se, antes mesmo da existência da cláusula geral do Código Civil de 2002), aos usos e costumes do tráfico e do lugar da celebração do contrato (art. 113 do atual Código). A acolhida da proibição de comportamento contraditório repousa no fato de que “por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o

<sup>316</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 148-149.

<sup>317</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio...*, p. 207. Trata-se de Apelação Cível n.º 589073956 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgado em 19/12/1989.

comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra”.<sup>318</sup>

Também pesou sob outra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o necessário comportamento leal, considerando-se desrespeito a este dever a instituição de servidão de uso de poço artesiano em imóvel objeto de promessa de compra e venda. Neste sentido, consta da ementa da decisão que “fere o dever da lealdade e da boa-fé instituir gravames ao imóvel pretendido vender sem a anuência do promitente comprador”.<sup>319</sup> A frustração da expectativa do promitente-comprador de imóvel livre e desembaraçado de quaisquer ônus, se dá pela atitude lesiva à lealdade que se espera do partícipe contratual. No voto, sustenta o relator que:

“para preservação do interesse social que é qualificado pela segurança das relações jurídicas, condutas pautadas pela honradez, lealdade e confiança recíprocas. Tais condutas impõem aos contratantes um comportamento de cooperação para a concretização do contrato. Trata-se de um padrão comportamental que deve ser seguido, impedindo o exercício abusivo do direito por parte de um dos contratantes.”

Com base em tais argumentos, decidiu o Poder Judiciário que o gravame não pode ser oposto ao promitente comprador do imóvel. O fundamento repousa no comportamento probo e leal que se espera em uma relação obrigacional.

### 3.4 Dupla Natureza

A título conclusivo do capítulo que ora se expôs, deve-se fazer menção à distinção melindrosa entre os deveres de prestação, principais ou secundários, e deveres de proteção decorrentes da boa-fé objetiva. Tal se dá exatamente pela consideração da relação obrigacional como uma complexidade, que tem por norte não a mera realização patrimonial do credor, mas, sim, que tal se dê envolta a uma ordem de cooperação entre os partícipes contratuais. Muitas vezes, assim, encontrar-se-á deveres com uma dupla

---

<sup>318</sup> Trecho da decisão citado por MARTINS-COSTA, Judith. *Princípio...*, p. 209.

<sup>319</sup> TJRS, Apelação Cível n. 70024086175, Relator Guinther Spode, julgamento em 15/07/2008.

natureza, seja na divisão procedida por Dirk LOOSCHELDERS<sup>320</sup>, entres deveres de prestação e de proteção, seja internamente à categoria dos deveres laterais de conduta.

A constatação não impede a divisão e classificação, nem a torna inútil, pelo contrário. Apenas há o reclamo para uma atenção redobrada quando da análise da espécie de dever violado no caso concreto, nada impedindo que exista, em concreto, violação dúplice: a um dever de prestação e um (ou mais de um) dever lateral.

Neste ponto, fixa-se a atenção ao que já foi acima tratado, referente à possibilidade de que um dever de principal de prestação recaia sobre a integridade do partícipe, como no caso citado por Dirk LOOSCHELDERS, de um guarda-costas que, contratualmente, se obriga a proteger a integridade do contratante. Mesmo em tais contratos, nascem também deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, como a proibição de que este guarda-costas relate particularidades da vida particular da pessoa protegida.<sup>321</sup> Em outras palavras, a classificação exposta não é estanque, e só ganha vida quando confrontada com a multiplicidade de situações que a vida apresenta ao Direito.

Feitas estas considerações preliminares, parte-se ao estudo da configuração do inadimplemento contratual no Código Civil e na doutrina brasileiros. Em que pese o objeto de estudo deste trabalho ser, exatamente, a abertura para uma terceira via na dicotômica classificação das hipóteses de descumprimento contratual, enclausurada na visão tradicional entre as, também tradicionais, figuras do inadimplemento absoluto e da mora, uma visão crítica importa na revisita aos fundamentos de tais conceitos, redesenhando-os. Assim, importante notar que o princípio da boa-fé não apenas é digno de coroar uma hipótese própria de descumprimento contratual, que aqui se chama

---

<sup>320</sup> Afirma o autor que “na prática advocatícia deve-se observar que um sem número de deveres possuem uma ‘dupla natureza’, isto é, devem proteger ao mesmo tempo o interesse prestacional do credor e seus interesses de integridade”. Tradução livre de: “Bei der praktischen Rechtsanwendung ist zu beachten, dass zahlreiche Pflichten eine ‚**Doppelnatur**‘ haben, d.h. sowohl das Leistungsinteresse des Gläubigers als auch dessen Integritätsinteresse schützen sollen” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 08). Também se pode exemplificar a dupla natureza no caso trazido por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA que em certos casos „a ausência da informação costuma ser equiparada ao descumprimento do dever de prestação, principal ou secundário, conforme as especificidades do caso, igualando-se a ausência de informação à falta de qualidade essencial do objeto” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *op.cit.*, p. 117).

<sup>321</sup> Os exemplos foram retirados de LOOSCHELDERS, Dirk, *Schuldrecht...* (2008), p. 08.



de violação positiva do contrato<sup>322</sup>, mas, também, de revisar os fundamentos das figuras do inadimplemento absoluto e da mora.

A conclusão explica-se pela fundamentabilidade do princípio na construção da relação jurídica obrigacional hodierna. Se reformulados estão seus conceitos e conteúdo, razão não há para negar que, igualmente reformulado deva ser o estudo da sua situação patológica de descumprimento. É exatamente a isso que se dedica de ora em diante.

---

<sup>322</sup> Considera-se no entanto que a real importância da figura reside exatamente na compreensão do seu alcance e fundamentação e não na nomenclatura.

## II – DO DESCUMPRIMENTO OBRIGACIONAL

### 4. Do descumprimento das obrigações no Direito Brasileiro

Tratar do descumprimento das obrigações no estado da arte do Direito Brasileiro é condição *sine qua non* para se enquadrar, de forma apropriada, o objeto de estudo deste trabalho. Não há razão de se estudar a violação positiva do contrato, ou a quebra de deveres de proteção<sup>323</sup>, sem que se estude como se dá, a partir do Código Civil Brasileiro e da doutrina que com ele trabalha, as formas de descumprimento contratual neste ordenamento jurídico.

A importância é ainda maior quando se observa que, partindo este trabalho também do estudo do Direito Obrigacional Alemão, é preciso bem definir conceitos e noções em ambos os ordenamentos para que se possa chegar a resultados legítimos. A tarefa a que se propõe é, no entanto, tormentosa no sentido de que há, na doutrina, os mais diversos entendimentos, muitas vezes não alinhados, mas nem por isso menos válidos.

O Título IV do Livro I da Parte Especial do Código Civil Brasileiro trata do “Inadimplemento das Obrigações” não definindo, porém, o que se deve compreender sob o título de inadimplemento. Assim, dispõe o art. 389 que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários do advogado”. Está regulada neste dispositivo muito mais a consequência pelo não cumprimento do que a sua definição legal. Somente de uma leitura perfunctória, salta aos olhos a abrangência que pode ser dada aos vocábulos obrigação e cumprimento.

De maneira introdutória, diga-se, em consonância com o traçado no capítulo anterior, que a obrigação não deve ser vista como resumida aos deveres de prestação ou mesmo àqueles deveres secundários, como o de reparação. Da mesma forma, como verdadeiro processo e estrutura de cooperação voltado ao adimplemento e à satisfação patrimonial e existencial

---

<sup>323</sup> Entendidos conforme distinção traçada no capítulo anterior como deveres laterais de condutas decorrentes da boa-fé objetiva.

das partes envolvidas, o termo cumprimento só pode e deve ser entendido a partir desta noção.

Conforme análise de Judith MARTINS-COSTA, o art. 389 do Código Civil vem a tratar do inadimplemento a partir de seus efeitos “não cuidando simplesmente de descrevê-lo ou de conceituá-lo”<sup>324</sup>, o que também ocorria no Código Civil de 1916 que não cogitava do “... inadimplemento **em si**, mas, do que acontecerá, uma vez que isso se verifique”.<sup>325</sup> A doutrinadora encontra o conceito do inadimplemento, ainda que não exaustivo, no art. 394 definidor da mora nos seguintes termos: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.<sup>326</sup>

De forma reversa, conceitua então o inadimplemento como o não cumprimento pelo devedor “das normas que impõem o dever de prestar ao credor, no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”, ou pelo credor com o “não-cumprimento das normas que impõem o recebimento da prestação, também no tempo, lugar e forma que lei ou a convenção estabelecer”.<sup>327</sup> Reconhece, no entanto, a excessiva abrangência de tais considerações.

Também define inadimplemento de forma ampla e geral João de Matos ANTUNES VARELA, ao afirmar que “o não cumprimento é, neste sentido, a situação objectiva de não realização da prestação devida e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede”.<sup>328</sup> Sob tal conceituação, pode-se vislumbrar uma série de hipóteses e

<sup>324</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 81.

<sup>325</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3ª edição atualizada. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 19. Aliás, o correspondente ao art. 389 no Código Civil de 1916, art. 1.056, estava inserido justamente em capítulo denominado “Das conseqüências da inexecução das obrigações”.

<sup>326</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 81. O entendimento de que tal definição é não exaustiva parte da própria autora.

<sup>327</sup> Idem, p. 81-82. A mesma definição lhe dá Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR: “quando a obrigação deixa de ser cumprida no modo e no tempo devidos, diz-se que há incumprimento” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 82).

<sup>328</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em geral*. vol. II, reimpressão da 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 60. No mesmo sentido Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, ao afirmar que “verifica-se o não-cumprimento, incumprimento ou inadimplemento de uma obrigação, sempre que a respectiva prestação devida deixa de ser efectuada nos termos adequados. Este conceito representa, todavia, um simples ponto de partida, visto que na sua moldura ampla se incluem várias situações com efeitos jurídicos muito diferentes” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 1033).

situações, especialmente pela desconsideração da causa. A citar, teria descumprido a obrigação o devedor que se recusa a entregar o objeto de prestação ou aquele que, mesmo querendo prestar, não o pode, uma vez que este mesmo objeto se perdeu, sem que a perda seja a ele imputável.

Sendo ambas estas situações evidentemente diferentes, chega-se à necessidade de melhor se lapidar os conceitos abrangidos pelo descumprimento, para diferenciar regimes jurídicos próprios e tendo a imputação da responsabilidade um lugar de destaque na empreitada. Mesmo ANTUNES VARELA afirma que o conceito que estabelece abriga uma série de situações muito diferentes, citando as importantes classificações entre não cumprimento definitivo e simples retardamento, e não cumprimento imputável e não imputável ao devedor.<sup>329</sup>

Na mesma trilha, compreendendo com o autor que o não cumprimento é sempre a situação de “não realização da prestação devida”, parece ficar de lado do conceito justamente os casos de violação positiva, ou seja, em que a prestação é, de fato, efetuada, ainda que com desatenção ao princípio da boa-fé objetiva.<sup>330</sup>

Pautada na lição de ANTUNES VARELA e em MENEZES CORDEIRO, Judith MARTINS-COSTA dá, ao inadimplemento, um sentido normativo estrito, considerando que

“o inadimplemento não é, pois, nem a simples ausência de cumprimento nem a mera não-realização da prestação devida *na medida em que essa não-realização corresponde à violação da norma* (legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial) que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber)”.<sup>331</sup>

Exatamente por tantas peculiaridades no estudo do descumprimento obrigacional é que se verifica, juntamente com Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, que a noção de inadimplemento ou descumprimento comporta uma apenas aparente simplicidade, cuja negação se mostra fundamental para a

---

<sup>329</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações...*(vol. II), p. 61.

<sup>330</sup> Alerta-se que não parece ser esta a intenção do autor que, expressamente, indica o cumprimento defeituoso como incluído na noção de inadimplemento, como no exemplo dado por ele de “comerciante que cumpre oportunamente a obrigação, mas entregando gêneros avariados ou produtos deteriorados; vendedor que não avisa do perigo de utilização da coisa e com a omissão causa danos” (Idem, p. 65).

<sup>331</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 83.

compreensão do inadimplemento.<sup>332</sup> Tal se dá pela necessidade de formulação de regimes jurídicos próprios e pela consideração da relação jurídica obrigacional enquanto processo, que não se esgota apenas na existência de deveres principais de prestação, fundamento da aplicação da *violação positiva do contrato*.

Mais ainda, os próprios vocábulos utilizados pela doutrina para tratar do tema não são muito claros uma vez que, comumente, divide-se o *inadimplemento em sentido amplo* em inadimplemento absoluto e mora. Embora o próprio Código Civil utilize-se da nomenclatura *inadimplemento*, por uma questão de ordem, preferiu-se aqui tratá-la sob o nome de *descumprimento*, exatamente como forma de diferenciação de um de seus efeitos, como se verá adiante. Assim, sob o comando descumprimento, podem-se verificar diferentes efeitos com abrangência e características próprias.

Verifica-se que o descumprimento é situação patológica: “nascem as obrigações para ser cumpridas (...) o *adimplemento* é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional”.<sup>333</sup> No entanto, o fato objetivo da falta de cumprimento não leva à automática consequência de descumprimento obrigacional. Como exemplos típicos, citem-se os modos indiretos de extinção das obrigações, regulados nos art. 334 e seguintes do Código Civil. Embora, tecnicamente, não constituam *adimplemento*<sup>334</sup>, produzem efeitos práticos assemelhados, como a extinção do vínculo, liberação do devedor e satisfação do credor, a depender da hipótese em consideração.

Portanto, a definição de descumprimento contratual não pode ser tomada como mera negação do *adimplemento*, sob pena de desconsiderar situações em que a própria lei determina a satisfação dos interesses do credor,

---

<sup>332</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações*. Coleção Biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, vol. 7, coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

<sup>333</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 105. No mesmo sentido Araken de ASSIS: “... a ausência de *adimplemento* traduz uma lamentável frustração, justificando a enérgica e – principalmente – justa corrigenda resolutive, se bilateral o contrato onde se verifica” (ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4ª ed. ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99).

<sup>334</sup> Linhas gerais, pode-se dizer que os modos indiretos de extinção das obrigações produzem efeitos semelhante ao *adimplemento* propriamente dito, embora com ele não sejam totalmente coincidentes. Segundo entende Orlando GOMES, só há de se falar em *adimplemento* quando o cumprimento se dá pelo devedor, traçando a distinção entre este termo e a satisfação do devedor, que pode se dar por forma diversa (GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 107).

e extinção do vínculo obrigacional. Numa visão ampliada, também não há inadimplemento quando a obrigação é declarada nula, ainda que seja incontroverso não ter havido prestação. Resta, portanto, a busca por elementos que o conceituem de forma satisfatória, os quais são obtidos não apenas da leitura da lei, mas, especialmente, da análise doutrinária dada à temática.

De maneira aproximativa, toma-se aqui o cumprimento da obrigação enquanto a realização, pelos partícipes, de todos os deveres emanados do vínculo, sejam eles principais, secundários ou laterais, em correspondência ao acordado, à lei e ao princípio da boa-fé objetiva.

#### 4.1 Distinção dos regimes

Vários elementos são identificados na doutrina como pedras de toque para a necessária diferenciação dos regimes de descumprimento sendo, o primeiro deles, a análise da causa.<sup>335</sup> Também há de se distinguir entre elementos conceituais, como as relações de imputabilidade e culpa, inadimplemento e impossibilidade.<sup>336</sup> Ao lado de tais conceituações, classifica-se o descumprimento obrigacional a partir de seus efeitos, sumariamente entre o inadimplemento absoluto e mora, na visão dicotômica tradicional.

Dentro da análise à qual se propõe, a questão da impossibilidade assume relevante papel, uma vez que o direito alemão não reconhece, no BGB, a categoria que, no Brasil, é designada por inadimplemento absoluto. O modelo tradicional de descumprimento de deveres no direito obrigacional alemão também é dicotômico, porém classificado entre impossibilidade e mora, conforme se verá abaixo, ao qual foi acrescentado, com a Lei de Modernização do Direito Obrigacional, a figura geral de “violação de deveres” (*Pflichtverletzung*). Ainda, de especial importância se faz um tratamento diferenciado do vocábulo *impossibilidade*, o qual, não raro, é utilizado indistintamente pela doutrina.

No mais, reconheça-se, juntamente com Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, que “as classificações do não cumprimento obtidas com base nos dois

---

<sup>335</sup> Na esteira da noção dada por Orlando GOMES, “verifica-se o *inadimplemento*, no sentido estreito do vocábulo, quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente” (GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 169).

<sup>336</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 84 e sg.

critérios indicados [abaixo] se interpenetram. É essa a via que conduz ao regime jurídico aplicável em cada caso”.<sup>337</sup> Desta forma, a análise dos efeitos do descumprimento contratual deve ser sempre feita de forma conectada à sua causa.

#### 4.1.2 A causa

Quando se analisa a causa da falta de cumprimento está-se a tratar da imputabilidade da ação ou da omissão àquele que estava obrigado à sua observância já que, “pode o *inadimplemento resultar de fato imputável ao devedor ou evento estranho* à sua vontade, que determine a *impossibilidade de cumprir*”.<sup>338</sup> A imputação será, então, meio de aferição para se diferenciar os regimes do descumprimento contratual propriamente dito e da impossibilidade superveniente por ato não imputável ao devedor, uma vez que “só nos casos de não cumprimento imputável ao obrigado se pode rigorosamente falar em *falta de cumprimento*”.<sup>339</sup>

Assim, não querendo o devedor prestar, embora o possa e em sendo a prestação útil ao credor, descumprirá aquele a obrigação. Tecnicamente, no entanto, tal não se dá quando, mesmo querendo, não tem o devedor condições de prestar, seja porque o objeto do contrato perdeu-se sem culpa, seja porque o cumprimento do contrato lhe importa enormes dificuldades de diversas ordens. Neste caso, há impossibilidade não intencional, que é modo de extinção da relação obrigacional, quando total.

Em realidade, as hipóteses de impossibilidade não estão reguladas, no direito brasileiro, no título referente ao inadimplemento contratual como categoria específica e, sim, na Parte Geral do Direito das Obrigações, especialmente na seção das “obrigações de dar coisa certa” e de “obrigação de fazer”. Como se verá abaixo, sustenta-se aqui uma dicotomia dentro do conceito de impossibilidade, a ensejar seu tratamento de forma separada a fim

---

<sup>337</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 1035.

<sup>338</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 169.

<sup>339</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações ...* (vol. II), p. 63. De se fazer referência à sistematização do descumprimento no Código Civil Português que, segundo ANTUNES VARELA, agrupa em seções diferentes os casos de impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor, e hipóteses de falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor.

de evitar dúvidas, principalmente quando confrontada com a conceituação que lhe dá o direito comparado, de forma específica, o alemão.

Certo é que a disciplina da impossibilidade dialoga de forma estreita com a do descumprimento contratual. Nesta linha, haveria falta de cumprimento quando o objeto da prestação se perder, com ou sem culpa do devedor. Ocorre que o efeito maior do descumprimento, o dever de reparação (art. 389 do Código Civil), só tem lugar quando presente o nexo de imputação, isto é, quando o devedor puder ser responsabilizado pela impossibilidade superveniente da prestação (incluindo aqui os casos em que aja ele com culpa ou tenha expressamente se responsabilizado pelo risco, independente da análise da culpa). Desta forma, ainda que tratado o descumprimento obrigacional no Código Civil a partir de sua consequência maior, em um estágio anterior é chamado o nexo de imputação a ditar exatamente a aplicabilidade, ou não, desta consequência.

Importante distinção deve ser feita em relação aos conceitos de imputabilidade e culpa, uma vez que não se tratam de vocábulos coincidentes, e sua necessária apreensão merece especial consideração ao se tratar da causa. Orlando GOMES, por exemplo, afirma que há inexecução culposa quando o inadimplemento resulte de fato imputável ao devedor<sup>340</sup>, dando a impressão de que imputabilidade e culpa seriam sinônimos.

A confusão dos conceitos é corrente na doutrina da mais alta qualidade, dividindo-se, os doutrinadores, segundo Judith MARTINS-COSTA, em dois grandes grupos.<sup>341</sup> De um lado elenca a autora juristas como Clóvis do COUTO E SILVA, Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, Agostinho ALVIM, Silvio RODRIGUES e Clóvis BEVILAQUA, os quais consideram que imputabilidade seria sempre culposa. Nesse sentido, cite-se Clóvis do COUTO E SILVA, ao tratar da impossibilidade, afirmando que “se somente existe mora como fato

---

<sup>340</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 170. Segundo lição do autor: “a inexecução decorrente de culpa *‘stricto sensu’* também deve assim ser classificada por resultar, do mesmo modo, de fato imputável ao devedor” (Ibidem). Note-se que Orlando GOMES considera que a inexecução obrigacional pode ser tanto voluntária, quanto involuntária, em ambos os casos dando ensejo à resolução obrigacional. No entanto, ora faz menção o autor ao fato de que “a *inexecução* pode ser *imputável* ou *inimputável* ao devedor” e ora ao fato de que “a *inexecução* pode ser *culposa*, ou não”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª edição. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 204 e 205).

<sup>341</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 84.



imputável ao devedor, não se pode chegar a uma solução jurídica na qual se manifesta uma forma de mora sem culpa”.<sup>342</sup>

Partidários da não coincidência de imputabilidade e culpa são PONTES DE MIRANDA, Araken DE ASSIS e Mário Julio de ALMEIDA COSTA.<sup>343</sup> Deste último grupo, destaca-se PONTES DE MIRANDA ao afirmar que “certamente, a culpa não é elemento necessário do suporte fático do art. 963, que diz ‘não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora’; portanto, *salvo* se há regra especial que exija culpa, ou a culpa grave, ou o dolo, basta a imputabilidade”.<sup>344</sup>

A problemática também é tratada por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, especialmente quando define, o autor, que “por imputação entende-se a imposição, a alguém, de um dever” enquanto que “imputabilidade é a capacidade subjetiva do dever, ou seja, a capacidade de assumir a posição passiva em alguma relação jurídica”.<sup>345</sup> Entra-se em um campo de contato entre o direito obrigacional contratual e categorias típicas da responsabilidade civil. Tomando o conceito de imputação enquanto atribuição de dever a alguém e, mais ainda, tomando-se como exemplo os casos corriqueiros de responsabilidade objetiva, ou seja, sem aferição da culpa, ter-se-ia de, inevitavelmente, reconhecer a não coincidência dos conceitos ora tratados.

O produtor, por exemplo, responde objetivamente por fato do produto frente ao consumidor (art. 12 do Código de Defesa do Consumidor), tenha agido ou não com culpa. Tal se dá porque o regime do direito de consumo criou um nexo de imputação de responsabilidade, independente da atribuição ou verificação da culpa.

Partindo de tais constatações, a imputação é, então, classificada por Judith MARTINS-COSTA a partir de um critério único e omnicompreensivo, a

---

<sup>342</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação...* (2007), p. 100. O autor justifica seu entendimento também pelo argumento de que, no art. 963 do Código Civil de 1916, com redação correspondente ao atual 396 (“não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”), encontrava-se regra semelhante à do § 275, I do BGB: “equiparase à impossibilidade absoluta superveniente, a inaptidão (insolvência) relativa e também superveniente do devedor para prestar”. De tal dispositivo, retira COUTO E SILVA a afirmação de que não haveria mora sem culpa e, mais, que estariam igualadas no direito brasileiro as hipóteses de impossibilidade superveniente absoluta e relativa.

<sup>343</sup> Também de acordo com MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 85.

<sup>344</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXIII*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958, p. 171

<sup>345</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 58.

imputabilidade ou nexo de atribuição, das espécies do não-cumprimento imputável.<sup>346</sup> Ter-se-ia uma *imputação subjetiva*, na qual seria necessária a culpa, e uma *imputação objetiva*, “resultante das normas que atribuem a alguém a assunção de um risco ou de um dever de segurança, ou de garantia, ou a responsabilização pela confiança legitimamente suscitada”.<sup>347</sup>

O chamado *nexo de imputação* é tratado, pela melhor doutrina, como fundamento contemporâneo do dever de indenizar. A este título, faz-se menção a Roberto ALTHEIM que afirma “assim, o esquema contemporâneo da responsabilidade civil está embasado em diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto. São estes critérios que se denominam como nexos de imputação ou fatores de atribuição”<sup>348</sup> para, depois, concluir que tais fatores de imputação podem prescindir da análise da culpa.<sup>349</sup> Em suma, *imputabilidade* e *culpa* não são vistos aqui como conceitos ou vocábulos idênticos.

Dentro do tema ora em análise, o importante é que se destaquem os casos em que, ao devedor, seja imputável o descumprimento, por sua culpa ou não, daqueles casos em que a inexecução resulte de fatos outros, não imputáveis ao devedor, como o corriqueiro exemplo de um incêndio natural que destrói o objeto da prestação.<sup>350</sup> Nesta hipótese, conforme afirma Orlando GOMES, estar-se-á diante da impossibilidade, aqui chamada de impossibilidade inimputável, a ser disciplinada por preceitos diversos.<sup>351</sup>

No mesmo sentido, a afirmação de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA de que, “sendo o não-cumprimento imputável ao devedor, verificam-se efeitos distintos daqueles que se verificariam caso o não-cumprimento decorresse de evento da natureza”.<sup>352</sup> Daí a importância do critério causal para aferição do efeito maior do descumprimento contratual, qual seja, o dever de reparar.

A simples classificação em relação à causa não é, ainda, de todo satisfatória, sendo necessário observar elementos outros para além do nexo de

---

<sup>346</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 88.

<sup>347</sup> *Ibidem*.

<sup>348</sup> ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 129.

<sup>349</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>350</sup> Exemplo de imputação sem culpa seria o caso de, no instrumento contratual, ter o devedor da coisa assumido o risco por qualquer evento natural que a viesse destruir.

<sup>351</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 170.

<sup>352</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa *Inadimplemento...*, p. 33.

imputação, objetivo ou subjetivo, a fim de se traçar o panorama do descumprimento contratual no direito brasileiro hodierno.

#### 4.1.2 O efeito ou resultado

Outra categoria adotada para a classificação das formas de descumprimento, agora retirada da doutrina de João de Matos ANTUNES VARELA e Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, seria o efeito ou resultado do descumprimento contratual. Nesta esteira, classificam os professores portugueses três modalidades distintas de não cumprimento, a saber, a falta de cumprimento, a mora e o cumprimento defeituoso<sup>353</sup>, cuja nomenclatura poderia ser, adaptada à doutrina brasileira, inadimplemento absoluto, mora e violação positiva do contrato ou do crédito, respectivamente. Tendo em vista a importância da divisão para o estudo a qual se propõe, a análise será feita em itens próprios e apartados e, em referência à última, em novo capítulo.

Neste ponto, deve-se fazer menção ao fato de que o inadimplemento absoluto e a mora consubstanciam-se verdadeiros efeitos do fato maior que é o descumprimento contratual, inadimplemento em sentido amplo. Estando os contratantes, no exemplo de um contrato, inadimplentes, sujeitar-se-ão eles ao regime correspondente, enquadrando-se ora na noção de inadimplemento absoluto (quando a prestação não é mais possível) ora na conceituação de mora (em que subsiste a possibilidade de cumprimento), para se situar a análise do ponto de vista tradicional.

O Código Civil, no entanto, não conceitua todos os efeitos do descumprimento contratual, fazendo-o, aliás, única e exclusivamente em relação à mora. A construção do que vem a ser inadimplemento absoluto se dá em sede doutrinária. Da mesma forma se procede à adoção de efeito outro que importe, da mesma forma, em descumprimento obrigacional, ou seja, a violação positiva ora examinada. Exatamente nesta doutrina dicotômica, polarizada nos tradicionais conceitos de inadimplemento absoluto e mora, é que se pretende identificar a abertura para a adoção da violação positiva do contrato no direito brasileiro.

---

<sup>353</sup>ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações...*(vol. II), p. 63 e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 1034.

Na lição de Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, o descumprimento das obrigações, classificado em relação ao efeito, seria dividido naquele que chama de incumprimento definitivo, “se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou, sendo possível e exigível, não tenha mais utilidade para o credor” e incumprimento não-definitivo, “quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor, mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados, ou há violação a dever secundário ou quebra antecipada de contrato”.<sup>354</sup> São exatamente as conseqüências desta classificação que serão vistas adiante.

#### 4.2 Inadimplemento Absoluto

Dar-se-ia a falta de cumprimento, na lição de ANTUNES VARELA, quando a prestação não realizada tornar-se impossível, assim como nos casos em que, embora materialmente possível, a prestação não interesse mais ao credor.<sup>355</sup> Seriam exemplos de tal hipótese a falta de entrega de um livro que, no entanto, se perdeu ou inutilizou; o não comparecimento a espetáculo de gala em razão de adoecimento; a venda a alguém do imóvel prometido a outrem.<sup>356</sup>

De se destacar que o regramento no descumprimento no corpo do Código Civil Português é deveras diferente do encontrado no Brasil. A saber, divide o ordenamento de Portugal os casos de impossibilidade de cumprimento e mora não imputáveis ao devedor e a falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor<sup>357</sup>, enquanto na sistemática do Código Civil Brasileiro o Título IV, acerca do inadimplemento, define-o através de seu efeito, sem expressa menção ao critério de imputabilidade como constitutivo, ou não, de sua definição. Por outro lado, a disposição acerca da impossibilidade, ao contrário do que ocorre no direito português, não se dá no título referente ao inadimplemento e, sim, naquele que se refere às modalidades de prestações.

---

<sup>354</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 94.

<sup>355</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações...* (vol. II), p. 63.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

<sup>357</sup> *Ibidem*.

Impossibilidade, na letra do art. 790º da legislação civil portuguesa, é exclusivamente aquela não imputável ao devedor, tratada naquele país dentro dos dispositivos dedicados às formas de não cumprimento da obrigação.<sup>358</sup> Dela, diferencia a doutrina portuguesa, exemplificativamente Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, os casos de *não cumprimento propriamente dito*<sup>359</sup>, aos quais se equipara a impossibilidade superveniente imputável ao devedor. No Brasil, no entanto, tendo em vista o regramento próprio dos casos de impossibilidade na Parte Geral do Livro das Obrigações, há de se atentar às suas conseqüências e/ou à possibilidade de equiparação de regime com o inadimplemento absoluto, conforme se dedicará abaixo. Elege-se, portanto, como primeiro e principal ponto a ser tratado sobre a rubrica de “inadimplemento absoluto”, exatamente a necessária distinção das possibilidades que emergem do vocábulo “impossibilidade”, e sua ligação com o inadimplemento das obrigações.

#### 4.2.1 Impossibilidade: duas vertentes

Nos mesmos passos da doutrina portuguesa, também na doutrina italiana utiliza-se do critério causal, ou da imputação de responsabilidade ao devedor, para se traçar os regimes do inadimplemento. Neste sentido, afirma Francesco GALGANO que, ao lado do princípio fundamental do inadimplemento das obrigações (“o devedor é inadimplente se não segue a prestação devida ou se não a segue exatamente, ou seja, nos modos, no tempo e no lugar...”) <sup>360</sup>, encontra-se um outro, em concorrência: “aquele pelo qual é dado ao devedor provar que a falta de execução da prestação foi determinada pela impossibilidade superveniente da prestação e, que esta impossibilidade superveniente é derivada de causa a ele não imputável”.<sup>361</sup>

<sup>358</sup> Assim a parte primeira do art. 790º: A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.

<sup>359</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 1034.

<sup>360</sup> Tradução livre de: “Responsabilità del debitore: Il debitore è inadempiente se non esegue la prestazione dovuta o se non la esegue esattamente, ossia nei modi, nel tempo, nel luogo...” (GALGANO, Francesco. *Diritto...*, p. 205)

<sup>361</sup> Tradução livre de: “quello per il quale il debitore è ammesso a provare che la mancata esecuzione della prestazione è stata determinata da sopravvenuta impossibilità della prestazione, e che questa sopravvenuta impossibilità è derivata da causa a lui non imputabile” (Idem, p. 206)

Esta consideração pode ser observada da própria disposição legal do art. 1218 do Código Civil Italiano (*Codice Civile*) que, assim, determina: “responsabilidade do devedor: o devedor que não segue exatamente a prestação devida é tido ao ressarcimento do dano, se não provar que o inadimplemento ou o retardo foi determinado pela impossibilidade da prestação derivada de causa a ele não imputável”.<sup>362</sup> A análise causal, portanto, é critério para aferição da responsabilidade do devedor pela reparação dos danos causados por sua ação ou omissão.

Tal se dá porque, no citado artigo do Código Civil Italiano, está disciplinado tanto o conceito de inadimplemento (não cumprimento exato da prestação), quanto a principal consequência daí advinda (ressarcimento do dano), sendo a imputação da culpa, ao devedor, o critério subjetivo, ou causal, para a responsabilização frente ao credor. Há inadimplemento, assim, mesmo que a impossibilidade não seja imputável ao devedor.

A inexecução da obrigação seria o aspecto objetivo, ressaltado por Emilio BETTI, “ou seja, ao inadimplemento ou (o que é o mesmo) ao cumprimento inexato da obrigação, o que significa desilusão da expectativa do credor”.<sup>363</sup> Mas, afirma BETTI, para que nasça responsabilidade do devedor, não basta, apenas, que tenha havido o inadimplemento, é indispensável que tal ato seja ao devedor imputável. Conclui ele ser este o verdadeiro elemento subjetivo<sup>364</sup>, o qual serve, no entanto, exatamente para aferição de um dos efeitos do inadimplemento. Será ao devedor imputável o ato que consista “na falta do empenho de cooperação, do esforço, o qual pelo art. 1218 se deve retirar da falta de prova que a prestação tornou-se impossível ao devedor (...) por causa a ele não imputável”.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> Tradução livre do art. 1218 do Código Civil Italiano: “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

<sup>363</sup> Tradução livre de: “... cioè dall’adempimento o (che è lo stesso) dall’inesatto adempimento dell’obbligazione, il quale significa delusione dell’aspettativa creditoria” (BETTI, Emilio. *op.cit.*, p. 110).

<sup>364</sup> Conforme se observa da seguinte passagem: “Ed allora dobbiamo chiederci in che cosa consista questo elemento soggettivo che possiamo genericamente qualificare come *imputabilità* all’inadempimento” (Idem, p. 111). Ressalte-se que, na passagem da obra de BETTI destinada ao estudo do inadimplemento, não raro se encontra a figura trabalhada exclusivamente sob o ponto de vista de sua consequência maior, a responsabilidade do devedor.

<sup>365</sup> Ibidem.

Na mesma linha é a lição de Francesco GALGANO, ao afirmar que o devedor somente se libera da responsabilidade pela reparação oferecendo dúplice prova: de que a prestação tenha se tornado impossível, e que tal impossibilidade não seja a ele imputável.<sup>366</sup>

Assim, para que se esteja diante de descumprimento obrigacional propriamente dito, na doutrina italiana, basta o mero e simples “fato, objetivamente considerado, da falta ou da inexata execução da prestação”<sup>367</sup>, incluindo os casos de impossibilidade superveniente, e vindo a imputação da responsabilidade a ser o critério subjetivo para avaliação da responsabilidade pela reparação civil. Na doutrina portuguesa, por sua vez, é necessária a justaposição dos seguintes elementos: (i) não cumprimento da obrigação na forma devida seja por meio de uma ação ou de uma omissão; (ii) por ato imputável ao devedor, incluindo os derivados de impossibilidade superveniente. Tal se dá porque as hipóteses de impossibilidade superveniente não imputável não estão enquadradas na falta de cumprimento propriamente dito, embora tratadas na secção destinada ao não cumprimento das obrigações.

Questiona-se a aplicabilidade dos esquemas ao direito brasileiro, especificamente pela falta de conceituação legal do descumprimento, pela indagação se seria exclusivamente o fato objetivo do não cumprimento suficiente indicativo da aplicação da sua disciplina e, ainda, pelo tratamento das hipóteses de impossibilidade em regras próprias.

Surgem algumas dúvidas fundamentais que devem ser colocadas para prosseguir o presente estudo: (i) haveria, no direito brasileiro, hipótese de descumprimento contratual não imputável ao devedor?; (ii) seriam as hipóteses de impossibilidade reguladas na Parte Geral das Obrigações também hipóteses de descumprimento obrigacional?; (iii) seria admissível, no Brasil, apenas hipótese de descumprimento contratual com responsabilidade pela reparação civil?

---

<sup>366</sup> GALGANO, Francesco. *Diritto...*, p. 206.

<sup>367</sup> Idem, p. 205. Tradução livre de: “il fatto, oggettivamente considerato, della mancata o della inesatta esecuzione della prestazione”. De se notar que o Código Civil Italiano, em seu art.1256, enquadra a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor como forma de extinção das obrigações diferente do adimplemento. Segundo análise de Pietro PERLINGIERI, tal disposição vem a completar de particular modo a disciplina do inadimplemento e da resolução dos contratos. (PERLINGIERI, Pietro. *Comentario...*, p. 400)

A ligação entre as figuras do inadimplemento e da impossibilidade é pedra de toque para a análise da conformação do descumprimento contratual e para a resposta aos questionamentos acima colocados. Mais do que uma ligação, no entanto, vê-se nelas o traçar de uma disciplina conjunta, no sentido de que a disciplina do inadimplemento absoluto é completada pela figura da impossibilidade. Há mais além da mera impossibilidade no conceito de descumprimento, sendo imprópria a redução a este único esquema, razão pela qual se deve lapidar o conceito de ambas as figuras no direito brasileiro.

O que Orlando GOMES trabalha sob a nomenclatura de inexecução culposa são tanto aqueles casos em que o descumprimento seja intencional, ou seja, o devedor não quer prestar, embora o possa fazer, quanto aquilo que chama de “inadimplemento culposo *stricto sensu*” em que, “ainda que *queira cumprir*, o devedor está impossibilitado de fazê-lo, porque *negligenciou*”.<sup>368</sup> Por exclusão, haveria impossibilidade sempre que devedor queira, mas não possa prestar por força de fato necessário que não tenha como evitar ou impedir.<sup>369</sup>

Seguindo sua linha de pensamento, ter-se-ia de reconhecer que só haveria impossibilidade por ato não imputável ao devedor, o que não é reconhecido pelo regramento civil brasileiro. Há casos em que a perda do objeto, uma das causas de impossibilidade, se dá com ou sem culpa (e neste caso, imputação) ao devedor, sendo inclusive o critério legal utilizado para embasar a responsabilidade, ou não, pelas perdas e danos.

A assertiva torna-se verdadeira quando se diferencia entre os casos de impossibilidade imputável ao devedor, nos quais se pode cogitar de inadimplemento absoluto, e outros, em que a impossibilidade não é a ele imputável e, portanto, tem por efeito a extinção da obrigação de pleno direito. Da conclusão, nasce a discussão sobre o enquadramento desta impossibilidade não imputável como inadimplemento ou não da obrigação e, mais especificamente, enquanto inadimplemento absoluto.

Portanto, seja quando se faz menção à impossibilidade no direito alemão, conforme se verá adiante, ou aos casos de impossibilidade de cumprimento não imputáveis ao devedor no direito lusitano (art. 790º a 797º do Código Civil Português), deve-se atentar ao fato de que embora idêntica a

---

<sup>368</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações....*, p. 170.

<sup>369</sup> *Ibidem*.



nomenclatura, a abrangência das figuras não é coincidente àquela encontrada no Direito Civil Brasileiro. Aqui, a impossibilidade abrange diferentes situações fáticas, como na ampla definição que lhe dá Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR: “há impossibilidade quando existe obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural, seja jurídica”.<sup>370</sup>

De toda sorte, há de se reconhecer que se está a tratar exclusivamente da impossibilidade superveniente, já que somente esta resolve o negócio jurídico. A impossibilidade originária, quando absoluta, é causa de nulidade do contrato por disposição do art. 166, II, do Código Civil brasileiro, que determina a nulidade dos negócios jurídicos por impossibilidade do objeto, impossibilidade esta que só pode ser compreendida como a originária.

De forma usual, o termo é definido no sentido que lhe dá o regramento acerca das obrigações de dar coisa certa e de fazer, de forma autônoma ao inadimplemento. Nesse sentido, à luz do art. 234 do Código Civil, se a coisa objeto da prestação de obrigação de dar coisa certa vier a se perder, sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação. Caso seja o devedor culpado pela perda, responderá pelo equivalente mais perdas e danos. Na mesma linha, dispõe o art. 248, do mesmo diploma legal, que se resolve a obrigação caso a prestação se torne impossível sem culpa do devedor e, caso aja este com culpa, responderá por perdas e danos.

Justifica-se a diferenciação do conceito com base nas lições correntes na doutrina brasileira. Paulo Luiz NETTO LÔBO, por exemplo, define impossibilidade no direito brasileiro como todos os casos em que a prestação deixa de ser possível se o “fato ou omissão não é imputável ao devedor quando houver impossibilidade por caso fortuito ou força maior, ou em virtude de fato da Administração Pública, ou quando for causado por terceiro, ou, ainda, quando for causado pelo próprio credor”<sup>371</sup>, para ele não lhe sendo sequer hipótese de inadimplemento. Orlando GOMES também segue a mesma trilha, ao afirmar que “a inexecução por *impossibilidade* é associada à idéia de caso fortuito”, ou seja, independente da culpa ou do nexo de imputação ao devedor.<sup>372</sup>

---

<sup>370</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 96.

<sup>371</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 277.

<sup>372</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 175.

Entre ambos os doutrinadores, no entanto, uma diferença é fundamental. Enquanto para Orlando GOMES a impossibilidade superveniente, embora causada por evento fortuito, corresponde a uma forma de inexecução contratual, a qual adjetiva também de fortuita, para Paulo Luiz NETTO LÔBO há pura e simples extinção da obrigação “sem adimplemento ou inadimplemento”.<sup>373</sup> De se destacar que: (i) os dois autores só conceituam impossibilidade enquanto fato não imputável ao devedor; (ii) mesmo considerando-a espécie de inadimplemento fortuito, Orlando GOMES nega, em princípio, a responsabilidade do devedor exatamente por faltar-lhe esta imputação de culpa.<sup>374</sup> Em outras palavras, embora tomem caminhos diversos, o resultado a que chegam é, na prática, o mesmo.

A definição ampla de impossibilidade merece, assim, um corte conceitual. Denominar impossibilidade unicamente a modificação de circunstâncias supervenientes à formação do contrato, sem que se dê lugar à análise da atribuição de responsabilidade ao devedor, não parece abarcar as diferentes conseqüências daí advindas. Da mesma forma, navega contra a disciplina do Código Civil defini-la exclusivamente como aquela não imputável ao devedor.

Quando analisada por sua outra faceta, qual seja, enquanto ação ou omissão imputável ao devedor, seja porque ele destrói o bem objeto do contrato de compra e venda, seja porque deixa de tomar as providências necessárias para evitar o incêndio que o destruiu, por exemplos, a questão de equiparação/aplicação de regime com o inadimplemento absoluto assume caráter protuberante. Explica-se.

Há de se ter em mente o questionamento acerca da conseqüência pela impossibilidade imputável ao devedor, em outras palavras, se o vínculo obrigacional restaria extinto e, se subsistente, haveria mera transformação da obrigação (com substituição pela indenização do equivalente mais perdas e danos), ou efetivo inadimplemento absoluto da obrigação, regulado pelo art. 389 do Código Civil. A questão é da maior importância e não vem expressamente regulada no corpo do Código Civil, em especial porque as

---

<sup>373</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 277.

<sup>374</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 178. Diz-se que nega em princípio já que considera ser possível a responsabilização pela teoria dos riscos.

figuras da impossibilidade e do inadimplemento são tratadas em títulos diversos do Livro das Obrigações.<sup>375</sup>

Retorna-se à doutrina portuguesa para ressaltar que, naquele país, a hipótese de impossibilidade superveniente imputável ao devedor *equipara-se* ao não cumprimento definitivo (inadimplemento absoluto).<sup>376</sup> Segundo análise de Judith MARTINS-COSTA, não há no Brasil esta equiparação de regimes (que, para a autora, se contrapõe à efetiva identidade de espécies) e, sim, o tratamento das duas espécies, impossibilidade superveniente imputável ao devedor e inadimplemento absoluto, enquanto constitutivas de um mesmo gênero.<sup>377</sup>

Não há razão para deixar de considerar as conseqüências da impossibilidade superveniente imputável ao devedor como análogas às do inadimplemento absoluto, uma vez que, tornada impossível a prestação com culpa do devedor, necessariamente haverá descumprimento obrigacional, a teor do art. 389 do Código Civil.<sup>378</sup> Se, pela regência da impossibilidade na Parte Geral do Livro das Obrigações, responde o devedor culpado por perdas e

---

<sup>375</sup> Veja-se, a respeito, a lição de Clovis BEVILAQUA: “a obrigação também se extingue, quando a prestação, que forma seu conteúdo, se torna legalmente impossível, sem culpa do devedor”, enquadrando a impossibilidade de pagamento enquanto forma de extinção da obrigação. Se ocorrer a impossibilidade por culpa ou por mora, “sua responsabilidade é manifesta, porém, como não poderá mais cumprir a prestação tornada impossível, esta se transforma, para elle, em obrigação de pagar perdas e danos”. (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Terceira edição, revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 144-145).

<sup>376</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 1043. No exemplo do autor: “A vende a B 500 garrafas de vinho do Porto da colheita que teve em certo ano; antes de cumprir a obrigação, toda a garrafeira de A foi destruída por facto deste. Logo, há uma impossibilidade da prestação imputável ao devedor, que é equiparada ao não cumprimento definitivo”. A conclusão de dá a partir da redação do art. 801º do Código Civil português, *in verbis*: “Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação”.

<sup>377</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 91.

<sup>378</sup> A questão do enquadramento da impossibilidade superveniente não imputável ao devedor como espécie de inadimplemento é, no entanto, duvidosa, já que a regra específica acerca da impossibilidade sem culpa expressamente consigna a resolução da obrigação, sem que responda o devedor por perdas e danos. Coaduna com o entendimento ora esboçado o fato de que grande parte da doutrina entender só ser possível falar-se em inadimplemento absoluto, ou de efetivo não cumprimento contratual, quando presente o nexos de imputação ao devedor pela ação ou omissão que a origina. Exemplificativamente na lição de Judith MARTINS-COSTA: “quando não-imputável, teremos uma hipótese de impossibilidade e o efeito será extintivo da relação obrigacional” (Idem, p. 147) ou mesmo a doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo, acima vista, no sentido de que não há de se falar em adimplemento ou não adimplemento no caso de impossibilidade não imputável, ocorrendo pura e simplesmente a extinção da obrigação. Tal questionamento não encontra lugar na doutrina portuguesa, por exemplo, onde a impossibilidade não imputável é tratada no capítulo/título destinado ao inadimplemento das obrigações, sendo assim considerada, embora não nasça ao devedor o dever de reparação dos danos causados, exatamente pela falta de imputação.

danos, inevitável reconhecer que também responderá por juros e correção monetária, assim como honorários advocatícios, caso demandado judicialmente (tal como dispõe o art. 389 do Código Civil).

Mais do que conseqüências análogas, no entanto, trabalha a doutrina brasileira, não raramente, com a efetiva equiparação das figuras, como se viu na afirmação de Judith MARTINS-COSTA, e na seguinte, de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, no sentido de que “a impossibilidade gera desde logo inadimplemento absoluto”.<sup>379</sup> Seria o inadimplemento absoluto o não cumprimento da obrigação por causa imputável ao devedor, como no caso da impossibilidade superveniente a ele imputável, assim como os casos de perda do interesse do credor na prestação.

As hipóteses retiram-se da corrente definição dada ao inadimplemento absoluto, qual seja, “ocorre o inadimplemento absoluto quando a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor”.<sup>380</sup> Esta possibilidade, no entanto, não se refere apenas àquela apreendida em termos materiais, mas, sim, também levando em consideração os interesses em jogo na relação obrigacional, o interesse do credor e os esforços demandados do devedor.

Desta forma, e como pressuposto para a compreensão do inadimplemento absoluto como espécie de descumprimento contratual, sustenta-se, aqui, a divisão das hipóteses de impossibilidade a partir da sua *causa*, ou seja, da imputabilidade ou não ao devedor da ação ou omissão responsável pela impossibilidade superveniente da prestação.

A importância da distinção se dá especialmente para a compreensão da ordenação no BGB das hipóteses de inadimplemento antes da *Reforma*, vez que, sob o título de *violação obrigacional* (inserida, conforme se verá adiante, no amplo termo de *perturbações obrigacionais*), somente se conhecia a impossibilidade imputável e a mora, caracterizada pelo atraso na prestação. Diante do que se costumou chamar de *lacuna conceitual* na matéria referente ao inadimplemento das obrigações no direito alemão, surgiu a teoria da violação positiva do contrato ou do crédito.

---

<sup>379</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento ...*, p. 40. De se ressaltar, no entanto, que, para este autor, ambas as hipóteses de impossibilidade, imputável ou não imputável ao devedor, seriam espécies de inadimplemento absoluto.

<sup>380</sup> ALVIM, Agostinho. *op.cit.*, p. 25.

No Direito Brasileiro, caso se esteja diante de *impossibilidade superveniente não imputável ao devedor*, a disciplina legal será aquela dos art. 233 e seguintes do Código Civil, extinguindo-se a obrigação, com liberação do devedor, sem que se possa falar em responsabilidade pela reparação dos danos.<sup>381</sup> Embora nesta hipótese deixe o devedor, objetivamente, de realizar a prestação, configurando o inadimplemento obrigacional em sentido amplíssimo, não encontram aplicação as regras pertinentes ao descumprimento, razão pela qual se discute sua inclusão enquanto tal<sup>382</sup>, sendo antes causa de resolução da obrigação.

Por outro lado, caso se esteja diante de *impossibilidade superveniente imputável ao devedor*, a hipótese será de inadimplemento absoluto, cujas conseqüências serão analisadas abaixo. De se notar, juntamente com Pietro PERLINGIERI, que “não é a extinção da obrigação que torna impossível a prestação, e sim a impossibilidade da prestação que comporta extinção ou modificação da obrigação”.<sup>383</sup> Enfim, haverá extinção da obrigação no caso de impossibilidade não imputável e modificação, para passar a obrigar o devedor faltoso ao pagamento de indenização, caso seja a impossibilidade a ele imputável.

Veja-se, por exemplo, que João de Matos ANTUNES VARELA reconhece ser o termo *não cumprimento definitivo* mais abrangente que a mera *impossibilidade da prestação*, em especial quando considera que esta é uma das fontes daquela, que também engloba a “falta irreversível de cumprimento”<sup>384</sup>, como no didático exemplo da banda que não comparece para apresentação em um casamento. Ou seja, para que haja inadimplemento

<sup>381</sup> Segundo Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR: “A inimputável superveniente libera o devedor e o desonera de reparar os prejuízos, pois inexistente mora de sua parte (art. 963 do Código Civil), razão pela qual não cabe ao credor o direito de invocar o parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil para resolver a relação e pleitear a indenização. Há extinção *ipso iure*” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 99).

<sup>382</sup> Esta discussão, no entanto, não encontra lugar na presente dissertação, tendo em vista a amplitude do tema e as exigências de aprofundamento que iriam comprometer o real objeto de estudos aqui empreendido. A opção de não tratamento, no entanto, não afeta a análise que se faz. Somente a título exemplificativo, faz-se menção à afirmação de Araken de ASSIS, para quem, “entra no circuito do inadimplemento (...) além do descumprimento derivado de fato ou ato imputáveis ao obrigado, cuja tônica radica no aspecto *subjetivo*, também a situação *objetiva* decorrente de caso fortuito e força maior, que rompem o nexo de imputabilidade. Da ausência de prestação, nos dois casos, desponta um credor *insatisfeito*” (ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 101). O autor, no entanto, não enquadra a hipótese de impossibilidade não imputável enquanto espécie de inadimplemento absoluto.

<sup>383</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Commentario...*, p. 446.

<sup>384</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações...* (vol. II), p. 64.

absoluto não se exige apenas que a prestação tenha se tornado impossível com imputação de responsabilidade ao devedor, uma vez que, mesmo possível faticamente, pode ser ela não mais interessante ao credor, em lição aplicável no direito brasileiro. A impossibilidade imputável ao devedor nasce, assim, como uma das formas pelas quais se manifesta o inadimplemento absoluto, no direito pátrio.

Ainda nas lições do mesmo autor, voltadas especificamente ao direito brasileiro, haveria de se reconhecer que a divisão ora traçada encontra fundamento no fato de que “só quando o não-cumprimento resulta de fato que lhe seja *imputável* se pode dizer, com inteira propriedade, que o devedor *falta o cumprimento*”.<sup>385</sup> As hipóteses de impossibilidade não imputável submetem-se a regime jurídico especial.

#### 4.2.2 Casos de Inadimplemento Absoluto

Dá-se inadimplemento absoluto, conforme se viu, quando a prestação torna-se impossível por ato imputável ao devedor ou, quando faticamente possível, o credor perde o interesse nela. Feita a diferenciação entre os dois regimes de impossibilidade, passa-se a tratar exclusivamente daquela que está na base do inadimplemento absoluto, ou seja, cuja ação ou omissão causadora é imputável ao devedor.

Define-se usualmente inadimplemento absoluto, ou descumprimento definitivo, como casos em “que a prestação, que não foi prestada *como devida não poderá mais sê-lo*”.<sup>386</sup> A faceta da não possibilidade pode advir tanto da impossibilidade superveniente da própria prestação, quanto da perda do interesse do credor nesta, exatamente pela falta de cumprimento devido. Exige-se, como pressuposto para configuração do inadimplemento, a exigibilidade da prestação; em outras palavras, “sem pretensão ou exigibilidade não haverá inadimplemento”.<sup>387</sup>

---

<sup>385</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito das Obrigações*. Volume II, Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 55.

<sup>386</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 148. No mesmo sentido Araken de ASSIS: “nele existe uma inatuação importante – a falta atribuível ao devedor - *irrecuperável*” (ASSIS, Araken de. *op.cit.*,p. 102).

<sup>387</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*,p. 263.

Em sendo o inadimplemento o não cumprimento da obrigação, só pode ser compreendido quando se analisa a obrigação que deveria ser cumprida, exigindo-se em regra o vencimento do termo ou da condição.<sup>388</sup> Mais ainda, não basta que tenha sido este requisito ultrapassado, reclamando-se também que tenha o credor pretensão, ou seja, possibilidade de exigir a reparação decorrente da falta da prestação. Carece de pretensão o credor inerte que, por período determinado na lei, não faz valer sua pretensão e tem seu direito de crédito prescrito. Não há a figura do inadimplemento absoluto nas obrigações naturais, embora o pagamento possa acontecer por liberalidade do devedor. A questão resume-se na afirmação de PONTES DE MIRANDA: “quem deve e não é obrigado não pode ser constrangido a adimplir, nem sofre *conseqüências do inadimplemento*”.<sup>389</sup>

Mais do que a exigibilidade, no entanto, e em um estágio anterior a esta, figura como pressuposto fundamental ao inadimplemento absoluto que o contrato seja válido, não se tendo como sustentar inadimplemento absoluto de contrato nulo, qualquer que seja a fundamentação da nulidade. O mesmo não tem aplicação quando da análise dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, sendo estes existentes independentemente da validade do contrato de onde mediatamente provém.

---

<sup>388</sup> Excepcionando os casos conhecidos por inadimplemento antecipado, tratados por alguns autores como hipótese de violação positiva do contrato. A figura importa no afastamento da regra geral de que só há descumprimento de obrigações exigíveis. Conforme lição de Antônio Manuel MENEZES CORDEIRO, há quebra antecipada quando se verifica declaração eficaz por parte do devedor que não pretende cumprir o acordado (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Da Modernização do Direito Civil*. Volume I, aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 113) Na mesma trilha segue a lição de Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, para quem a quebra antecipada do contrato tem lugar quando “o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo, contra a prestação, de tal sorte se possa deduzir, conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento”. (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção...*, p. 126). Assim, seja porque o devedor toma ou deixa de tomar atitudes essenciais ao cumprimento do contrato, em que pese não ocorrido o vencimento do seu prazo, seja porque realiza declaração eficaz que não pretende dar cumprimento à obrigação, estar-se-á de recusa antecipada ou quebra antecipada da obrigação. Reconhecendo a incidência da figura, o regime aplicável é justamente aquele do inadimplemento absoluto, razão pela qual se deve sempre fazer a ressalva que há possibilidade de inadimplemento de obrigações antes do termo.

<sup>389</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI, 3ª edição, 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 05.

Importante elemento da figura ora estudada é justamente a “irreparabilidade”<sup>390</sup> do não cumprimento, daí porque também é tratado sob a nomenclatura de não-cumprimento definitivo, ao qual se contraporia a mora, não-cumprimento relativo. Segundo afirma Judith MARTINS-COSTA, a falta de cumprimento pode alcançar parte ou toda a prestação, distinguindo-se entre descumprimento total e parcial.<sup>391</sup> Para esta compreensão, deve-se atentar ao fato de que o credor não é obrigado a receber o pagamento em partes, quando assim não ajustado, de forma que mesmo possível o cumprimento parcial, pode o credor rejeitá-lo com base na disposição do art. 314 do Código Civil.<sup>392</sup>

Tais elementos, agrupados, formam a noção do todo, sendo importante a definição do que se pode entender sob as vestes do vocábulo em questão. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA o que chama de “inadimplemento simples ou violação negativa da pretensão” consistiria “de ordinário, em tornar o devedor impossível a prestação, ou em deixar, simplesmente de prestar”.<sup>393</sup> Da afirmação do jurista, aliada à análise da irreparabilidade da falta, retiram-se alguns elementos centrais da análise aqui empreendida, a saber: (i) há inadimplemento absoluto por impossibilidade imputável ao devedor; (ii) mesmo possível material e faticamente a prestação, pode-se aventar hipótese de inadimplemento absoluto quando o devedor deixa de prestar no tempo correto e a prestação intempestiva não é apta a satisfazer os interesses do credor.

Impossibilidade e inadimplemento absoluto não podem ser tomados, portanto, como sinônimos. A impossibilidade imputável pode ser incluída no inadimplemento absoluto, embora não esgote todas as suas manifestações. A questão é resumida por Agostinho ALVIM: “mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber”.<sup>394</sup> Esta impossibilidade de receber, por sua vez, poderá decorrer tanto da impossibilidade do próprio objeto, causada por ato imputável ao devedor, quanto pela perda do interesse do credor no recebimento não pontual. Mais ainda, e novamente segundo lição

---

<sup>390</sup> Nas palavras de Judith MARTINS-COSTA, tratar-se-ia de uma “inatuação irrecuperável” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 149).

<sup>391</sup> *Ibidem*.

<sup>392</sup> Art. 314 do Código Civil: “ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”.

<sup>393</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo II, Bens. Fatos Jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, p. 346.

<sup>394</sup> ALVIM, Agostinho. *op.cit.*, p. 25.



de Agostinho ALVIM, diz-se que há inadimplemento absoluto quando não resta a possibilidade do devedor de receber porque, assim, incluem-se também os casos em que o devedor simplesmente recusa-se a prestar, não estando de fato impedido de fazê-lo, é “o credor, êsse sim é que está impedido de receber”.<sup>395</sup>

Acerca da perda do interesse do credor na prestação, veja-se a disposição do art. 395, parágrafo único do Código Civil, que expressa “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Embora tratado no capítulo destinado à mora, tal perda de interesse do credor na prestação nada mais é senão uma das formas de inadimplemento absoluto. Assim é, também, a doutrina de Judith MARTINS-COSTA ao afirmar que “a resolução, porém não é efeito da mora, mas do *inadimplemento definitivo*; portanto, para acionar a ação resolutória não basta a mora: requer-se a sua transformação em inadimplemento definitivo, mais o exercício do poder formativo de resolver”.<sup>396</sup> Sendo a mora usualmente definida enquanto “retardamento transitório e superável da prestação, pelo obrigado”, Araken de ASSIS afirma que ela se transforma em inadimplemento definitivo pela inutilidade da prestação tardia.<sup>397</sup>

A questão é deveras importante quando se reconhece que a mora não abre espaço à resolução. Para que possa o credor valer-se desta, é imprescindível que a mora transforme-se em inadimplemento absoluto, sendo de se observar que o “o credor, mesmo com a prestação em atraso, não pode

---

<sup>395</sup> Idem, p. 59. De maneira geral, ainda que não se trate do tema fundamental deste estudo, pode-se dizer que, nas hipóteses de quebra antecipada do contrato, esta lição encontra ampla guarida, vez que o credor encontra-se impedido de receber. Faça-se, ainda, menção ao Enunciado n. 162 da III Jornada e Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deve 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”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil. AGUIAR, Ruy Rosado de (org.). Brasília, CJP, 2005. Disponível em: <<[http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf)>> Acesso em: 20/10/2008).

<sup>396</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 245. Ao que parece, Orlando GOMES considera que, no caso de perda de interesse do credor, estar-se-ia diante de mora com efeito análogo ao inadimplemento absoluto, *in verbis*: “estas *pretensões* cumuladas só se justificam se perdura o interesse de receber a prestação. do contrário, a *mora* equipara-se ao inadimplemento definitivo para o efeito de dar lugar à indenização por *inexecução culposa*” (GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 202).

<sup>397</sup> ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 104.

resolver a obrigação antes que a mora se transforme em inexecução definitiva”.<sup>398</sup>

Em Portugal, por regra do art. 808º do Código Civil, o atraso transforma-se em não cumprimento definitivo quando “ocasionar a perda do interesse do credor na prestação tardia”.<sup>399</sup> Em suma, estará em mora o devedor que não cumprir a prestação no tempo correto mas, se tal não cumprimento tornar a própria prestação inútil ao credor, estar-se-á diante de hipótese de inadimplemento absoluto. A avaliação desta perda de interesse só pode ser feita no caso concreto ou, conforme afirma Pietro PERLINGIERI, “na hipótese singular, da concreta situação (...) a noção de impossibilidade, em particular na teoria das obrigações, não é rígida, imodificável, rigorosamente determinada mas elástica, relativa, dependente ...”.<sup>400</sup>

A partir do que foi acima tratado, e em síntese conclusiva, no âmbito deste trabalho, são eleitos como elementos constitutivos do inadimplemento absoluto: i) a impossibilidade superveniente imputável ao devedor e/ou ii) a perda do interesse do credor na prestação não efetuada no tempo correto. Em resposta ao questionamento traçado, diga-se que o inadimplemento absoluto será sempre imputável, não havendo de se falar em constituição deste efeito exclusivamente pelo objetivo fato do não cumprimento.

Ao lado do conceito do inadimplemento absoluto, a doutrina analisa a mora, enquanto segunda espécie da classificação tradicional do descumprimento contratual. A respeito desta segunda categoria, passa-se a tratar a seguir.

#### 4.3 Mora

A par do inadimplemento absoluto, trabalha-se a mora como segunda espécie de descumprimento obrigacional. Requer ela mais delongado exame

<sup>398</sup> NALIN, Paulo. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 153.

<sup>399</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p. 1053. Dispõe referido artigo: “Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação.”

<sup>400</sup> Tradução livre de: “singole ipotesi, delle concrete situazioni in cui rileva (...) La nozione d'impossibilità, nella teoria delle obbligazioni in particolare, non è rígida, immodificabile, rigorosamente determinata ma elástica ...” (PERLINGIERI, Pietro. *Commentario...*, p. 400).

em comparação com o inadimplemento absoluto, seja porque sua freqüência é maior, seja porque seu estudo apresenta maiores dificuldades.<sup>401</sup> Entendida tradicionalmente como o atraso na prestação, não se pode deixar de discutir o alcance da disposição do art. 394 do Código Civil, que a define como o não cumprimento ou recusa do recebimento da prestação no lugar, tempo e forma acordados ou decorrentes da lei.

Este efeito do descumprimento é também tratado enquanto impossibilidade transitória, de onde se retira o maior elemento que a diferencia do inadimplemento absoluto, qual seja, a viabilidade da prestação.<sup>402</sup> Frisa-se, novamente, que esta viabilidade deve ser analisada não apenas em seu aspecto material, como no caso do objeto da prestação que não mais existe, mas também à luz do subsistente interesse do credor e do esforço demandado do devedor. Assim, dispõe o art. 395, parágrafo único, do Código Civil, no sentido de que mesmo viável a prestação, tendo perdido o interesse o credor devido à mora, pode este enjeitá-la e exigir reparação por perdas e danos, hipótese esta que, acima, foi incluída no inadimplemento absoluto.

Desta forma, “a mora distingue-se do inadimplemento absoluto, porque nela o cumprimento da prestação é possível”.<sup>403</sup> A avaliação da possibilidade é indissociavelmente ligada aos interesses do credor, considerados de forma objetiva. Exerce ele, portanto, enorme influência na conceituação da *mora*, assim como na sua diferenciação do *inadimplemento absoluto*<sup>404</sup>, podendo-se

---

<sup>401</sup> ALVIM, Agostinho. *op.cit.*, p. 28.

<sup>402</sup> Conforme Orlando GOMES: “não raro, a obrigação pode ser cumprida e, não obstante, o devedor deixa de cumpri-la no *vencimento*. Embora viável, a *prestação* não é satisfeita pontualmente. Há, enfim, retardamento, culposo ou não, a que a ordem jurídica não fica indiferente (...). A *mora* distingue-se do *inadimplemento absoluto*. Neste, o devedor não pode mais cumprir a obrigação, naquela, é possível.” (GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 197). Também adota este critério de diferenciação da doutrina alemã, exemplificativamente Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER ao dividirem os casos de descumprimento contratual em que a falta é definitiva, havendo impossibilidade, daqueles em que a falta é temporária, consistentes na mora do devedor ou do credor. (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 201)

<sup>403</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 268.

<sup>404</sup> Neste sentido veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de cuja ementa se extrai que “deixar de cumprir pontualmente a obrigação, incidindo em um atraso desproporcional ao razoável, implica no inadimplemento culposo da obrigação por parte do promitente vendedor. Não se trata apenas de mora (inadimplemento relativo) mas sim de inadimplemento absoluto, face a declarada ausência de utilidade para o credor na entrega de unidade comercial 04 anos após o prazo contratualmente previsto” (TJPR, Apelação Cível 0452403-2, Relator Desembargador Lauri Caetano da Silva, julgamento em 27/02/2008).

sustentar que é exatamente este interesse que está na análise da qualificação da possibilidade da prestação extemporânea.

Segundo lição de Orlando GOMES, são pressupostos da mora: (i) vencimento da dívida; (ii) culpa do devedor; (iii) viabilidade do cumprimento tardio.<sup>405</sup> Quanto ao vencimento da dívida parece não haver grandes discussões, remetendo-se à explicação dada quanto à exigibilidade que embasa o inadimplemento absoluto.<sup>406</sup> A viabilidade do cumprimento, por sua vez, é exatamente a pedra de toque que a diferencia do inadimplemento definitivo. A questão não é pacífica quanto à necessidade de culpa do devedor, em especial porque o art. 396 do Código Civil, de forma expressa, consagra a necessidade de *imputação* para que se possa falar em mora, vocábulo nem sempre coincidente com *culpa*. Em realidade, pode-se dizer que a mora decorre sempre de ação ou omissão imputável ao devedor, no mais das vezes por meio do elemento culpa e, por ser matéria dispositiva, também pela objetivação da responsabilidade no instrumento contratual.

Outra discussão doutrinária da mais alta importância para o estudo aqui proposto é aquela que vai definir mora, única e exclusivamente, como *atraso na prestação*, ou seja, ligada à idéia de retardamento; e outra corrente que, na trilha da definição literal do art. 394, entende ser ela tanto o atraso, quanto o não pagamento em local e forma devidos. A questão é tratada por Agostinho ALVIM que afirma “mora, no conceito dos antigos, é o retardamento culposo no pagar o que se deve, ou no receber o que nos é devido”, para logo em seguida concluir “não nos parece, todavia, que êle corresponda ao conceito de mora em face do nosso direito, e isso por dois motivos”.<sup>407</sup> Justifica sua posição pela letra do então art. 955 do Código Civil de 1916 (correspondente ao atual art. 394) que define a mora para além do atraso da prestação, englobando também a não prestação, ou o não recebimento, do modo e no lugar devidos e ao fato de considerar que a culpa é elemento indispensável apenas à mora do devedor.

Tal opinião não é seguida por Orlando GOMES, por exemplo, que considera compreendido no vocábulo *mora* exclusivamente a impontualidade

---

<sup>405</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 199.

<sup>406</sup> A explicação consta da p. 114.

<sup>407</sup> ALVIM, Agostinho. *op.cit.*, p. 28.

na prestação, chegando a defini-la, inclusive, como “impontualidade culposa”.<sup>408</sup> Em crítica à redação do Código Civil de 1916, que também abarcava no conceito o pagamento em lugar e modo diversos do acordado, o autor salienta que “o legislador não merece aplauso pelo abandono do conceito tradicional. O próprio nome atesta que se refere a um retardamento. *Mora* é demora, atraso, impontualidade, violação do dever de cumprir a obrigação no *tempo devido*”.<sup>409</sup> No mesmo sentido a expressa afirmação de Paulo Luiz NETTO LÔBO, para quem “não há mora quando a infração é relativa ao lugar ou à forma de cumprimento”<sup>410</sup>, ou a crítica feita por Gustavo TEPEDINO, Maria Celina Bodin de MORAES e Heloisa Helena BARBOZA:

“O CC, entretanto, parece ter incorrido em certa imprecisão técnica, ampliando demasiadamente o conceito de mora (...) a prestação realizada em local diverso do pactuado ou de modo inadequado configura o *cumprimento defeituoso* da obrigação, uma das possibilidades de inadimplemento, a que se convencionou ou chamar de *violação positiva do contrato*”.<sup>411</sup>

A discussão não tem lugar no Direito Português, por exemplo, em que a regulação da mora abrange exclusivamente o atraso em prestação possível, ou seja, a prestação não efetuada em tempo devido.<sup>412</sup> No Brasil, diante da redação do art. 394, assim como da necessidade de bem delimitar o instituto para que se possa estudar a violação positiva do contrato, imprescindível dedicar breves linhas à temática, em especial para concluir-se pela possibilidade, ou não, do enquadramento das hipóteses de *mau cumprimento* na figura da mora.

#### 4.2.1 Da abrangência do conceito

<sup>408</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 198. Assim também a lição de Clovis BEVILAQUA, à luz do Código Civil de 1916: “Mora é o retardamento na execução da obrigação” (BEVILAQUA, Clovis. *op.cit.*, p. 114)

<sup>409</sup> *Ibidem*.

<sup>410</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 268.

<sup>411</sup> TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 709.

<sup>412</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p. 1048. Dispõe o art. 804º, n. 2 do Código Civil Português que “o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido”

Não se encontra, na doutrina, homogeneidade na definição da mora, especificamente se estaria ela apenas ligada ao elemento tempo, caracterizada pelo atraso na prestação, ou também ao modo e lugar de cumprimento, como dispõe o art. 394 do Código Civil. Judith MARTINS-COSTA, por exemplo, afirma parecer “relevante a opção brasileira, ao menos para enfatizar que não é apenas o retardo que está no núcleo conceitual da mora”<sup>413</sup> ao mesmo tempo em que afirma

“esta equiparação entre mora e retardo, essa sua limitação ao tempo da prestação, tem colocado aos diversos sistemas jurídicos o problema de saber se constitui, ou não, mora, o fato de a prestação ter sido prestada tempestivamente, no tempo devido, mas em local diverso, ou em modo diverso do devido, v.g., prestando-se a obrigação principal, mas não os deveres secundários, laterais, anexos ou instrumentais”.<sup>414</sup>

Em outras palavras, seu entendimento amplo, tal como proposto pela autora, acaba por abarcar deveres para além daquele principal e a regular a quebra dos deveres criados pela boa-fé objetiva. A questão, portanto, mostra-se como pedra de toque para se traçar o panorama do descumprimento contratual no direito brasileiro, já que as conseqüências pela inclusão da quebra do deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva como *mora* acabam por modificar, de forma fundamental, a disciplina da matéria. Na mesma linha argumentativa, a possibilidade de adoção da teoria da *violação positiva do contrato* em território nacional não prescinde do estudo da abrangência da dicotômica configuração do descumprimento contratual no Brasil.

Nesse sentido, Agostinho ALVIM considera ser a mora a “imperfeição no cumprimento da obrigação”, abrangendo não somente o atraso, embora reconheça ser este o caso mais comum da figura.<sup>415</sup> Parece não haver dúvidas de que, não entregue a mercadoria do termo acordado, estará o devedor em *mora*, desde que a entrega extemporânea ainda faça sentido ao credor. Desta forma, se este se satisfaz com a entrega em atraso, incorreu o devedor em mora e não há de se falar em extinção da obrigação. Se, ao contrário, a prestação no termo era imprescindível para a satisfação dos interesses da relação obrigacional, como no caso da entrega de bebidas para uma festa de

---

<sup>413</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ...*, p. 225.

<sup>414</sup> *Ibidem*.

<sup>415</sup> ALVIM, Agostinho. *op.cit.*, p. 29

aniversário, está-se diante de hipótese de inadimplemento absoluto, conforme considerações já traçadas.

A questão torna-se discutível quando engloba os dois outros elementos dispostos no art. 394, lugar e modo. Na hipótese da entrega da mercadoria se der em lugar diverso do acordado, haveria de se falar em mora do devedor, unicamente por este critério? Enfim, a discussão embasa-se na conveniência da amplitude do termo *mora*, empregado pelos legisladores de 1916<sup>416</sup> e 2002 e, inevitavelmente, sua delimitação conceitual.

Fala-se aqui em ampliação do termo *mora* justamente porque se considera que, na sua concepção mais usual, está o termo ligado de forma íntima ao aspecto temporal, exclusivamente. Assim é a lição de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA ao afirmar que “todos os demais grandes códigos dessa família [romano-germânica] restringem a *mora* ao aspecto temporal”.<sup>417</sup> É esta a orientação do BGB, por exemplo, como se verá adiante.

Voltando-se ao exemplo das garrafas, tem-se que, caso estas sejam entregues em lugar diverso do acordado, como na residência do credor ao invés de no lugar da festa, pode-se ensejar duas conseqüências possíveis. A primeira, seria do próprio adimplemento da obrigação, caso a entrega seja aceita pelo credor e este se satisfaça com tal, ainda que subsista direito à reparação de danos eventualmente causados. Caso contrário, fica o devedor obrigado à entrega no lugar apazado, de forma que a *mora*, aqui, se constituiu passado o tempo correto para o cumprimento e na medida deste tempo, não de outro fator, como o lugar. Em outras palavras, ultrapassado o termo, estará o devedor em mora até que cumpra a obrigação principal tal como acordada, e desde que seja esta ainda do interesse do credor. O grande aspecto do conceito, portanto, reside exatamente naquele que diz como *tempo* da prestação. Haverá *atraso* e haverá *mora* até o cumprimento perfeito da prestação principal, sendo importante que se sublinhe que o que caracteriza

---

<sup>416</sup> Dispunha o art. 955 do Código Civil de 1916 que “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convenionados”.

<sup>417</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 144. A palavra “*mora*” significa também atraso, delonga e demora: “retardamento do credor ou do devedor no cumprimento duma obrigação” (In: HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1995).

este efeito do inadimplemento é o comportamento exigido do devedor e não características próprias da coisa prestada.

Veja-se que, se prestada a obrigação em lugar ou modo outros que não o acordado, tecnicamente não se pode falar em pagamento. Este se aperfeiçoa com a observância dos requisitos impostos pela lei, pelas partes (no instrumento contratual, *v.g.*) ou pelos mandamentos da boa-fé objetiva. Está em mora, assim, o devedor que não cumpre a obrigação na forma e do modo devidos já que, *temporalmente*, não houve pagamento até a reunião destes requisitos. Da mesma forma, não estará em mora o credor que recusar o recebimento da prestação em local diverso do acordado, uma vez que o cumprimento deste dever só pode ser realizado deste modo.

Dispensável, assim, a colocação dos termos “modo” e “lugar” no texto do art. 389, os quais, aliás, só causam transtornos e tumultos interpretativos. A abrangência dos conceitos de cumprimento e pagamento não se encontra regulada exclusivamente nas disposições acerca do inadimplemento e, sim, no contexto geral a disciplina traçada pelo Código Civil, em especial na consideração do princípio da boa-fé objetiva estampado no art. 422 e com fonte constitucional de interpretação.<sup>418</sup> Para justificar esta posição, veja-se que quando define inadimplemento, o art. 389 do mesmo diploma legal não faz menção sequer à observância do modo e do tempo corretos para tal, o que, de forma alguma, vem a negar sua importância fundamental no conceito. Com a aposição dos vocábulos em referido dispositivo legal e, especialmente pela sua retirada do art. 389, correspondente ao art. 1056 no Código Civil de 1916, que anteriormente regulava o inadimplemento de forma geral<sup>419</sup>, criou-se mais um motivo de discussão doutrinária, sem resultados homogêneos.

A virtude da aposição, apreendida por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, estaria na demonstração de que no direito brasileiro a mora pode

---

<sup>418</sup> Sobre o tema ver NEGREIROS, Teresa. *Interpretação...*

<sup>419</sup> *In verbis*: “Não cumprida a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”. Sobre tal, convém fazer menção à lição de Paulo Luiz NETTO LÔBO no sentido de que “no art. 1.056 do Código Civil de 1916, com efeito, havia referência expressa ao cumprimento ‘pelo modo e no tempo devidos’, regra essa que não se reproduziu no art. 389 do Código Civil de 2002, mas que está implicitamente contemplada nas expressões ‘não cumprida a obrigação’, porque é gênero no qual se enquadra a espécie de cumprimento defeituoso, porque o adimplemento há de ser conforme”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 302). Sobre a amplitude do termo “cumprimento defeituoso” tratar-se-á adiante. Por ora, fixe-se a análise no fato de que mesmo para a qualificação do inadimplemento absoluto deve-se observar as considerações de lugar e modo devidos.



decorrer não só em razão do atraso puro e simples, mas também de outros fatores que impeçam a satisfação dos interesses objetivos do credor com a prestação, enquanto seja esta possível e até mesmo quando já prestada.<sup>420</sup> Na esteira de seus ensinamentos, ter-se-ia de reconhecer que não é apenas o “atraso-inação” que está no núcleo do conceito, “também pode atrasar a prestação (a correta prestação) o mau cumprimento do dever de prestar”<sup>421</sup>, destacando, conforme será visto abaixo, que este mau cumprimento não pode ser entendido de forma ampla, sob pena de ser confundido com o regramento acerca dos vícios do objeto. Novamente, frise-se que o art. 394 diz respeito exclusivamente ao objeto imediato da obrigação, ou seja, ao comportamento exigido e esperado do devedor.

É evidente que as infrações ao modo e ao lugar da prestação são relevantes e não podem deixar de ser albergadas como descumprimento contratual. No entanto, e seguindo a orientação de Orlando GOMES, “pelas infrações relativas ao *lugar* e à *forma de pagamento* também responde o devedor, mas, tecnicamente, não configuram *mora*”.<sup>422</sup> Na esteira das considerações aqui defendidas, veja-se ainda a afirmação de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, para quem “as hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora”.<sup>423</sup> Das afirmações de ambos os doutrinadores, retira-se que o tempo do cumprimento, e não o modo ou o local, é que está no núcleo do conceito aqui tratado.

Coaduna com este entendimento, ainda, a disposição do art. 399 do Código Civil, que determina a perpetuação da obrigação do devedor moroso pela impossibilidade superveniente da prestação ligando-a, no entanto, ao efetivo atraso no prestar.<sup>424</sup> Desta forma, de se compreender que “tempo, lugar

---

<sup>420</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 71-72.

<sup>421</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, *A boa-fé...*, p. 149.

<sup>422</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 198.

<sup>423</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 146. Em outra obra, afirma o autor que a mora “trata-se de um conceito necessariamente vinculado ao fator ‘tempo’: a parte estará em mora *enquanto* subsistirem os objetivos interesses do credor na prestação. a razão do inadimplemento (falhas relativas ao lugar, à forma ou ao momento da prestação) não é, para tanto, diretamente relevante” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 71).

<sup>424</sup> *In verbis*: “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso;

e forma” do art. 394 do Código Civil formam um conjunto de características indispensáveis para caracterização da mora, nucleados no *tempo* do pagamento. Assim, entende-se não haver mora pelo pagamento em lugar ou modo diferente do acordado se tal não resulta em *atraso* na satisfação dos deveres de prestação.

No mais, e exatamente para evitar ampliações hermenêuticas indesejáveis, sustenta-se aqui que a *mora* deva ser analisada, além de ligada especificamente ao aspecto temporal, também em relação exclusiva aos deveres primários ou principais de prestação, posto que o conceito foi construído a partir destes. Na hipótese de inobservância dos deveres instrumentais/laterais decorrentes da boa-fé objetiva, estar-se-á diante de violação positiva do contrato, que é exatamente a proposição central deste trabalho. Tal enquadramento dá efetiva luz à disciplina da boa-fé objetiva, transformando-a para além de uma aplicação residual e, igualmente, não cria uma artificialidade nas ligações entre mora, suas conseqüências e o regramento sobre vícios, conforme se verá adiante.

De se notar que a opinião ora traçada não é abrigada de forma unânime pela doutrina nacional, pelo contrário, é extremamente discutível, encontrando-se argumentos relevantes para entendimento contrário.<sup>425</sup> Voltando-se à lição de Judith MARTINS-COSTA, faça-se menção ao posicionamento da autora no sentido de que, “como acima já esclarecemos, a mora não se confunde com a demora. Portanto, na mora do devedor, a prestação não foi adimplida, ou não foi corretamente adimplida, mais ainda pode ser”.<sup>426</sup> Em outras palavras, para Judith MARTINS-COSTA a mora compreenderia também a observância dos deveres decorrentes da boa-fé, os quais denomina deveres de diligência, e estão na base do correto adimplemento. Em sentido contrário, cita-se novamente Jorge Cesa

---

salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

<sup>425</sup> O adjetivo “nacional” tem especial razão de ser já que, como se afirmou, a *mora* é comumente definida exclusivamente enquanto aspecto temporal em ordenamentos estrangeiros, em especial para aquele tomado como paradigma, o BGB. Somente a título exemplificativo Francesco GALGANO assim define mora: “a mora do devedor é o retardamento no adimplemento da prestação devida”, tradução livre de: “la mora del debitore è il ritardo di questo nell’adempire la prestazione dovuta” (GALGANO, Francesco. *Diritto...*, p. 211).

<sup>426</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 223; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 231.

FERREIRA DA SILVA, que afirma “contudo, estão fora do conceito de mora os deveres laterais de proteção (o mecânico conserta corretamente o automóvel, mas deixa o piso com óleo, fazendo com que o cliente caia e sofra danos)”.<sup>427</sup>

Não se nega, evidentemente, a consideração da relação jurídica obrigacional enquanto complexa, adotada aqui em sentido amplo e que não se resume à existência de deveres de prestação. No entanto, considera-se que o corte conceitual aqui operado é imprescindível para uma correta compreensão da abrangência dos conceitos de descumprimento no direito obrigacional brasileiro.

De se frisar que, caso a compreensão da mora se dê pelo seu aspecto amplo, confundir-se-ia no âmbito do descumprimento contratual a quebra de

---

<sup>427</sup> SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 74. Há doutrina, como a de Gustavo Kratz GAZALLE que defende a inutilidade da adoção da violação positiva do contrato no direito brasileiro exatamente por compreender que a mora deva ser entendida em seu aspecto amplo, abarcando não apenas o atraso no cumprimento como também o cumprimento defeituoso e a quebra de deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva. Entende GAZALLE que a adoção expressa da boa-fé objetiva no texto legal do Código Civil de 2002 acaba por abarcar “novas teorias acerca do direito das obrigações” (p. 10) com o que, como se afirmou já na introdução deste presente trabalho, não se concorda, considerando que a estabilização legal da boa-fé não era requisito para sua consagração como princípio contratual, especialmente pela sua interpretação constitucional; no mais, e em decorrência deste primeiro argumento, há de se observar que boa parte da doutrina brasileira, mesmo antes do Código Civil de 2002 já tratava do tema da *violação positiva do contrato* (somente a título exemplificativo veja-se GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. aumentada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, *A boa-fé...*; FRADERA, Vera Jacob. *A quebra positiva do contrato*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 44, nov/1998, pp. 144-152) o que retira seu caráter de doutrina inovadora; no mais, o argumento central utilizado pelo autor para rechaçar a aplicação da teoria da *violação positiva do contrato* no direito brasileiro embasa-se, para o que ele considera ser uma inovação do art. 394 do Código Civil, na inclusão na definição legal de mora das infrações ao tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer, contrariamente ao texto anterior que não incluía “na lei”. Partindo de tal constatação, considera GAZALLE que, mandando a lei a observância do princípio da boa-fé objetiva, estaria de forma indubitável albergada no conceito de mora a idéia de cumprimento defeituoso. Ocorre que, na esteira das considerações aqui traçadas, a inclusão do termo “na lei” na redação de referido dispositivo nenhuma alteração substancial traz, especialmente porque jamais se imaginou que o descumprimento à lei não tivesse influências negativas no âmbito contratual. Exemplificativamente pode-se inclusive sustentar que um contrato firmado contrariamente à lei é nulo (no caso da doutrina da nulidade virtual); ainda, considera referido autor que a adoção da violação positiva do contrato entre nós seria operar uma interpretação *contra legem*, reduzindo a aplicação do art. 394 do Código Civil Seria aceitável tal compreensão pela leitura isolada de referido dispositivo legal mas não quando se analisa as conseqüências jurídicas da mora.; mais ainda, considera o autor que inadimplemento absoluto e mora são as únicas hipóteses de descumprimento contratual previstas pela lei civil brasileira, embora se saiba que esta regula apenas os casos relativos à mora e, em relação ao inadimplemento absoluto, tal se dá pela construção doutrinária; por fim, sustenta o autor serem os efeitos da violação positiva do contrato e da mora idênticos, de forma que seria inútil a adoção de um terceira via de descumprimento contratual no Brasil (p. 86). (GAZALLE, Gustavo Kratz. *O conceito de mora na teoria contratual moderna*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora Prof.ª Dr.ª. Vera Maria Jacob de Fradera, 2008).

deveres de prestação e de proteção, estes enquadrados no sentido do *modo* da prestação. Conforme considerações traçadas no capítulo anterior, são estes deveres independentes daqueles, tendo inclusive outra fonte normativa, razão pela qual não parece correto o tratamento conjunto das conseqüências por sua quebra. Mais ainda, e agora em atenção à lição de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, a adoção de um alargado conceito de mora implicaria em obscuridade na necessária distinção entre este efeito do inadimplemento e o regramento dos vícios constante do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.<sup>428</sup>

No mais, a busca por uma violação do princípio da boa-fé como hipótese de inadimplemento reafirma seu papel fundamental na ordem das coisas do direito obrigacional contemporâneo, além do que, seu tratamento positivo, e não apenas residual, dá efetiva vida ao princípio.

Recorrendo-se a exemplo corrente na doutrina alemã, pode-se fazer referência ao contador que, antes de findo o prazo contratado para a entrega do balanço financeiro, o faz com desídia e, em decorrência de informações mal elaboradas, causa dano ao seu cliente que toma decisões embasado no balanço mal executado. Certo é que, dentro do prazo acordado, ainda resta a possibilidade de entrega de um novo balanço, em substituição ao primeiro e que, portanto, deve-se afastar de plano a aplicação da impossibilidade da prestação a este caso. Por outro lado, embora mal cumprida a prestação, a situação fática não se enquadra propriamente na noção de mora, nem naquela considerada ampla (abrangendo análise do tempo, lugar e forma da prestação), uma vez que não houve *atraso* no pagamento nem na satisfação dos interesses do credor, realizado que foi antes mesmo do termo. Os danos estão abrangidos por uma impropriedade do objeto mediato da prestação ou, em termos mais amplos, na quebra da boa-fé objetiva.

Coaduna com a interpretação ora traçada a análise dos demais dispositivos, afora o art. 394 do Código Civil, que tratam deste efeito do descumprimento obrigacional, especialmente quando se observa que fazem menção sempre ao conceito tempo e atraso. O conceito unitário de mora, conforme avaliam Gustavo TEPEDINO, Maria Celina BODIN DE MORAES e Heloisa Helena BARBOZA, deve ser buscado para além da mera letra do art.

---

<sup>428</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 166 e sg.

394 (que aponta seus elementos objetivos), oferecendo os doutrinadores a seguinte conceituação: “à luz do CC, mora é, portanto, o injusto retardamento na execução da obrigação, quer por parte do devedor, quer por parte do credor, quando aquele não satisfaz e quando este não recebe a prestação oferecida, no tempo, lugar e forma convencionados”.<sup>429</sup> Note-se, portanto, que o núcleo do conceito está, também, centrado no *atraso*.

Operado tal corte conceitual, em especial o sublinhar do atraso quando efetuado o pagamento em lugar e modo diversos do acordado ou decorrente da lei, convém explicitar o que se pode compreender sob a não-homogênea expressão *mau cumprimento ou cumprimento imperfeito*. Como primeiro ponto, não exaustivo da complexidade da distinção, diga-se que além de somente dizer respeito aos deveres diretamente ligados à prestação, o *mau* ou o *imperfeito* só podem ser qualificativos do *ato de prestar* e não no objeto prestado para que se possa falar em mora. Nesta última hipótese, encontram aplicação as regras referentes aos vícios do objeto.

Como o conceito de mora deve ser trabalhado em consonância com as conseqüências que traz, a visão do todo avulta de especial importância para o traçar de regimes conjuntos ou apartados da mora e do cumprimento imperfeito. Exatamente por esta característica é que Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR distingue entre a mora, “culposo pelo não pagamento”, e demais formas de cumprimento imperfeito, “apesar de o sistema legal incluir a todos no conceito amplo de mora (art. 955 do Código Civil [atual art. 394]”.<sup>430</sup> Considera o autor abarcado no conceito de violação positiva do contrato, exclusivamente, “as violações aos deveres secundários de conduta e a quebra antecipada do contrato”.<sup>431</sup>

Exatamente porque a mora pressupõe diferentes *efeitos*, analisá-la exclusivamente à luz do disposto no art. 394 do Código Civil seria insuficiente. Sua conceituação encontra-se na totalidade dos dispositivos que a disciplinam e, no seu conjunto é que se deve buscar seu conceito jurídico.

Suponha-se que o devedor deixe de pagar o aluguel no tempo devido. A prestação ainda se considera útil ao credor, sendo o pagamento

---

<sup>429</sup> TEPEDINO, Gustavo [et.al.], *op.cit.*, p. 709. Os autores chegam a tal conceituação por meio da conjugação dos conceitos propostos por Carvalho Santos e Agostinho Alvim.

<sup>430</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 118.

<sup>431</sup> *Ibidem*.

extemporâneo viável e possível. Incurrendo o locatário em mora, entende-se que a pretensão à prestação ainda subsiste, estando ele obrigado a oferecê-la (leia-se, pagar o aluguel) adicionada de juros e correção monetária assim como dos prejuízos daí decorrentes. Em um exemplo de obrigação de fazer, caso o prestador de serviços não compareça no dia acordado para realizar a prestação, a pintura de uma casa, estará ele em mora se aquele que contratou o serviço ainda se satisfizer com a prestação em atraso, podendo exigir do pintor o cumprimento da prestação *in natura*. Caso o tempo fosse fundamental à prestação, haveria de se falar em inadimplemento absoluto.

Questiona-se se estaria igualmente em *mora* o pintor que, ao efetuar o serviço, o faz de forma inadequada, utilizando cor diferente ou tinta de qualidade inferior à oferecida a ele. Neste caso, também não houve satisfação dos interesses objetivos do credor na prestação, já que a pintura, objeto principal do contrato, não foi realizada de forma adequada, ínsita ao contrato de prestação de serviços de pintura. Uma interpretação ampliada do art. 394 do Código Civil concluiria que o prestador do serviço está em mora até que realize nova pintura, buscando reparar os defeitos da primeira.

O exemplo merece minuciosa atenção. A problemática já foi tratada de forma profunda por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, ao rebater a adoção de um conceito amplíssimo de mora no direito brasileiro, que congregasse “todo e qualquer descumprimento de dever obrigacional, seja ele relacionado ao ato de prestar, seja ele relacionado ao objeto da prestação, que, independentemente do momento de sua produção, não configure inadimplemento absoluto”.<sup>432</sup> A primeira objeção, alertada pelo autor, estaria na necessária constatação de que, tanto a mora, quanto o inadimplemento absoluto referem-se a uma dada prestação estabelecida pelo título.<sup>433</sup> Assim, exemplifica com o caso de dentista que, ao extrair dente de paciente, agrava seu estado clínico e causa-lhe seqüelas. Não há, por óbvio, permanência do interesse na prestação primária, o objeto da prestação restaria modificado, não sendo mais “a extração do dente, mas a sanção das seqüelas produzidas pela intervenção cirúrgica”.<sup>434</sup>

---

<sup>432</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 163

<sup>433</sup> *Idem*, p. 165.

<sup>434</sup> *Ibidem*.

Voltando-se ao exemplo do pintor, ter-se-ia de distinguir a hipótese do cumprimento mal realizado ser equivalente a um não prestar. No caso de pintura com cor diversa da acordada, de fato parece haver hipótese de não cumprimento, estando o pintor em mora até que realize a prestação *tal como devida*. O mesmo se diga em contrato de compra e venda em que o livro é entregue em edição diferente da acordada. Aí não há cumprimento imperfeito, tão-somente um claro não cumprimento. No caso da pintura não agradar o tomador do serviço, que a considere imperfeita, exigindo o retorno do pintor para reparação, a pretensão à prestação primária desaparece, nascendo exclusivamente direito àquela reparatória. Na esteira das considerações, por ora traçadas, não haveria de se falar em mora.

Totalmente diferente, ainda, seria o caso do pintor que, ao realizar o serviço de pintura de forma, técnica e qualidade perfeita, causa danos ao patrimônio do contratante, destruindo o mobiliário de sua residência. O interesse prestacional do credor foi satisfeito, uma vez que a pintura foi realizada de forma irreparável. Foram atingidos, no entanto, interesses, direitos e bens outros do credor, os quais, por observância ao princípio da boa-fé objetiva, devem ser respeitados pelas partes envolvidas na relação obrigacional.

A questão que se coloca, diante destes exemplos, é como se daria a purgação da mora. Certo é que, nos casos em que não houve prestação, seja porque o pintor deixou de pintar a casa, seja porque o fez na forma errada, i.e, utilizando cor diferente da contratada, pode o credor exigir o cumprimento desta mesma prestação. No entanto, na hipótese dos danos causados ao patrimônio do contratante, ainda que decorrentes da contratação, não se assevera ligação direta com o objeto principal do contrato. Neste caso, tendo sido a prestação principal cumprida, o pintar a casa, não encontra aplicação o art. 401, I, do Código Civil Brasileiro. O direito do credor é aquele que diz respeito à reparação dos prejuízos, resolvendo-se a obrigação em perdas e danos e sendo absolutamente impensável que ele possa exigir o cumprimento da obrigação que, tecnicamente, já foi cumprida. Da mesma forma quando o cumprimento é realizado de forma não-satisfatória, exigindo a reparação dos

danos: nestes casos o devido não será a prestação primária acrescida da prestação reparatória, mas tão somente esta.<sup>435</sup>

Analisando-se os (simples) exemplos acima, e ainda dentro da análise das conseqüências da aplicação do efeito da mora às relações obrigacionais, haveria importante distinção na aplicação do art. 399 do Código Civil, o qual regula a perpetuação da obrigação do devedor moroso. Linhas gerais, pode-se dizer que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação ocorrida durante o atraso, ainda que por caso fortuito ou força maior. Ora, tal se dá porque a prestação ainda não foi prestada, incluindo-se neste rol aquelas mal efetuadas (i.e. violadoras do modo e lugar convencionados, desde que impliquem atraso no prestar). No caso da pintura da casa com danos ao patrimônio do contratante, não haveria aplicação deste artigo, fundamental no regime da mora, razão pela qual se sustenta, também por esta razão, a redução da mora à prestação principal.

Se o entendimento da mora ampliar-se para além dos deveres de prestação, ter-se-ia a situação de um instituto jurídico, o efeito mora enquanto inadimplemento obrigacional, com diferentes conseqüências jurídicas a depender da espécie de dever violado, inclusive com a negação de um de seus principais efeitos, exatamente a *perpetuatio obligationis*.

Assim, tratando-se de dever de prestação, haveria aplicação da perpetuação da responsabilidade do devedor por impossibilidade superveniente, assim como a possibilidade de purgação da mora, com o oferecimento da prestação (no modo e lugar devidos). Na hipótese de quebra de deveres laterais decorrentes da boa-fé, não teria aplicação a responsabilidade por impossibilidade superveniente da prestação, exatamente por ter esta já sido prestada, nem de purgação da mora pelo oferecimento da prestação devida, já oferecida. A reparação de defeitos ou vícios, frise-se, não se confunde com a prestação principal. Exatamente por este motivo, não entram na análise empreendida problemas referentes ao objeto prestado ou à prestação efetuada, abarcados que estão no regramento referente aos vícios.

Não se nega, portanto, que o conceito de mora no direito brasileiro possa ser mais amplo do que o usualmente encontrado na doutrina

---

<sup>435</sup> Idem, p. 166.



estrangeira. Apenas esta consideração já seria suficiente para indicar, ao estudioso do direito, uma atenção redobrada quando analisa, comparativamente, o inadimplemento das obrigações no ordenamento brasileiro e as experiências jurídicas alienígenas. Ao tema que se estuda, no entanto, este alerta mostra-se insuficiente. É imprescindível ter em mente que as noções de mora, cumprimento imperfeito e violação positiva do contrato são singulares no Brasil, e só podem ser corretamente apreendidas dentro da sistemática aqui adotada.

#### 4.3.2 Mora e cumprimento imperfeito

O tratamento do chamado *cumprimento imperfeito* encontra lugar quando da análise da *mora* no Direito Brasileiro exatamente pela necessária distinção entre estas duas categorias e, como se verá mais adiante, também pelo enquadramento da primeira no conceito geral da violação positiva do contrato. Por ordem, inicia-se o estudo pela doutrina portuguesa, buscando-se demonstrar as especificidades dos conceitos à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

Segundo leciona João de Matos ANTUNES VARELA, estariam abrangidas no termo *cumprimento imperfeito* tanto as deficiências na prestação principal quanto a violação dos deveres acessórios de conduta.<sup>436</sup> Justifica-se o tratamento conjunto destas diferentes hipóteses pela regulação da mora no ordenamento jurídico português, que abrange exclusivamente o critério temporal, aliado ao fato de que a regulação dos *defeitos*, leia-se vícios da coisa, encontra-se fragmentada nas normas dos contratos em espécie.<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol II), p. 130. Afirma o autor: “O cumprimento defeituoso abrange, não só as deficiências da *prestação principal* ou de qualquer dever secundário de prestação, como também a violação dos *deveres acessórios* de conduta que, por força da lei (por via de regra, através das normas dispositivas), se integram na relação creditória, em geral, e na relação contratual em especial” (Ibidem).

<sup>437</sup> Idem, p. 127. O autor parte do art. 799º, 1 do Código civil português para afirmar que a regulamentação do cumprimento defeituoso está fragmentariamente dispersa nas normas dos contratos em especial. No mesmo sentido é a lição de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, ao tratar do modelo majoritário adotado por Portugal quanto ao regramento dos vícios e da mora: “dispõe sobre os vícios particularizadamente na regulação específica *dos tipos contratuais*” e o brasileiro “que dispõe genericamente sobre as conseqüências dos vícios para *todos os contratos que reúnam determinadas características*” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 186).

No Brasil, no entanto, o panorama que se apresente é deveras diverso. A citar, atenção especial deve ser deferida à ampla conceituação da mora, ao tratamento geral dos vícios do objeto, sejam eles ocultos no Código Civil sejam aparentes e de fácil constatação no Código de Defesa do Consumidor, e à falta de homogeneidade na conceituação do cumprimento imperfeito.

Ainda na doutrina portuguesa, Mário Júlio de ALMEIDA COSTA define o cumprimento defeituoso como espécie de não cumprimento, polarizada na violação do crédito que não provenha de omissão ou atraso no cumprimento “antes dos vícios ou deficiências da prestação efectuada – que, portanto, se realiza, embora não como se impunha”<sup>438</sup>, ligando-a à *violação positiva do contrato* da doutrina alemã. Sob tal conceito residual, engloba, o autor, tanto os casos de execução defeituosa, quanto os de violação de deveres acessórios ou laterais.<sup>439</sup> Na doutrina brasileira, afirma Araken de ASSIS que sob o vocábulo *adimplemento ruim* dever-se-ia entender aqueles casos em que o obrigado adimpliu, mas o fez incorretamente pelo descumprimento dos deveres laterais e acessórios.<sup>440</sup>

Somente deste par de orientações doutrinárias salta aos olhos, novamente, a falta de homogeneidade quando do tratamento da figura, seja em relação à sua nomenclatura seja em relação à sua abrangência. Se a lição dos doutrinadores portugueses é correta e amplamente aplicável no ordenamento jurídico de Portugal, o transporte do conceito ao Direito Brasileiro deve preceder de uma *aclimatização*.

Ressaltam-se dois pontos como cardeais: a) em um primeiro momento a indagação se há espécie de cumprimento imperfeito na base da mora no direito pátrio; e b) em segundo ponto, a atenção ao estudo das especificidades do inadimplemento das obrigações e o regramento acerca dos vícios que tocam ao objeto da prestação e não a prestação em si, especialmente quando considerada a disciplina traçada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao primeiro ponto, ter-se-ia de lapidar o conceito de cumprimento imperfeito para que se possa traçar disciplina conjunta com a da mora. Neste sentido, a fonte de discussões não está propriamente no *atraso* da

---

<sup>438</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p. 1058.

<sup>439</sup> *Idem*, p. 1060.

<sup>440</sup> ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 126.

prestação a que se refere o art. 394 do Código Civil, mas, sim, na realização desta em local ou modo diverso do pactuado, e que poderia ensejar o alargamento do conceito de mora para abarcar o cumprimento imperfeito.

Retomando as linhas traçadas acerca do conceito singular de mora no direito brasileiro, pode-se aventar que *tempo, lugar e modo* formam o conjunto de características através das quais se deve avaliar o cumprimento da prestação principal. Estão, tais noções, na base não apenas da mora, como também da disciplina do inadimplemento absoluto, no sentido de que não prestada no tempo, lugar e modo devidos, pode perder o credor o interesse na prestação.

Não constituem objeto de análise características próprias do objeto prestado que o tornem defeituoso, viciado ou de qualidade insatisfatória. O mesmo não se aplica ao caso de ser prestado objeto diverso do pactuado já que, aqui, o “mau” cumprimento equivale a um não cumprimento efetivo. Tecnicamente, tal violação não se enquadra no conceito de *cumprimento imperfeito*, uma vez que este pressupõe vícios no objeto entregue ou no objeto da prestação realizada, além da produção de danos seqüenciais, como se verá adiante.

Assim, não parece ser correto, na disciplina legal e doutrinária brasileira, igualar os termos cumprimento defeituoso e mora. É esta a lição que se extraí do seguinte excerto de PONTES DE MIRANDA:

“na 2ª parte do art. 1.056 [atual art. 389 com modificação de redação já anotada acima – referencia cruzada] e na 2ª parte do art. 955 [correspondente ao art. 394], em termos exemplificativos, alude-se ao adimplemento não satisfatório, ou ruim. A não-satisfação pode provir de ser antes ou depois do termo fixado, ou fora do lugar que fôra indicado, ou em quantidade inferior à que se prometera, ou em qualidade inferior a que se havia de exigir (às vezes, a qualidade superior não satisfaz, como se o comprador precisa de peças da série *b*, e não de peças da série *a*, superior)”.<sup>441</sup>

O que se sublinha da lição de PONTES DE MIRANDA é, exatamente, que o adimplemento ruim, por ele tratado, corresponde tanto ao inadimplemento absoluto quanto à mora pela quebra do modo (“em sentido larguíssimo”<sup>442</sup>), ocorrendo quando do não cumprimento da prestação

<sup>441</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tomo XXVI., p. 15.

<sup>442</sup> *Ibidem*.

acordada por quebra do tempo, do lugar ou do modo (incluindo a entrega de coisa diversa ou de qualidade diversa da contratada). Para o doutrinador, ao cumprimento imperfeito seriam aplicáveis as regras específicas do inadimplemento absoluto ou da mora, a depender da análise da possibilidade da prestação, o que, evidentemente, não é o mesmo que igualar as figuras.

Na visão aqui adotada, porém, constituem estas hipóteses uma terceira via de descumprimento contratual, à qual se traçam conseqüências jurídicas próprias que não se confundem com aquelas previstas às tradicionais figuras do inadimplemento absoluto e da mora.

Diferente é o caso em que há descompasso entre o produto entregue e o produto acordado, fato que não constitui vício de qualidade do produto em si, sendo antes efetivo não cumprimento da obrigação. Se tal será enquadrado enquanto mora ou inadimplemento absoluto, está a depender da análise da possibilidade de satisfação extemporânea do credor.

A este respeito, convém fazer menção a entendimento de que o cumprimento imperfeito estava abarcado no direito civil pátrio pela então redação do art. 1.056 do Código Civil de 1916, que expressamente consignava o “lugar, tempo e modo” da prestação. Somente a título exemplificativo, faz-se nota de Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES, ao afirmarem, que “o cumprimento defeituoso era explicitamente previsto no CC1916, cujo art. 1.056 estipulava a responsabilidade do devedor que não cumpria a obrigação ou deixava de cumpri-la ‘pelo modo e no tempo devidos’”.<sup>443</sup> Em que pese os argumentos trazidos pelos autores, parece ser mais correto o entendimento de que o cumprimento engloba, por óbvio, considerações quanto ao modo da prestação, razão pela qual é indiferente a aposição do termo na letra da lei.

Afirma João de Matos ANTUNES VARELA, ao tratar do cumprimento imperfeito, que, “se há *irregularidade* na prestação, mas o credor reage fundamentalmente à sua recepção (*recusando* a sua aceitação ou *rejeitando-a* pura e simplesmente), o cumprimento defeituoso não se distinguirá, em regra, do não cumprimento ou da mora, consoante os casos”.<sup>444</sup> Os casos de cumprimento imperfeito propriamente dito estariam, na visão do autor,

---

<sup>443</sup> TEPEDINO, Gustavo [et.al.], *op.cit.*, p. 693.

<sup>444</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol. II), p. 128.

polarizados nas hipóteses em que o defeito ou a irregularidade da má prestação causa danos ao credor ou desvaloriza a prestação, impede ou dificulta o fim a qual ela se encontra afetada.<sup>445</sup> Por ora, diga-se que há necessidade da circunstância adicional de causação de dano típico, que não a mera realização de prestação defeituosa. Mais ainda, e a partir deste entendimento, deve-se frisar que o dano causado não provém de uma violação negativa do crédito, ou de um não prestar, o que reafirma a necessária distinção das figuras ora tratadas.

Se em Portugal o cumprimento imperfeito, correspondente à denominada violação positiva do contrato, “goza hoje de foros de cidadania praticamente indiscutidos”<sup>446</sup>, no Brasil, mostra-se ele, ao menos em um primeiro momento, imbricado na complexa disciplina que envolve o conceito de mora, o regulamento dos vícios, especificidade da tutela do consumidor e as considerações acerca da quebra de deveres laterais. Somente a título exemplificativo, veja-se que algumas situações narradas pela doutrina portuguesa como cumprimento imperfeito seriam, em território pátrio, tuteladas por normas diversas.

Assim se dá com o exemplo novamente retirado de João de Matos ANTUNES VARELA em que “a telha colocada na cobertura do edifício era de tal qualidade que, à primeira chuvada, este meteu água e várias divisões sofreram estragos”.<sup>447</sup> É certo que os danos daí advindos não têm por fonte o não cumprimento e, sim, um defeito do serviço prestado. Caso se considere a relação travada entre o prestador do serviço e o tomador como relação de consumo, a disciplina aplicável seria aquela do CDC, referente à responsabilidade por fato do serviço. Somente na hipótese de negativa da relação consumeirista é que se poderia aventar o enquadramento como uma terceira hipótese de descumprimento contratual, mas nunca como mora, tendo em vista as considerações acima traçadas. Em mora está o telhador que deixa de fazer o telhado no prazo devido.

Em estudo relacionado à violação positiva do contrato, há, ainda, de se fazer outro alerta. Nesse sentido, mesmo quando Manuel A. Carneiro da

---

<sup>445</sup> Ainda segundo ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol. II), p. 129.

<sup>446</sup> FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato...*, p. 28.

<sup>447</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol. II), p. 129.

FRADA trata a violação positiva do contrato sob a rubrica de cumprimento defeituoso, o faz ressaltando que nenhuma nomenclatura dada à figura é totalmente satisfatória<sup>448</sup> e, procedendo-se à aclimação ao esquema brasileiro, tal igualação é fonte de dúvidas e confusões. Mais do que problema terminológico, no entanto, busca-se no presente trabalho a lapidação do alcance da figura.

Frise-se, novamente, a impossibilidade de ler termos e conceitos desconectados do ordenamento de onde provém. As lições portuguesas são, de forma evidente, corretas quando aplicadas à disciplina estatuída no Código Civil Português, especialmente à luz do art. 799º deste diploma legal<sup>449</sup>, e ao tratamento dispensado aos vícios, quando da regulação dos contratos em espécie. No Brasil, entretanto, há de se fazer a devida leitura de acordo com o tratamento do descumprimento contratual oferecido pelo Código Civil. Não se trata de negar a importância doutrinária do *cumprimento imperfeito*, absolutamente, mas, apenas, de reconhecer a impossibilidade de tratamento unitário do conceito em identidade com a violação positiva do contrato ou com a mora.

A resposta à primeira indagação provocada, portanto, deve ser feita negativamente. O cumprimento imperfeito, entendido enquanto circunscrito a irregularidades do objeto da prestação, seja ela de dar, fazer ou de não fazer, não se liga ao efeito *mora* no direito brasileiro, mesmo que o considerando de forma ampla. A distinção fundamenta-se na existência de um defeito no *ato de prestar* (por ofensa ao tempo, ao lugar ou ao modo devidos), e não ao objeto da prestação, como constitutivo de hipótese de mora.

Em relação ao segundo questionamento, o qual será tratado mais a fundo quando da exposição do Capítulo 6, referente à violação positiva do contrato propriamente dita, traçam-se aqui algumas perfunctórias observações.

Em que pese a constatação de que o cumprimento defeituoso tem amplitude e significado diversos nas doutrinas brasileira e portuguesa pode-se, com cautela, utilizar-se de lições de qualidade dos doutrinadores daquele país.

---

<sup>448</sup> FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato...*, p. 30.

<sup>449</sup> *In verbis*: “1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”

Manuel A. Carneiro da FRADA, por exemplo, distingue dois casos principais de ocorrência do cumprimento defeituoso no direito português, a saber, aquele em que há realização deficiente da prestação “e desta decorrem para o credor danos autônomos em relação ao prejuízo do não cumprimento (exacto) propriamente dito” e, aquele em que o dano ocorreu por quebra de violação de dever de comportamento, e não exatamente do dever de prestação.<sup>450</sup> As duas hipóteses, afirma o autor, “têm em comum o aparecimento de danos que não se traduzem na pura omissão (irremediável ou temporária) do cumprimento da obrigação”.<sup>451</sup>

Exemplifica o doutrinador com construções de Josef ESSER e Eike SCHMITT. Referente ao primeiro grupo de casos, em que há realização deficiente da prestação, cite-se o caso de “betoneira que, por deficiente informação das condições e modo de utilização, produz betão inconsistente, o que leva a despesas com a destruição e reconstrução de paredes já levantadas” e, em relação ao caso de quebra de deveres de comportamento propriamente ditos, “a venda de pesticida altamente tóxico em que, a não comunicação, ao comprador, de certas precauções de utilização, está na origem de lesões na saúde deste”.<sup>452</sup>

No classificação adotada neste trabalho, no entanto, em ambos os casos houve quebra de um efetivo dever decorrente da boa-fé, seja o dever de informação, seja aquele dever de proteção à vida, bens jurídicos e direito da outra parte. Mais ainda, conforme se vê da redação original do primeiro exemplo, os danos não foram causados por um vício ou defeito na betoneira em si, mas antes da incorreta explicação de uso<sup>453</sup>, típico dever decorrente da

---

<sup>450</sup> FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato...*, p. 32.

<sup>451</sup> *Idem*, p. 33

<sup>452</sup> ESSER, Josef e SCHMITT, Eike. *Schuldrecht. Band I: Allgemeiner Teil*. 6. Völlig neubearbeitet Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1984, *apud* FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato...*, p. 23. Sustentam ESSER e SCHMITT a inclusão, na figura de “cumprimento defeituoso”, dos casos em que “prestações acessórias ou deveres acessórios, cuja função específica é tornar possível e segura a correta a execução prestacional, são violados”. Tradução livre de: “in denen *Nebenleistungen* – bzw. *Nebenpflichten* verletzt worden sind, deren spezifische Funktion in der Ermöglichung und Sicherung des korrekten Leistungsvollzugs liegt” (ESSER, Josef e SCHMITT, Eike. *Schuldrecht. Band I: Allgemeiner Teil*. 6. Völlig neubearbeitet Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1984, p. 448).

<sup>453</sup> *Ibidem*.

boa-fé objetiva.<sup>454</sup> Conduziria a resultado outro a constatação de que o equipamento era defeituoso.

Transpondo tais exemplos para o direito brasileiro, pode-se dizer, com grande margem de certeza, que tais não encontram abrigo, seja na definição doutrinária do inadimplemento absoluto, seja no conceito legal de mora, ainda que alargado. Primeiramente, em nenhum dos casos ter-se-ia de aventar impossibilidade da prestação, tendo sido esta (entendida enquanto dever primário de prestação) oportunamente cumprida. Também lhe faltam o substrato da mora em relação ao tempo, modo ou lugar. A satisfação do credor encontra guarida no oferecimento da prestação principal; os danos advindos pela quebra de deveres de conduta são, de certa forma, autônomos ao objetivo e simples fato do descumprimento da prestação.

Diferente seria a hipótese, por certo, em que se cogitasse um incorreto cumprimento da própria prestação principal. Assim, ao invés de entregar o pesticida no lugar aventado, o faz o devedor em localidade outra que não satisfaz o interesse do credor. Em relação à betoneira, procede o devedor à entrega de marca e ano diversos do contratado. Evidente que, neste par de casos, não haverá efetiva satisfação do interesse do credor na prestação, estando o devedor em mora até que a providencie do modo acordado. Ocorre que, nestas hipóteses, o dano advém de um não cumprimento, uma vez que ausente a tripartida qualificação do adimplemento como cumprimento no tempo, lugar e modo devidos.

A diferenciação dos casos de violação de deveres laterais e do cumprimento imperfeito encontra abrigo na doutrina alemã após a *Reforma*, que incluiu ambas as figuras sob o manto da geral da quebra de deveres. Não se trata de negar que ambas as hipóteses estariam englobadas na original configuração da violação positiva do contrato, idealizada por Hermann STAUB, e a qual se dedicará adiante, pelo contrário. Como se verá, sob esta nomenclatura poder-se-ia extrair diversas situações fáticas, cuja compreensão avulta de especial importância para a possível utilização do termo no direito brasileiro. Somente a título ilustrativo, veja-se a afirmação de Franz WIEACKER no sentido de que a figura identificada por STAUB é

---

<sup>454</sup> E, nas relações de consumo, diretamente da lei.



“frequentemente, mas nem sempre, verificada aquando de um acto incorrecto de cumprimento”.<sup>455</sup>

Mais uma especificidade do conceito, em relação ao direito brasileiro, deve ser destacada antes de se prosseguir no estudo proposto. Trata-se, exatamente, da regulação de vícios, ocultos ou não, no Código de Defesa do Consumidor e dos vícios redibitórios e garantias pela evicção aos contratos comutativos no Código Civil. Neste sentido, deve-se afirmar que a disciplina dos vícios pode importar no afastamento do tratamento de defeitos no objeto, seja em relação à mora, seja em relação ao cumprimento defeituoso.

Assim, ao rejeitar uma visão ampla do conceito de mora no direito brasileiro, Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA destaca, como obstáculo, “a obscuridade na separação, que o modelo promove, entre as regras da mora e as regras sobre vícios”.<sup>456</sup> Tal se dá pela igualação que assim se procederia, na visão do autor, entre o atraso no *ato* de prestar e na *realização do objeto da prestação*.<sup>457</sup> A adoção do ponto de vista do autor em relação à mora já foi justificada no tópico anterior. Por ora, fixa-se a análise na incompatibilidade de tratamento do cumprimento imperfeito, no Brasil, tal como feito na doutrina estrangeira, especialmente aqui na portuguesa e alemã.

A especificidade reside no tratamento genérico dos vícios, tanto no Código Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor, ao qual se acrescenta o fato de que obedecem a conseqüências próprias e expressamente consignadas na lei. Desta monta, seria incorreta a conclusão que, embasada na doutrina alemã de Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER, por exemplo, considerasse “cumprimento ruim quando a prestação fornecida for total ou parcialmente desconforme à qualidade ajustada”<sup>458</sup> ou, ainda, aquela trazida por Volker EMMERICH no sentido de ser o cumprimento imperfeito “todo cumprimento defeituoso de um dever de prestação que não tenha por conseqüência a impossibilidade ou a mora”.<sup>459</sup>

---

<sup>455</sup> WIEACKER, Franz. *História...*, p. 598.

<sup>456</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...* p. 166

<sup>457</sup> *Ibidem*.

<sup>458</sup> Tradução livre de: “von einer Schelchtleistung spricht man, wenn die erbrachte Leistung ganz oder teilweise nicht der vereibarten Qualität entspricht”. (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit*, p. 260).

<sup>459</sup> Tradução livre de „als Schlechterfüllung oder Schlechtleistung bezeichnetman jede mangelhafte Erfüllung einer *Leistungspflicht*, die weder Unmöglichkeit noch Verzug zur Folge

Em primeiro ponto, porque a entrega de objeto diverso do acordado pode ser classificada como não cumprimento propriamente dito. Em segundo ponto, de especial importância, porque vícios referentes ao objeto da prestação, ou seja, à coisa entregue ou ao serviço prestado, podem estar regulados por regras próprias, a depender da classificação do vício, oculto ou não, e da relação obrigacional, de consumo ou não.

Para tornar mais concreta a distinção, faz-se menção a exemplos retirados de Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER, tratados na Alemanha como hipóteses de cumprimento imperfeito (*Schlechtleistung*):

- (i) K compra de V 100 garrafas de vinho. V entrega apenas 60 garrafas e comunica imediatamente que não irá providenciar maior quantidade. Pode o furioso K devolver as 60 garrafas e pedir o ressarcimento dos custos (mais elevados) pela aquisição dos vinhos de outro comerciante?
- (ii) Como seria a ação judicial, se no caso anterior fossem as 100 garrafas de fato enviadas, mas 40 delas impróprias para consumo?
- (iii) V entrega a K um aquário defeituoso. Este vem a vazar água e causa danos ao piso de *parquet* de K. Direitos de K?<sup>460</sup>

O primeiro exemplo, (i), liga-se, no Brasil, ao direito do credor de não receber a prestação devida em partes, ainda que seja esta divisível (art. 314 do Código Civil). Estará o devedor em mora enquanto não entregar as 100 garrafas, não se satisfazendo o credor com a entrega de 60 delas ou, alternativamente, caso haja o aceite, adimplemento parcial, persistindo o inadimplemento em relação às garrafas não prestadas. No segundo exemplo, (ii), a impropriedade está na qualidade das garrafas enviadas e não na prestação realizada pelo devedor, razão pela qual se afasta de plano a aplicação dos efeitos da mora. Em sendo a relação travada de consumo, incide em espécie o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, havendo configuração de vício de produto e abrindo-se ao consumidor a possibilidade

---

hat“ (EMMERICH, Volker. *Das Recht der Leistungsstörungen*. 6. Auflage. Munique: C.H. Beck, 2005, p. 317).

<sup>460</sup> Tradução livre: “(b) K kauft bei V 100 Flaschen Wein. V liefert nur 60 und teilt auch gleich mit, keine größere Menge für K zur Verfügung zu stellen. Kann der erboste K die 60 Flaschen zurückgeben und Ersatz der (höheren) Kosten für eine Beschaffung des Weins bei einem anderen Händler verlangen? (c) Wie ist die Rechtsklage, wenn im Fall b V zwar 100 Flaschen liefert, von denen aber 40 ungenießbar sind? (d) V liefert dem K ein defektes Aquarium. Dieses läuft aus und beschädigt den Parkettboden des K. Rechte des K?” (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit*, p. 260).

de substituição do produto, ressarcimento do valor pago e abatimento proporcional do preço.

Na hipótese de ser o contrato civil, não afeto à disciplina do direito do consumo, aplicar-se-lhe-iam as regras referentes aos vícios redibitórios, vez que o comprador não pode precisar, de antemão, que o vinho engarrafado está em condições de consumo. O mesmo se diga em relação ao exemplo terceiro, (iii), somente com a ressalva que o vício do aquário poderia não ser oculto e, em não sendo o contrato qualificado enquanto de consumo, não haveria aplicação das regras do Código Civil, já que estas se referem de forma exclusiva aos defeitos redibitórios.

Dos três exemplos citados, portanto, somente do terceiro avulta possibilidade de enquadramento como cumprimento imperfeito no Brasil, condicionada à qualificação do vício como oculto ou não e, mais ainda, em não sendo aplicável a disciplina consumerista. A peculiaridade reside na causação de dano, no caso em tela a danificação do piso. Nesse sentido convém fazer menção à lição de Paulo Luiz NETTO LÔBO ao afirmar que o CDC expandiu as possibilidades de solução dos antigos vícios redibitórios sendo que, da prestação defeituosa do serviço, nasce, ao consumidor, a opção entre as alternativas do art. 20 e art. 14 do referido diploma legal.<sup>461</sup> Com tais constatações, o autor conclui que resulta “em solução legal muito próxima à teoria da violação positiva da obrigação<sup>462</sup>, entendida por ele como “violação do dever geral de adimplir diligentemente a prestação de modo satisfatório e adequado, além da violação dos deveres gerais de boa fé”.<sup>463</sup> A proposição se dá no sentido de que é fora do direito do consumidor que a doutrina tem aplicação privilegiada, ao que se voltará adiante.

Poder-se-ia dizer, em um aspecto amplo, que a prestação de coisa viciada é, de fato, um *cumprimento imperfeito*, uma vez que não há satisfação dos interesses do credor na prestação. Ocorre que, para tais casos, traçou o direito civil brasileiro conseqüência própria que, de certa forma, se afasta daquela destinada ao inadimplemento contratual, dando azo à aplicação de regras e efeitos singulares.

---

<sup>461</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 302.

<sup>462</sup> *Ibidem*.

<sup>463</sup> *Ibidem*.

Ressalte-se, no entanto, que, em contratos de fornecimento de longa duração, o entendimento de que a prestação de coisa defeituosa enseja apenas a aplicação das regras acerca dos vícios e garantias legais da prestação pode levar a resultado indesejável, especialmente a partir do entendimento da relação obrigacional como ordem de cooperação. Mais ainda, em certos casos há causação de danos típicos e seqüenciais ao defeito da prestação, residindo, aí, o fator fundamental na compreensão e configuração do cumprimento imperfeito. Ao tema voltar-se-á adiante.

A título conclusivo, portanto, ao menos da matéria referente à mora, assume-se o posicionamento de que o incorreto cumprimento que está em sua base diz única e exclusivamente respeito à quebra do *modo* referente à prestação principal, a qual importe, adicionalmente, um efetivo não cumprimento prestacional. Irregularidades, defeitos, vícios ou impropriedades do objeto da prestação (objeto mediato da obrigação) não constituem mora.

Não sendo a prestação efetuada no tempo, no lugar e no modo devidos, embora haja quem avenge hipótese de cumprimento imperfeito, há efetivo não cumprimento: o cumprimento só nasce quando presentes todos os requisitos do art. 394, seja para configuração do inadimplemento absoluto, seja para configuração da mora.

Independente da nomenclatura adotada, o importante é que se distingam estes casos daqueles em que a prestação é efetuada, mas possui vícios em seu objeto, ou das hipóteses em que não há de se considerar qualquer improbidade na prestação principal, advindo, os danos, da quebra da base de confiança que deve presidir o tráfego negocial, e que será melhor estudada em capítulo próximo.

No mais, reside aí a verdadeira lacuna conceitual da matéria de descumprimento obrigacional no direito brasileiro, não tanto pela falta de regulamentação legal, conforme se viu inexistente inclusive para os casos de inadimplemento absoluto, mas, especificamente, pela necessidade de dar efetiva vida à cláusula geral de boa-fé objetiva, aprisionada que está a mero parâmetro interpretativo e conceito vazio sem a devida aplicação.

Antes de se dedicar ao estudo de tal lacuna, introduz-se capítulo destinado à análise da conformação do descumprimento obrigacional no ordenamento jurídico alemão, seio da origem e, seguramente, do maior

desenvolvimento da doutrina da violação positiva do contrato. A justificativa encontrada para se traçar estas linhas, ainda que breves, reside nas peculiaridades existentes na configuração do descumprimento no Código Civil Brasileiro e ao fato de que, não raro, a adoção de referida doutrina é trabalhada sem a confrontação dos conceitos de impossibilidade, inadimplemento absoluto e mora em ambos os ordenamentos jurídicos. Tal confrontação, de pressupostos de análise, acabou por se tornar condicionante imprescindível para a correta apreensão da figura.

A análise que se procede, portanto, tem por fundamento dar ao leitor conceitos básicos das perturbações do direito obrigacional na Alemanha, com vistas a validar os resultados que se demonstrará no Capítulo 6.

## 5. Perturbações na relação obrigacional no Direito Alemão: descumprimento contratual

O estudo do Direito obrigacional alemão, ainda que a teoria da *Violação Positiva do Contrato* remonte ao início do século passado, deve principiar com o alerta de que há, em realidade, dois direitos obrigacionais alemães: antes e depois da “Lei de Modernização do Direito Obrigacional”<sup>464</sup>, empreendida em 2001. Nesse sentido, não raro o período após a *Reforma* é denominado de novo direito obrigacional, afirmando Dirk LOOSCHELDERS, por exemplo, que “a lei de modernização do direito obrigacional de 26.11.2001, entrada em vigor em 1.1.2002, mudou fundamentalmente a estrutura do direito obrigacional alemão”.<sup>465</sup> Importante ressaltar, ainda conforme LOOSCHELDERS, que “o núcleo do ‘direito da relação obrigacional’, desde a entrada em vigor do BGB, permaneceu mais de 100 anos inalterado”<sup>466</sup>, o que não parece, nem é, o mesmo que dizer que o direito obrigacional alemão não tenha sido objeto de competente desenvolvimento.

No mais, destaque-se opinião corrente de que a *Reforma* teve como fundamento maior a necessidade de adaptação às Diretivas Europeias, como se vê na afirmação de Volker EMMERICH “a transposição dos termos das Diretivas fez com que a modificação do Direito Obrigacional fosse inevitável”<sup>467</sup>,

<sup>464</sup> A referência a esta lei será adiante feita por *Reforma*. Por uma questão de ordem, quando se fizer referência a parágrafos do BGB antes da *Reforma*, far-se-á expressa menção a tal. Assim, na ausência de qualquer indicação, a redação tratada é a atual, já modificada.

<sup>465</sup> Tradução livre de: “Das am 1.1.2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (SchuldRModG) vom 26.11.2001 hat die Struktur des deutschen Schuldrechts grundlegend verändert” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2007), prefácio).

<sup>466</sup> Idem, p. 22. Tradução livre de: „ist das ‚Recht der Schuldverhältnisse‘ nach dem Infratreten des BGB übermeh als 100 Jahre in Kern unverändert geblieben“.

<sup>467</sup> Tradução livre de: “die Umsetzung der genannten Richtlinien machte Änderung des Schuldrechts des BGB unausweichlich” (EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 09). Relata Carl Friedrich NORDMEIER o histórico da Lei de Modernização do Direito Obrigacional, o qual se entende conveniente transcrever para melhor entendimento do leitor: “As raízes da reforma encontra-se já no ano 1978, quando o então Ministro da Justiça, Hans-Jochen Vogel, considerou necessária uma revisão do direito das obrigações e anunciou a instalação de uma comissão. Sob encomenda do Governo Federal, 24 pareceres sobre o assunto foram elaborados nos anos de 1981 a 1983, e criou-se uma comissão para a reforma em 1984 (...) Depois seguiu um período longo de inatividade; somente em 2000, a reforma do direito das obrigações foi retomada. Em agosto daquele ano, o Ministério da Justiça lançou um ‘projeto de discussão sobre uma lei para a modernização do direito das obrigações’. Esta reanimação surpreendente da reforma não se deu por causa do âmbito nacional, mas sim por obrigações oriundas do nível comunitário. Três Diretivas tiveram que ser internalizadas: a Diretiva concernente a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas, a Diretiva que estabelece medidas de luta contra os abusos de pagamento nas transações

do que com o descompasso do BGB às necessidades sociais, fator este creditado à enorme habilidade e competência da doutrina e jurisprudências alemãs. Como exemplo maior, cite-se o amplo reconhecimento da doutrina da *violação positiva do contrato*, ora estudada, em que pese a ausência de expresso texto legal que lhe desse guarida.

Tendo sido iniciada exatamente pela necessária adaptação à diretriz de proteção ao consumidor, fato é que “o Ministério da Justiça alemão usou a diretiva como uma espécie de força motriz para induzir o Parlamento a adotar uma ampla reforma do Código Civil, que viria a exceder em muito o escopo da diretiva”.<sup>468</sup> Empreendeu-se, assim, o que se chama de solução ampla (*große Lösung*), sendo que, através dela, o BGB sofreu a maior modificação desde sua entrada em vigor.<sup>469</sup>

Entre as mudanças, ocupa especial sítio a relativa às perturbações da prestação, em especial ao descumprimento contratual ou, conforme o novo sub-título do § 241 do BGB, e da nova sistemática adotada pelo § 280, a “violação de deveres” (*Pflichtverletzung*). É sobre esta rubrica que se trabalha, hoje, a generalidade dos casos de descumprimento contratual no direito alemão a qual, por sua amplitude, alberga, inevitavelmente, também os casos de violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*), antes não tratados de forma expressa no corpo da codificação.

Em realidade, subsiste no BGB a regulação expressa das tradicionais figuras da impossibilidade e da mora mas, nas palavras de Volker EMMERICH,

“as principais categoriais [refere-se à violação da obrigação] são a impossibilidade, o atraso e a geral quebra de dever, a qual pertencem o mau cumprimento (ou má prestação), a culpa nas tratativas negociais (culpa in contrahendo, c.i.c.) assim como a convencional violação positiva do contrato, ou melhor: violação positiva do crédito”.<sup>470</sup>

---

comerciais e a Diretiva relativa a certos aspectos legais de serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (‘Diretiva sobre o comércio eletrônico’). Como o prazo para a internalização da primeira esgotou-se em 1º.01.2002 e o direito alemão não correspondeu às suas exigências, foi necessário aplicar as mudanças exigidas” (NORDMEIER, Carl Friedrich. *op.cit.*, pp. 141-142). A partir destas exigências que o Ministério da Justiça alemão resolveu ampliar a *Reforma*, empreendendo a solução ampla de modificação do BGB para além das exigências comunitárias.

<sup>468</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo Direito das Obrigações na Alemanha*. In: Revista de Direito Comparado n. 25. Rio de Janeiro: IDCLB, 2003, p. 03.

<sup>469</sup> Conforme NORDMEIER, Carl Friedrich. *op.cit.*, p. 138.

<sup>470</sup> EMMERICH, Volker. Tradução livre de: „Die wichtigsten Erscheinungsformen sind die Unmöglichkeit, der Verzug und die allgemeine Pflichtverletzung, zu der vor allem die Schlechterfüllung (oder Schlechtleistung), das Verschulden bei Vertragsverhandlung (culpa in

Assim, ao lado das legalmente já consagradas figuras, optou o legislador da *Reforma* pela inclusão da noção geral de “violação de dever”, apta a abarcar, em seu manto conceitual, a maior parte das hipóteses de descumprimento obrigacional. O estudo individualizado de cada uma destas categorias conceituais mostra-se imprescindível para justificar a adoção da violação positiva do contrato no direito alemão e, em larga medida, também para a análise de sua aplicabilidade ao direito brasileiro.

A divisão a qual procede a doutrina alemã, novamente aqui se tomando por paradigma Volker EMMERICH, dar-se-ia entre as tradicionais figuras da perturbação, impossibilidade e mora, e os modos especiais de quebra de deveres, o cumprimento imperfeito e a quebra de deveres de proteção.<sup>471</sup> O conceito fundamental, central e abrangente de toda o descumprimento contratual, estaria na *quebra de deveres*, sejam estes principais, secundários ou laterais.

Para entender o porquê do nascimento de doutrina da violação positiva na Alemanha, cujo desenvolvimento é atribuído ao trabalho inaugural de Hermann STAUB em 1902, é preciso passar os olhos sobre a lacuna conceitual existente, neste Código, até a *Reforma* de 2002. Mais especificamente, embora nem antes nem depois da dita *Reforma* iguale-se o direito alemão à sistemática adotada pelo Código Civil brasileiro, nem se pretenda achar tal similitude, é certo que se desconhece, em território pátrio, a ampla figura das *perturbações no direito obrigacional* ou mesmo, em princípio, da ampla *violação de deveres*<sup>472</sup>, agora adotada no Direito Alemão. Por esta razão, entende-se não ser despropositado estudar algo já revogado na Alemanha. A justificativa tem duplo caráter: (i) compreender a “lacuna conceitual” à época do desenvolvimento da doutrina; e (ii) entender sua consagração dentro da *Reforma*, inclusive com modificação terminológica.

---

contrahendo, c.i.c), sowie die herkömmliche positive Vertrags-oder besser: Forderungsverletzung gehören“ (EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 02).

<sup>471</sup> Idem. A divisão pode ser verificada no próprio Sumário do livro.

<sup>472</sup> Diz-se aqui em princípio porque sob a expressão “não cumprida a obrigação” do art. 389 pode-se dizer que há adoção também de uma figura de quebra geral de deveres no Brasil. A diferença está justamente que na Alemanha o conceito está intimamente ligado às perturbações na relação obrigacional que englobam figuras não abrangidas pelo inadimplemento no Brasil, vide por exemplo a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor e a responsabilidade por vícios do objeto da prestação.



Na linha sistemática peculiar que marca profundamente o Direito Alemão, e que nesse sentido diferencia-se muito do Direito Brasileiro, parte-se naquele ordenamento após 2002, da figura geral de quebra de deveres (*Pflichtverletzung*) para se considerar as inúmeras hipóteses de responsabilidade por quebra contratual, sendo o § 280 do BGB o núcleo da disciplina. Para tanto, a doutrina alemã trabalha com uma série de casos de estudo, a citar o atraso na prestação, o mau-cumprimento, a quebra de deveres de proteção e a impossibilidade da prestação. De importante distinção com o Código Civil Brasileiro, os conceitos de impossibilidade e da mora são tratados em preceitos legais diversos daqueles que determinam o dever de reparação, havendo na letra da lei a separação entre o descumprimento contratual e seus efeitos. Na sistemática do BGB, o descumprimento provém da quebra objetiva de deveres, sendo a responsabilidade da parte por tal quebra fundamento do dever de reparação.

Por fim, uma vez que já traçado o quadro geral do descumprimento obrigacional no direito brasileiro, convém fazer o alerta que o Direito Alemão trabalha as hipóteses de descumprimento dentro da rubrica “*Störung im Schuldverhältnis*”, que poderia ser traduzida enquanto *perturbações, distúrbios, desordem* e até mesmo *problemas* na relação obrigacional.<sup>473</sup> Assim, novamente diferencia-se a sistemática do BGB e do direito obrigacional alemão com aquele existente no Brasil, o que reafirma a importância de não se ler os termos alemães em estrita correspondência às figuras brasileiras e, mais ainda, a impossibilidade de se simplesmente transportar soluções jurídicas alienígenas sem a competente leitura cultural.

Embora o estudo a que se propõe diga respeito unicamente à abertura de uma terceira via do descumprimento contratual no direito obrigacional brasileiro, para além das consagradas hipótese de inadimplemento absoluto e mora, fez-se a opção metodológica de traçar um panorama geral da configuração do descumprimento contratual no direito alemão, como forma de

---

<sup>473</sup> As traduções foram feitas livremente pela autora. O conceito é assim descrito por Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ: “quando uma prestação devida não é cumprida, não é cumprida tempestivamente ou não é cumprida adequadamente e nenhum modo indireto de extinção da obrigação tem fundamento, fala-se então de **perturbações obrigacionais**”. Tradução livre de: “Wenn eine geschuldete Leistung gar nicht, nicht rechtzeitig, oder nicht ordnungsgemäß wird auch keine Surrogation der Erfüllung eintritt, spricht man von einer **Leistungsstörung**” (MEDICUS, Hans e LORENZ, Stephan.*op.cit.*, p. 154).

mostrar ao leitor o caminho traçado até as conclusões ora dispostas, assim como facilitar a compreensão do todo, tendo em vista que se trabalha em ligação estreita com doutrinas e ordenamento jurídicos daquele país.

A justificativa também pode ser feita pelo fato de que a compreensão da obrigação enquanto complexo e processo foi amplamente desenvolvida na Alemanha, desde a entrada em vigor do BGB e de seu famoso parágrafo 242, não bastando o mero reconhecimento teórico de tais figuras sem o devido traçar de conseqüências pelo seu descumprimento.

### 5.1 Da impossibilidade (*Unmöglichkeit*)

A figura da impossibilidade tem especial importância no estudo do descumprimento contratual no direito alemão, sendo tratada por Dieter MEDICUS, antes da *Reforma*, como “fundamento central da pretensão no direito do inadimplemento”<sup>474</sup> e, mesmo após, permanecendo como conceito válido, como se vê em Claus-Wilhelm CANARIS que considera a figura o ponto de partida para análise da inexecução ou execução defeituosa.<sup>475</sup>

Segundo nova redação do § 275, 1, do BGB<sup>476</sup>, os deveres de

<sup>474</sup> Tradução livre de: “war die Unmöglichkeit eine zentrale Anspruchsgrundlage des Rechts der Leistungsstörungen” (MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*. 17. Auflage, München; Verlag C.H.Beck, 2006, p. 140). Optou-se por traduzir a expressão “Recht der Leistungsstörungen” enquanto “inadimplemento”, embora a tradução literal mais se aproximaria de “perturbação na prestação”.

<sup>475</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo...*, p. 09.

<sup>476</sup> Dispõe o § 275 do BGB:

**„Ausschluss der Leistungspflicht.** (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) <sup>1</sup>Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einen groben Missverhältniss zu dem Leistungsinteresses des Gläubigers steht. <sup>2</sup> Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zu zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311 a und 326“.

Tradução livre:

**Extinção do dever de prestar.** (1) A pretensão à prestação restará excluída na medida em que esta for impossível ao devedor ou a qualquer outra pessoa.

(2) O devedor pode recusar-se à prestação quando esta exija despesas que, em observância ao conteúdo da relação obrigacional e aos ditames da boa-fé objetiva, mostrem-se em grande descompasso com o interesse do credor na prestação. Para determinação do esforço esperado do devedor, é de se observar, também, se tem ele responsabilidade pelo obstáculo à prestação.

prestação se extinguem quando se tornam impossíveis de cumprimento ao devedor ou a qualquer outra pessoa. Trata-se do que se chama, em alemão, de impossibilidade (*Unmöglichkeit*), de forma que tradicionalmente, para este ordenamento, haveria duas formas gerais de perturbação contratual, a saber, a impossibilidade e a mora, que, hoje, obviamente estão incluídas no espaço albergado pela geral violação de deveres. Nas palavras de Claus-Wilhelm CANARIS, seria a definição de *impossibilidade* no Direito Alemão “uma particularidade da lei alemã, não encontrando paralelo nem no sistema legal anglo-saxão nem, por exemplo, no Código Civil da França”.<sup>477</sup> A afirmação é aplicável tanto à regulamentação do conceito anterior à *Reforma* quanto posteriormente, sendo aqui de se destacar que houve um alargamento de sua amplitude, conforme bem afirma António Manuel MENEZES CORDEIRO.<sup>478</sup>

Efetivamente muito peculiar, o conceito de impossibilidade, inclusive a possibilidade de separação entre aquela dita superveniente ou originária, sofreu grande transformação com a *Reforma*, que deu nova redação ao § 275 do BGB. Antes de 2002, dispunha referida norma que “o devedor se desincumbe do dever de prestar, à medida em que a prestação, tendo em vista circunstâncias ocorridas após a conclusão da relação obrigacional a ele não imputáveis, se tornar impossível”.<sup>479</sup> Desta forma, estaria aí regulada apenas hipótese de impossibilidade superveniente.

A antiga redação do § 280, por sua vez, dava conta da chamada impossibilidade superveniente imputável ao devedor, em especial ao ligá-la ao dever de reparação dos prejuízos causados. Antes de 2002, portanto, a diferenciação entre as duas hipóteses de impossibilidade, imputável ou não imputável ao devedor, encontrava fundamento no próprio texto legal, que as trabalhava em parágrafos diversos.

Tendo em vista que a *lacuna conceitual* apontada por Herman STAUB para a construção de sua doutrina da *violação positiva do contrato*, hoje

---

(3) Também pode o devedor recusar-se à prestação quando a deveria prestar pessoalmente e esta não lhe for exigível em consideração aos obstáculos que se lhe impõe e o interesse à prestação do credor.

(4) Os direitos do credor permanecem à luz dos §§ 280, 283 a 285, 311 a e 326.”

<sup>477</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo...*, p. 10.

<sup>478</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da modernização...*, p. 109.

<sup>479</sup> Tradução livre de: “Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird”.

renomeada, foi identificada exatamente na disciplina original do BGB e, tendo-se em conta a importância do conhecimento histórico da fonte do objeto de estudo deste trabalho, não descuida, o presente capítulo, também da análise da configuração da impossibilidade antes de 2002.

### 5.1.1 A impossibilidade antes e depois da *Reforma*

Antes de 2002 comentava a doutrina alemã que “em não sendo o devedor responsável pela impossibilidade objetiva ou subjetiva superveniente ou, estará ele liberado do dever de prestação, sem estar obrigado diante do credor à reparação”.<sup>480</sup> No mesmo sentido é a lição de Volker EMMERICH, lecionando sobre a mudança efetivada pela *Reforma*, ao lembrar que a responsabilidade do devedor pela impossibilidade superveniente era a pedra de toque para que nascesse ao credor a possibilidade de reparação por não cumprimento ou o direito de rescisão.<sup>481</sup>

Havia, no direito anterior à *Reforma*, duas reconhecidas distinções de impossibilidade, a saber, a originária/superveniente e objetiva/subjetiva (conhecida esta na doutrina alemã sob a nomenclatura *Unvermögen*<sup>482</sup>). Atualmente, segundo Dieter MEDICUS, “o novo § 275 não conhece tais diferenciações. Ele apenas preceitua se *no momento presente* há impossibilidade (a prestação é impossível)...”.<sup>483</sup> Some-se a isso o fato de que,

<sup>480</sup> Tradução livre de: “Hat der Schuldner eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit oder ein nachträgliches Unvermögen zur Leistung *nicht zu vertreten*, so wird er von der Leistungspflicht *frei*, ohne dem Gläubiger zum Schadenersatz verpflichtet zu sein” (LÖWISCH, Manfred, in: J. Von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse § 255-292. Berlin: Sellier – de Gruyter, 1995, p. 207).

<sup>481</sup> EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 09

<sup>482</sup> Sobre a distinção entre impossibilidade objetiva e subjetiva, afirma Karl LARENZ que se pode distinguir entre impossibilidade objetiva da prestação (*objektiver Unmöglichkeit der Leistung*) e incapacidade do devedor à prestação (*Unvermögen des Schuldners zur Leistung*). (LARENZ, Karl. *Lehrbuch ...*, p. 305). Não parece, porém, que o conceito de *Unvermögen* seja ligado exclusivamente à incapacidade financeira do devedor já que, em exemplo também de Karl LARENZ, seria incapaz de prestar o devedor que perde a propriedade prometida por meio de desapropriação. (Ibidem).

<sup>483</sup> Tradução livre de: “Der neue § 275 weiß von diesen Unterscheidungen nichts. Denn er stellt nur darauf ab, ob *jetzt* Unmöglichkeit vorliegt (die Leistung *ist* Unmöglich)”. (MEDICUS, Dieter. *op.cit.*, p. 144). Também neste sentido a afirmação de Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER: „pela formulação da lei (é impossível) não há mais papel para a análise de quando a obstrução à prestação teve lugar“. Tradução livre de: “nach der Formulierung des Gesetzes (‘unmöglich ist’) spielt es keine Rolle (mehr), wann das Leistungshindernis eingetreten ist” (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.* p. 207).

diferentemente do regramento pretérito, a impossibilidade originária não é mais causa de nulidade do negócio jurídico.<sup>484</sup>

Evidente que a doutrina alemã ainda trabalha com estas categorias diferenciadas de impossibilidade, apesar de, no corpo do BGB, esta diferenciação não mais existir. Pode-se afirmar, com certa dose de certeza, que ainda subsistem as classificações da impossibilidade no direito alemão, embora tal se dê mais por necessidades da ciência do direito do que pela disposição da lei civil daquele país.

A nova redação, como visto acima, não mais trata da responsabilidade pela causação da impossibilidade, de forma que se fala, hoje, em impossibilidade no direito alemão para todos os casos em que a prestação torne-se impossível, com ou sem imputação da ação ou omissão causadora ao devedor. Mais ainda, na doutrina de Volker EMMERICH, estão compreendidas no dispositivo do § 275, I do BGB, tanto os casos de impossibilidade subjetiva quanto objetiva<sup>485</sup>, no que é acompanhado por Dirk LOOSCHELDERS.

Na visão deste autor, a *Reforma* deu definição mais precisa ao termo “impossibilidade” já que, na redação anterior, estaria regulada exclusivamente o que denomina de “verdadeira impossibilidade”, isto é, aqueles casos em que a prestação torna-se impossível por causas naturais ou jurídicas e, aos quais, eram equiparados os casos de impossibilidade prática.<sup>486</sup> A divisão que toma em conta a causa, sendo esta dividida em “verdadeira impossibilidade”, prática e pessoal, está hoje recepcionada pela letra do § 275.<sup>487</sup>

De se notar que a redação da alínea II do § 275 do BGB igualava à impossibilidade objetiva os casos de incapacidade subjetiva do devedor de prestar (*Unvermögen*), mas os casos de modificação das circunstâncias a

---

<sup>484</sup> Conforme MEDICUS, Dieter. *op.cit.*, p. 149. No mesmo sentido Dirk LOOSCHELDERS ao afirmar que, na disposição do § 275 estão compreendidos tanto os casos de inexistência *a priori* do objeto quanto os casos de destruição superveniente. Aliás, interessante notar que o autor também faz menção ao enquadramento como impossibilidade, à luz do citado dispositivo, dos casos de obrigações cujo objeto da prestação por razões de ordem natural não pode ser realizado, os chamados “contratos supersticiosos” que devem ser cumpridos com ajuda do sobrenatural ou capacidade mágica (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2007), p. 184).

<sup>485</sup> Como se vê no seguinte excerto: „Por impossibilidade superveniente objetiva ou subjetiva da prestação estará o devedor liberado, já que a lei não mais diferencia se o devedor tem ou não responsabilidade pela impossibilidade“. Tradução livre de: “Bei nachträglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit seiner Leistung wird der Schuldner grundsätzlich ebenfalls frei, wobei das Gesetz jetzt nicht mehr danach unterscheidet, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht” (EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 13).

<sup>486</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2007), p.183.

<sup>487</sup> *Ibidem*.

exigir revisão da obrigação estavam regulados pela regras de modificação da base contratual.<sup>488</sup> Aliás, importante observar a constatação de Karl LARENZ, no sentido de que a modificação das circunstâncias econômicas, em especial após a I Guerra Mundial, fez os Tribunais Alemães alargarem o sentido de impossibilidade do § 275.<sup>489</sup> A doutrina da quebra ou da modificação substancial do substrato do contrato, como se verá adiante, foi também albergada pela *Reforma*, emergindo agora do texto legal.

Hoje, na afirmação de Volker EMMERICH, “em caso de impossibilidade, objetiva ou subjetiva, originária ou superveniente da prestação é (somente), excluído o direito primário de prestação do credor, à luz do § 275, I”.<sup>490</sup> A questão dos deveres secundários, em especial aquele que diz com o dever de reparação civil dos prejuízos, será analisada à luz do já citado § 280 do BGB, que consagra o direito do credor de exigir a reparação no lugar da prestação quando pela impossibilidade for responsável o devedor, assim como do § 311a, II, que determina a responsabilidade do devedor pela impossibilidade originária, (não mais causa de nulidade do negócio jurídico), quando sobre o impedimento obrigacional tinha conhecimento ou condições de tê-lo.

Em suma, embora albergadas no conceito geral de impossibilidade tanto aquela originária quanto superveniente, o dever de reparação em cada caso é disciplinado por preceitos legais diversos. Mais ainda, quando dispõe o BGB que o dever de prestar se extingue com a impossibilidade, necessário frisar que faz menção apenas àquele dever primário, noção esta reforçada pela disposição do § 275, IV que afirma “os direitos do credor permanecem à luz do §§ 280, 283 até 285, 311 e 326”, dispositivos estes que tratam, exatamente, do dever secundário de reparação, sob a rubrica de “reparação de danos” (*Schadenersatz*).

De qualquer forma, importante notar, com Dieter MEDICUS, que a nova regulamentação dos casos de impossibilidade está a tratar daquilo que se chama de não cumprimento duradouro da prestação, complementado pelo fato

---

<sup>488</sup> LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 180.

<sup>489</sup> LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 01.

<sup>490</sup> Tradução livre de: „Bei objektiver wie bei subjektiver, anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung ist (nur) der primäre Leistungsanspruch des Gläubigers nach § 275 I grundsätzlich ausgeschlossen“ (EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 22).

de que o devedor não pode prestar.<sup>491</sup> Desta afirmação, parte-se para a confrontação da noção com a de inadimplemento absoluto encontrada na doutrina brasileira.

### 5.1.2 Confrontação com a noção de inadimplemento absoluto

À primeira vista não parece que o conceito atual de impossibilidade no direito alemão seja totalmente correspondente ao inadimplemento absoluto encontrado na doutrina brasileira visto que, conforme se observa do acima citado § 275, I do BGB, exige-se apenas que a prestação tenha se tornando impossível para o devedor ou para qualquer outra pessoa. Exemplo corriqueiro na doutrina daquele país é o caso de perda do objeto, como um contrato de compra e venda de um livro o qual, sem culpa do devedor, vem a ser furtado antes do termo.

No inadimplemento absoluto no direito brasileiro, conforme tratado linhas acima, exige-se que a prestação tenha se tornado impossível, não sendo viável sua prestação superveniente (critério que, aliás, distingue o conceito da *mora*). Ocorre que, além desta hipótese, soma-se o fato de que a impossibilidade superveniente possa ser imputada ao devedor visto que, sem o nexo de imputação, a disciplina não será a do inadimplemento e, sim, aquela constante da Parte Geral do Livro das Obrigações, também chamada de impossibilidade, mas que com o conceito ora tratado não se confunde.

É certo que a imputação também tem sua utilidade no direito alemão, especialmente quando da atribuição do dever de reparação no § 280 do BGB e seguintes, já que só terá o credor direito à reparação quando a quebra dos deveres obrigacionais for imputável ao devedor. Na lição de Karl LARENZ, descumprido o dever principal primário, à luz do § 275 (redação antiga) há de se verificar se a lei também exonera o devedor do dever secundário de reparação<sup>492</sup> uma vez que, na afirmação de Claus-Wilhem CANARIS, haverá

---

<sup>491</sup> O autor fala em „die (dauernde) Nichtleistung“ (MEDICUS, Dieter. *op.cit.*, p. 140).

<sup>492</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 308. No mais, veja-se que Manfred LÖWISCH, antes da *Reforma*, considerava que a pedra de toque de todo o direito do descumprimento contratual alemão estaria embasada no princípio da culpa, ou da imputação (LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 178).

impossibilidade quando o devedor esteja desobrigado de responsabilidade da prestação específica.<sup>493</sup>

Ocorre que não parece ser cientificamente correto igualar ambas as figuras através de suas conseqüências, em princípio idênticas. Acrescente-se, a isso, o fato de que o inadimplemento absoluto no Brasil também engloba casos em que, possível faticamente, não tinha mais o credor interesse na prestação.

Diante da regulamentação aberta do novo § 275, I, do BGB resta indubitável a possibilidade de sustentar que a perda de interesse do credor na prestação, tendo em vista o não cumprimento tal como avençado, esteja na base da impossibilidade naquele país. Neste sentido, diferencia Dieter MEDICUS, por exemplo, os casos em que a impossibilidade mostra-se apenas transitória, como causa suspensiva, portanto, daqueles em que a falta é decisiva. Exemplifica o autor com a falta da entrega de um pinheiro de Natal ou do serviço de taxi encomendado para ida à estação de trem ou ao aeroporto<sup>494</sup>, que, no Direito Brasileiro, seriam típicos exemplos de prestações que não mais interessam ao credor, quando não cumpridas no tempo acordado.

Ao conceito de impossibilidade da prestação, portanto, adiciona a doutrina alemã, mesmo antes da *Reforma*, os casos em que o atraso da prestação não deva ser considerado mera mora, e, sim, verdadeiro inadimplemento. Karl LARENZ afirma, nesta esteira, que “em alguns casos é o não cumprimento pontual tão fatal em respeito ao conteúdo do contrato, ou da sua permanência, ou a ambos, que não é razoável exigir do credor uma vã espera prolongada”.<sup>495</sup> Trabalha o doutrinador exatamente com a figura de perda de interesse do credor, no caso de prestações que, por sua natureza, devam ser cumpridas no exato prazo acordado ou que devam tomar lugar em um curto período de tempo.<sup>496</sup> A este período de tempo razoável para o

---

<sup>493</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo...*, p. 09.

<sup>494</sup> MEDICUS, Dieter. *op.cit.*, p. 145.

<sup>495</sup> Tradução livre de: “In einigen Fällen ist die zeitliche Verzögerung mit Rücksicht entweder auf den Inhalt des Schuldvertrages, oder auf ihre Dauer, oder auf beides, so schwerwiegend, daß dem Gläubiger ein längeres Zuwarten nicht zuzumuten ist”. (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 306).

<sup>496</sup> *Ibidem*. Exemplo de prestação que pode ser cumprida dentro de um curto período de tempo, que não o prazo fixado, é a de um pintor contratado para fazer o retrato de uma criança e que vem a ser acometido com uma doença que o torna incapacitado para o trabalho por longos anos. Afirma LARENZ que a prestação poderia ser cumprida dentro de uma semana ou um mês além do prazo fixado, mas em anos torna-se ela impossível definitivamente, já que cresce



cumprimento da prestação por ora impossibilitada, denomina LARENZ “período de cumprimento” (*Erfüllungszeitraum*), cuja duração prende-se à natureza, à especificidade do conteúdo e do objetivo do contrato.<sup>497</sup>

Porém, há de ser destacada uma peculiaridade importantíssima acerca da análise do interesse do credor para caracterização da impossibilidade: tal encontra aplicabilidade única e exclusivamente nos contratos de termo fixo (*Fixgeschäft*), ou seja, naqueles cujo cumprimento no tempo acordado é fundamental à satisfação dos interesses do credor. Na hipótese de o credor poder ser satisfeito extemporaneamente mas, durante a mora, acabar por perder o interesse na prestação (pense-se na pintura de uma casa que pode ser realizada não apenas no dia previsto mas também no período de duas semanas, depois do qual perde o interesse o credor), encontrarão aplicação as regras do chamado não-cumprimento (*Nichterfüllung*) que serão abaixo analisada quando do estudo da mora.

A possibilidade de prestação fora do prazo acordado, que irá caracterizar *mora* e não *impossibilidade* no Direito Alemão, está intimamente ligada à análise dos interesses do credor. Retira-se tal conclusão do exemplo comentado por Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER, a respeito do atraso de um serviço de táxi agendado para determinada hora, com vistas a levar o passageiro a determinado trem ou avião. Afirmam os autores que “se houver de se considerar a possibilidade de um trem ou avião depois do tempo próprio, estando o interesse do credor satisfeito mesmo com a prestação da corrida de taxi intempestivamente, não se está diante de impossibilidade e sim de mora”.<sup>498</sup>

A multiplicidade de situações albergada pelo conceito pode também ser analisada a partir do que denomina a doutrina alemã *Zweckerreichung* e *Zweckfortfalls*, traduzidos como impossibilidade de alcance do objetivo do prestação ou mesmo o próprio desaparecimento deste objetivo, respectivamente. Os conceitos são exemplificados por Dirk LOOSCHELDERS,

---

a criança e o que se teria seria um quadro de um adulto. (Idem, pp. 306/307). Por Manfred LÖWISCH haveria impossibilidade fáctica naquilo que chama de contratos absolutamente fixos, ou seja, cujo cumprimento tempestivo é absolutamente necessário ao adimplemento (LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 208).

<sup>497</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch ...*, p.307.

<sup>498</sup> Tradução livre de: “Kommt dagegen auch ein spätere Zug oder Flug in Betracht, so dass das Gläubigerinteresse auch durch eine verspätete Taxifahrt befriedigt werden kann, liegt keine Unmöglichkeit, sondern Verzug vor“ (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 206).

especialmente a partir do que chama de impossibilidade física, com o caso de contratação de um reboque para retirar veículo que trava a saída de uma garagem e que, no entanto, é retirado por seu condutor antes de o serviço ser efetuado, ou da contratação de um pintor para efetuar serviço na fachada de uma casa que vem a pegar fogo.<sup>499</sup> Em ambos os casos, ou o cumprimento não pode se dar uma vez que alcançado, por outro modo, o objetivo da obrigação, como no caso do reboque, ou porque perdeu a obrigação sua razão de ser, seja pela queda do substrato da prestação seja por razão pessoal ligada ao devedor.<sup>500</sup>

De se observar que mesmo antes da *Reforma* havia entendimento de que casos como estes se enquadravam na figura da impossibilidade, resolvendo-se a obrigação e liberando o devedor da prestação.<sup>501</sup> O tratamento conjunto dos casos elencados com a noção de impossibilidade parece reafirmar a não coincidência do conceito com a idéia de inadimplemento absoluto no direito brasileiro vez que, casos como estes, seriam enquadráveis na idéia de impossibilidade não imputável ao devedor e não no conceito geral de descumprimento contratual.

No mais, interessante notar o alerta feito por Karl LARENZ ao tratar da figura da *Zweckerreichnung* que, trazido à letra, significaria “alcance do objetivo”, não diferenciando casos em que o credor se satisfaz de outro modo que não a prestação pelo devedor. Exemplifica LARENZ com a encomenda de um livro a um livreiro e a posterior entrega deste mesmo livro pelo autor ou terceiro, no qual não há de se falar em liberação de credor e devedor, embora seja certo que o interesse daquele foi satisfeito, ainda que não por meio da prestação do livreiro. Neste sentido, salienta o autor a necessidade de se compreender o termo enquanto “aquilo que o devedor deveria fazer não é mais possível, já que o objetivo a ser alcançado por sua ação o foi por outro meio”.<sup>502</sup> Pela necessária aposição do adjetivo *impossível* à prestação a ser cumprida pelo devedor é que se considera esta figura como impossibilidade.

---

<sup>499</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2007), p. 184. Quanto ao segundo exemplo, no Direito Brasileiro, enquadra-se perfeitamente na impossibilidade da prestação por fato não imputável ao devedor.

<sup>500</sup> *Ibidem*.

<sup>501</sup> *Idem*, p.185.

<sup>502</sup> Tradução livre de: „... daß dem Schuldner das, war er zu tun hat, nicht mehr möglich ist, weil der durch sein Tun zu bewirken Erfolg bereits auf andere Weise eingetreten ist“ (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 315).

Não basta, assim, que o objetivo da prestação seja atingido e, sim, que tal se torne impossível ao devedor.

Exatamente por esta constatação é que deve ser diferenciado, dos casos acima, aquele em que há a perda do interesse do credor na prestação, sem que se cogite incumprimento pelo devedor, o que se denomina de *Zweckstörung* na Alemanha. Exemplo dado por Dirk LOOSCHELDERS é a contratação de um costureiro para a feitura de um terno de casamento que vem a ser cancelado. Segundo o autor “esta forma de perturbação de finalidade não funda em qualquer caso impossibilidade”.<sup>503</sup> De fato, a prestação é neste caso ainda possível, sendo que apenas perdeu seu sentido ao credor pela alteração superveniente de circunstâncias.

A grande diferenciação que se coloca, portanto, à noção de impossibilidade no ordenamento jurídico alemão (englobando os casos de perda de interesse do credor na prestação em termo fixo não cumprida pontualmente) em comparação à figura do inadimplemento absoluto no direito brasileiro, seria que este só se dá por ato ou omissão imputável ao devedor. Segundo o Código Civil Brasileiro, em sendo a impossibilidade da prestação debitada a evento outro que não o causado pelo devedor, a resolução do contrato se dá *ex lege*, e não pelo inadimplemento absoluto. Se havia discussão sobre a abrangência/coincidência das figuras antes da *Reforma*, após 2002 parece ter caído por terra a tentativa de tratamento conjunto, em especial pelo fato de que no § 275 I do BGB está hoje regulada a impossibilidade originária da prestação que, no direito positivo brasileiro, é fundamento de nulidade da obrigação e não de descumprimento contratual.<sup>504</sup>

Mais ainda, e conforme alerta feito no início deste capítulo, não parece ser correto igualar as hipóteses de impossibilidade no direito alemão e inadimplemento absoluto no direito brasileiro exatamente pela diferenciação da disciplina em torno do descumprimento contratual que, no Brasil, é feita pela noção de inadimplemento em sentido amplo e, para os alemães, dentro da figura de perturbações à relação obrigacional. Assim, a impossibilidade da obrigação no direito alemão conduz à liberação do devedor de seu dever

---

<sup>503</sup> Tradução livre de: „Solche **Zweckstörungen** begründen jedenfalls keine Unmöglichkeit.“ (p. 185).

<sup>504</sup> A afirmação leva em conta exclusivamente a concepção adotada pelo Código Civil brasileiro, sem nenhuma intervenção crítica à sua redação.

principal de prestar e, caso seja ele pela impossibilidade imputável, mantém-se o dever secundário de reparação.

Ambas as hipóteses, impossibilidade imputável ou não imputável ao devedor, enquadram-se na idéia geral da perturbação da relação obrigacional o que, como defendido ao longo deste trabalho, não se aplica à disciplina do descumprimento contratual brasileiro. Certo é que a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor poderia ser, no Brasil, enquadrada também como forma de perturbação da relação obrigacional, para utilizar a nomenclatura alemã<sup>505</sup>, mas não se diga o mesmo quanto ao enquadramento como inadimplemento absoluto. Este está circunscrito à quebra imputável dos deveres de prestação.

Para justificar esta opinião, utiliza-se da doutrina de Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, em lição amplamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, ao trazer que “a respeito do *não cumprimento propriamente dito*, há que verificar qual a sua causa (...) Assim, o incumprimento dir-se-á *imputável* ou *não imputável* ao devedor. **Só no primeiro caso existe uma autêntica e característica falta de cumprimento**”.<sup>506</sup> Diante desta constatação, aliada ao fato de que o Código Civil Brasileiro, diferente do português, não trata a impossibilidade não imputável ao devedor no capítulo referente ao inadimplemento, parece não haver razão para se considerar esta espécie de impossibilidade como inadimplemento absoluto.

Desta forma, tenha-se em mente que a doutrina da violação positiva do contrato, hoje tratada de forma especial sob a denominação de violação positiva do crédito, ou simplesmente enquadrada na geral categoria da quebra de deveres, surgiu diante do panorama do direito obrigacional alemão estabilizado entre a figura da *impossibilidade*, acima vista, e a da mora, a qual se dedicará adiante. Seria improfícuo insistir em uma similitude da abrangência dos conceitos, em especial porque a adoção no Brasil de tal teoria não prescinde do estudo pormenorizado da sistematização do descumprimento contratual aliado a todo o ordenamento jurídico, em especial à luz da premissa aqui tomada, qual seja, do direito civil-constitucional.

---

<sup>505</sup> Aliás, quando aqui se faz menção à nomenclatura alemã não se reduz a análise a uma mera diferenciação quanto ao nome, sendo certo que a disciplina das perturbações na relação obrigacional no BGB não é de todo coincidente ao inadimplemento do Código Civil brasileiro.

<sup>506</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *op.cit.*, p. 1034 (grifou-se).

Embora não seja o objetivo precípuo deste trabalho uma minuciosa comparação de regimes entre o direito alemão e brasileiro, segue-se com a análise da *impossibilidade* na Alemanha, com vistas a dar ao leitor a noção do todo e, neste sentido, justificar o corte conceitual que aqui se faz.

### 5.1.3 Especificidades do conceito de impossibilidade no Direito Alemão

Conseqüência importante da regulação da *impossibilidade* no direito alemão era aquela inscrita no § 323 do BGB que determinava, nos contratos bilaterais, a perda do direito à contraprestação no caso de impossibilidade não imputável à contraparte.<sup>507</sup> Assim, estando configurada a impossibilidade no direito alemão antes da *Reforma* sem que se pudesse imputar a sua causa às partes, liberavam-se devedor e credor, a partir da constatação de que “não podendo mais o credor demandar do devedor a prestação tornada impossível, então não precisa ele mais de seu lado prestar”.<sup>508</sup>

A queda do direito à contraprestação está hoje regulada pelo § 326 do BGB, que em sua primeira parte dispõe “não tendo o devedor que prestar à luz do disposto no § 275, I a III, cai a pretensão à contraprestação”.<sup>509</sup> Assim, extingue-se a contraprestação por força da lei “não sendo também relevante se o devedor é ou não responsável pelo impedimento da prestação”.<sup>510</sup> Dessa forma, apesar de ser indiferente para a configuração da quebra de deveres se o fato da não-prestação (entendida enquanto não cumprimento da prestação devida) provir da circunstância do devedor, apesar de poder, não querer prestar ou do fato de ele não poder prestar (impossibilidade), a impossibilidade da prestação tem um papel específico que se consubstancia na extinção *ex lege* dos deveres de prestação e contraprestação.<sup>511</sup>

<sup>507</sup> Conforme LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 309.

<sup>508</sup> Tradução livre de: „kann der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung sie von deren Schuldner nicht mehr verlangen, so braucht er diesem auch seinerseits nicht mehr zu leisten“ (Idem, p. 310).

<sup>509</sup> Tradução livre de: “Braucht der Schuldner nach § 275, Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf der Gegenleistung”.

<sup>510</sup> Tradução livre de: “Darüber hinaus ist auch nicht relevant, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2007), p. 287)

<sup>511</sup> KAISER, Dagmar. In: J. Von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse § 255-292. Berlin: Sellier – de Gruyter, 1995, p. 315.

No mais, necessário fazer menção aos novos sub-títulos do § 275 do BGB, que dão novo sentido ao conceito de impossibilidade. A questão vem a ser descobrir-se um critério para aferição de quando se dá, de fato, a impossibilidade da prestação uma vez que, corrente na doutrina, com mera dificuldade de prestar não se confunde. Nesse sentido, afirma ANTUNES VARELA que a doutrina alemã, em especial após a primeira guerra mundial, considerava a possibilidade liberatória da impossibilidade relativa ou econômica, tendo por parâmetro o sacrifício exigível do devedor, com base no princípio da boa-fé objetiva.<sup>512</sup> Exatamente no mesmo sentido é a lição de António MENEZES CORDEIRO, ao trazer que:

“esta doutrina, architectata laboriosamente, segundo a qual a possibilidade jurídica de uma prestação não se aferia ao sentido lógico do termo, mas antes ao que, de acordo com a boa fé e tendo em conta o teor do vínculo, possa ser exigido ao devedor, tinha possibilidades de dar cobertura ao problema da alteração das circunstâncias, embora não tivesse sido pensada com esse fito”.<sup>513</sup>

Por meio da *Reforma* consagrou-se, no corpo do BGB, a possibilidade que tem o devedor de negar-se a prestar quando tal exigir dele um esforço que, sobre os ditames da boa-fé objetiva ou do conteúdo da relação obrigacional, estejam em grande disparidade com o interesse à prestação do credor. Segundo doutrina anterior à *Reforma*, considerava-se impossível a prestação pelo seu aspecto factual, como na lição de Manfred LÖWISCH ao conceituar “impossível é a prestação a qual factualmente não pode ser cumprida”.<sup>514</sup> Sob tal rubrica poder-se-ia também considerar aquelas prestações que exigissem um esforço desmedido do devedor, esforço este não esperado de ninguém. Como exemplo, o autor traz a busca de um anel perdido no fundo do oceano ou de uma moeda de ouro enterrada no solo sobre a qual se construiu uma casa.<sup>515</sup> Agora, para além de discussão doutrinária, a matéria encontra-se devidamente regulada no BGB.

---

<sup>512</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol II), p. 69.

<sup>513</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé ...*, p.1003.

<sup>514</sup> Tradução livre de: “Unmöglich ist eine Leistung, die tatsächlich nicht erbracht werden kann” (LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 207).

<sup>515</sup> Idem, p. 209.

No entanto, conforme já se introduziu acima, aqueles casos em que haveria uma exigência econômica não razoável, em especial naquilo que se denominou na Alemanha de *Opfergrenze*, ou seja, fronteira/limite de sacrifício, estariam regulados pela doutrina da queda ou profunda modificação da base do negócio jurídico, e não pela impossibilidade propriamente dita. A nova regra do § 275 II do BGB teria, segundo analisa Claus-Wilhelm CANARIS, mais com certas situações limítrofes, em que se tem uma área nebulosa sobre o que se pode compreender sobre o título de impossibilidade da prestação.<sup>516</sup> O parâmetro de avaliação seria a “desproporção grosseira” a que se refere o novo sub-título do § 275 sendo que, na outra ponta, levar-se-ia em conta o interesse restrito do credor na prestação.<sup>517</sup> Exemplo didático é aquele de se saber se o construtor deve destruir a garagem construída que ultrapassa 6 cm a propriedade do terreno vizinho, respondido de forma negativa por Claus-Wilhelm CANARIS e que, no Brasil, parece ser melhor regulado pela noção de abuso de direito em estreita ligação com o princípio da boa-fé objetiva.

A também chamada “impossibilidade econômica”, desenvolvida em especial após a modificação de circunstâncias com a I Guerra Mundial, seria uma imposição de sacrifício tão grande para a efetuação da prestação que, segundo os ditames da boa-fé objetiva, estaria o devedor liberado do dever de prestar.<sup>518</sup> Ocorre que há diferença fundamental entre a impossibilidade econômica e a nova alínea do § 275 do BGB, uma vez que, aqui, determina a lei a observância de uma discrepância entre o sacrifício exigido do devedor em correspondência ao interesse do credor, ainda que faça menção ao critério econômico, mas levando em consideração “o interesse restrito do credor na execução”.<sup>519</sup> Para a teoria da base objetiva do negócio, no entanto, mesmo de grande interesse ao credor não se pode exigir sacrifício desmensurável do devedor.<sup>520</sup>

A teoria da quebra ou modificação da base econômica do negócio jurídico, por sua vez, embora também pautada na boa-fé objetiva, leva em conta a modificação de circunstâncias econômicas que tornam a prestação de

---

<sup>516</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo ...*, p.11.

<sup>517</sup> *Idem*, p. 12-13.

<sup>518</sup> Conforme LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 319.

<sup>519</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo...*, p. 13.

<sup>520</sup> Seria o exemplo de um medicamento de alto custo cair ao mar, havendo nele grande interesse o comprador mas mesmo assim não se podendo exigir o resgate pelo vendedor.

extrema dificuldade ao devedor, equiparando-o a impossibilidade.<sup>521</sup> O tratamento *equiparado* não as transforma em uma unidade conceitual, devendo-se ter em mente a lição de Claus-Wilhelm CANARIS no sentido de que “o fator decisivo para determinar a desproporcionalidade grosseira é o interesse restrito do credor na execução”<sup>522</sup>, base para aplicação do conceito de impossibilidade. No caso de quebra ou profunda modificação da base contratual, há, de fato, um aumento proporcional do interesse do credor, como na hipótese de aumento extraordinário do preço do petróleo devido a uma guerra no Oriente Médio.<sup>523</sup> As aplicações de ambas as figuras, portanto, repousam em circunstâncias particularmente diversas.

De qualquer forma, ambas, impossibilidade por desproporção e queda da base do negócio jurídico, são consideradas albergadas no conceito de perturbações na relação obrigacional, embora somente a impossibilidade seja, de fato, uma quebra de deveres, sendo a perturbação da base contratual uma variação especial no amplo conceito de perturbação obrigacional.

O legislador da *Reforma* também adicionou regra específica para as obrigações personalíssimas, no inciso III, § 275 do BGB. Em conformidade com os ensinamentos de boa parte da doutrina alemã, referido dispositivo tem ligação estreita com os contratos de prestação de serviços e de trabalho, já que se trata de regulação especial para as obrigações que devem ser prestadas pessoalmente pelo devedor.<sup>524</sup> Segundo afirmam Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER, sob tal regra cogita-se que circunstâncias pessoais e interesses do devedor, e não apenas circunstâncias objetivas, podem conduzir à liberação do devedor à prestação.<sup>525</sup> Exemplo encontrado com freqüência nos manuais de obrigações alemães é o de cantora que se recusa a apresentar-se tendo em vista seu filho estar no leito da morte na noite do espetáculo.<sup>526</sup>

---

<sup>521</sup> Conforme COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*(2007), p. 104.

<sup>522</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo...*, p. 13.

<sup>523</sup> O exemplo é também de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ibidem*.

<sup>524</sup> Neste sentido BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, pp. 212-213; EMMERICH, Volker. *op.cit.*, pp. 46-47.

<sup>525</sup> Conforme se observa do seguinte excerto: „In diesen Fällen sollen – anders als bei § 275 II – nicht nur objektive, sondern auch persönliche Umstände und Interessen des Schuldners schon zum Ausschluss der Leistungspflicht führen können und nicht erst im Rahmen der Störgun der Geschäftsgrundlage (§ 313, dazu § 27) Berücksichtigung finden“ (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 212).

<sup>526</sup> Conforme EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 48



Para a avaliação da possibilidade do devedor negar-se a prestar, não se exige, tal como se faz no § 275 II do BGB, uma “desproporção grosseira” entre o sacrifício financeiro exigido do devedor e o interesse do credor na prestação. Em realidade, pela redação do § 275 III assim como pela lição de Dieter MEDICUS, leva-se em conta exclusivamente o conceito (um tanto quanto relativo) de razoabilidade.<sup>527</sup> Aliás, interessante notar a distinção feita por Claus-Wilhelm CANARIS ao afirmar que “assim, enquanto no § 275 II do CAA, o critério decisivo é somente interesse desproporcionalmente restrito do credor, o § 275 III também leva em consideração o impedimento do devedor”.<sup>528</sup> Voltando-se ao exemplo da cantora que se recusa a apresentar-se no espetáculo programado, parece não ser dela exigível que deixe seu filho desatendido para cumprir compromissos profissionais, análise esta que é feita levando em consideração seu impedimento pessoal de prestar, e não o efetivo interesse do credor na realização desta prestação o qual, saliente-se, pode ser elevado e, mesmo assim, dar azo à liberação do devedor.

Encaminhando-se ao final da análise, crê-se ser indispensável fazer menção à antiga redação do § 280 do BGB que completava a disciplina acerca da impossibilidade. Dispunha referido artigo, em sua alínea I, que, “na medida em que a prestação, tendo em vista circunstância imputável ao devedor, tornar-se impossível, tem o devedor que compensar o credor dos danos derivados do descumprimento”.<sup>529</sup> Em suma, trata-se daquilo que se chamou acima de impossibilidade superveniente imputável ao devedor e que, no direito brasileiro, está na base do descumprimento contratual, especificamente do inadimplemento absoluto.

Segundo Manfred LÖWISCH, assim como o § 275 está para a expressão negativa, o § 280 do BGB está para a expressão positiva do dominante princípio da responsabilidade no direito do descumprimento contratual.<sup>530</sup> A regra antes da *Reforma*, na análise do autor, seria exatamente que “tendo o devedor responsabilidade pela impossibilidade objetiva

---

<sup>527</sup> Conforme se observa do seguinte excerto: „Daher bleibt nur der Rückgriff auf die (relativ unbestimmte) Zumutbarkeit“. Tradução livre: „Daí resta apenas o recuso à (relativamente indefinida) razoabilidade“ (MEDICUS, Dieter. *op.cit.*, p. 143).

<sup>528</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *O novo...*, p. 12.

<sup>529</sup> Tradução livre de: “Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen”.

<sup>530</sup> LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 295.

superveniente ou pela incapacidade de prestar superveniente, então não estará ele livre e sim, frente ao credor, obrigado a reparar o dano”.<sup>531</sup> Enfim, conforme dito linhas acima, a imputação da ação ou omissão causadora da impossibilidade é a pedra de toque para nascer a responsabilidade do devedor à reparação dos prejuízos causados. Tal se dava tanto na disciplina anterior à *Reforma*, tratados que estavam os casos de impossibilidade em diferentes preceitos legais, quanto na nova sistemática adotada após 2002 uma vez que, em que pese se falar unicamente em uma espécie geral de impossibilidade (a do § 275), o direito de demandar a reparação está atrelado à responsabilidade do devedor (segundo dicção do § 280).

Pela redação do antigo § 280 do Código Civil Alemão entendia-se possível a pretensão à reparação dos danos quando, ao devedor, fosse imputável a impossibilidade objetiva superveniente ou mesmo subjetiva, também superveniente.<sup>532</sup> Assim afirma Karl LARENZ, que faz analogia com o disposto na redação antiga do § 275 I, o qual equiparava à impossibilidade superveniente não imputável ao devedor a sua incapacidade de prestar (*Unvermögen*), aplicando-a também à avaliação do dever de reparação.<sup>533</sup>

Feitas estas breves considerações acerca do conceito, alcance e conseqüências jurídicas da impossibilidade no direito civil alemão das obrigações, passa-se a estudar a conceituação de mora naquele ordenamento.

## 5.2 Da Mora (*Verzug*)

Mora, no direito alemão, diz exclusivamente ao atraso na prestação conforme se observa da corrente definição que lhe dá a doutrina: “não cumprindo o devedor a prestação possível no tempo correto, há violação de deveres à luz do § 280 I”.<sup>534</sup> O conceito liga-se, também, à possibilidade da prestação a qual, apesar de possível e executável, não é realizada no tempo

<sup>531</sup> Tradução livre de: “Hat der Schuldner eine nachträgliche objektive Unmöglichkeit oder ein nachträglich Unvermögens der Leistung zu vertreten, so wird er *nicht frei*, sondern ist dem Gläubiger zum *Schadenersatz verpflichtet*” (Ibidem).

<sup>532</sup> Idem, p. 296.

<sup>533</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 332.

<sup>534</sup> Tradução livre de: “Erbring der Schuldner die ihm mögliche Leistung nicht rechtzeitig, liegt darin eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I” (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 234).

correto<sup>535</sup>, de forma que é esta característica que a diferencia da impossibilidade também na doutrina deste país. Em não sendo a prestação extemporânea de interesse ao credor, pode este demandar reparação em substituição à prestação.<sup>536</sup>

A definição de mora não sofreu grandes modificações com a *Reforma*, sendo-lhe apenas acrescentadas regras mais específicas sobre a necessidade de interpelação, assim como a aposição de um prazo máximo de 30 (trinta) dias para a entrada em mora do devedor, contados após o vencimento da dívida. A modificação maior reside, justamente, na nova sistemática proposta pelo BGB em torno da geral *quebra de deveres* e na divisão das possibilidades de compensação de danos a depender da espécie de dever violado. Neste sentido, apresenta-se abaixo a regulação atual do conceito.

Segundo a letra do § 286 do BGB<sup>537</sup> que trata exclusivamente da mora do devedor, consubstancia-se ela como o efetivo atraso por não cumprimento pelo devedor. É, portanto, espécie de não-cumprimento imputável ao obrigado, tal como se observa da lição de Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ: “mora do devedor é o não cumprimento imputável a ele apesar da possibilidade, vencimento, exigibilidade e interpelação ou equivalente a interpelação”.<sup>538</sup> No mesmo sentido, destaca Volker EMMERICH como elementos principais da *mora*, além do próprio atraso, o vencimento e a possibilidade da prestação, aliada à culpa do devedor e, nos casos não excepcionados pela lei, da interpelação do credor como forma de constituir o devedor em mora.<sup>539</sup>

Mais do que a culpa, porém, pode-se dizer que a imputabilidade desempenha papel fundamental na própria conceituação de mora no ordenamento jurídico alemão, não estando ligada unicamente ao dever de

---

<sup>535</sup> Idem, p. 235.

<sup>536</sup> Idem, p. 234.

<sup>537</sup> § 286 Não observando o devedor a interpelação do credor, feita após o vencimento da obrigação, está ele em mora através desta interpelação. Equipara-se à interpelação a instauração de demanda pela prestação assim como citação para pagamento em processo premonitório. Tradução livre de: “Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbescheids im Mahnverfahren gleich”.

<sup>538</sup> Tradução livre de: “Schulnerverzug ist die vom Schuldner zu vertretende Nichtleistung trotz Möglichkeit, Fälligkeit, Durchsetzbarkeit und Mahnung oder eines Mahnungssurrogats” 6. edição p. 225.

<sup>539</sup> EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 230.

reparação<sup>540</sup>, tal como ocorre em relação à impossibilidade. A conclusão encontra guarida no próprio texto legal do § 286, IV do BGB, que expressamente consiga a imputabilidade da circunstância causadora da mora como seu fundamento.<sup>541</sup> Tendo em vista as especificidades deste efeito do descumprimento contratual, à exigência de imputabilidade somam-se os requisitos acima apontados.

Assim, para além de ser uma quebra de dever imputável ao devedor à luz do § 280, I, deixou o legislador da *Reforma* claro que, para que haja pretensão à reparação de danos, é indispensável a observância dos demais requisitos constitutivos da mora. Há, em um primeiro momento, a constituição do efeito mora para, em um segundo estágio, haver o enquadramento da situação como quebra de deveres que enseja a reparação. A mora é, desta forma, não apenas o atraso, senão que o atraso qualificado enquanto imputável ao devedor, na medida da possibilidade da prestação.

Também no direito alemão responde, o devedor, pela impossibilidade superveniente da prestação ocorrida durante o atraso, sendo que a partir daí encontram aplicação as regras atinentes à impossibilidade e não à mora.<sup>542</sup> Tal se dá exatamente por ser a análise da possibilidade ou não da prestação (em sentido amplo, albergando também o interesse objetivo do credor<sup>543</sup>) o que demarca a linha divisória entre ambas as perturbações obrigacionais, tal como se observa na afirmação de Volker EMMERICH no sentido de que “a mora só pode estar presente, quando e na medida em que a prestação ainda seja possível. Por outro lado, cessa a mora na medida em que a prestação torne-se impossível”.<sup>544</sup>

<sup>540</sup> Está é a lição que se extrai de BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 242.

<sup>541</sup> § 286, IV :“O devedor não incorre em mora, enquanto a prestação permanece não cumprida em decorrência de circunstância a ele não imputável”. Tradução livre de: “der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat”.

<sup>542</sup> Conforme MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 225.

<sup>543</sup> Nesse sentido faz-se menção a excerto de Karl LARENZ: “diferente do caso de impossibilidade, a prestação no caso de mora é ainda realizável assim como é uma prestação extemporânea de valor para o credor”. Tradução livre de: “Anderes als im Falle der Unmöglichkeit ist im Verzugsfalle die Leistung noch nachholbar und auch die verspätete Leistung für den Gläubiger in der Regel noch von Wert”. (LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 352).

<sup>544</sup> Tradução livre de: “Verzug kann nur vorliegen wenn und solange die Leistung noch möglich ist. Der Verzug endet dagegen, sobald die Leistung unmöglich wird.” (EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 230).

Em sendo caracterizada por um não-cumprimento, não entram no conceito de mora no direito alemão, portanto, os casos em que há atos de cumprimento porém imperfeitos, seja em relação ao próprio comportamento esperado do devedor, seja em relação ao objeto mediato da obrigação. Estão afastadas de seu conceito as hipótese de cumprimento imperfeito, muito embora ambas possuam conseqüências comuns, reguladas inclusive pelos mesmos dispositivos legais. Da mesma forma, não estão abrangidos pelo conceito em questão a quebra dos deveres de proteção do § 241, II.<sup>545</sup> Tal como no Brasil, fecha-se o conceito de mora em referência aos deveres de prestação.

A responsabilidade pelos prejuízos decorrentes da mora é encontrada na regra geral da *quebra de deveres* (§ 280, I), na especificidade do § 280, II que alerta para os demais requisitos do § 286 para configuração deste efeito do descumprimento e, por fim, justamente por este último dispositivo legal, todos do BGB. A pretensão à reparação dos danos oriundos da mora deve “posicionar o credor financeiramente, tal como ele estaria posicionado caso a prestação tivesse sido tempestivamente cumprida”.<sup>546</sup> De se notar que a pretensão à prestação principal permanece intocável<sup>547</sup>, por meio da chamada *compensação de prejuízos da mora*, busca o credor exclusivamente restituir-se dos danos dela decorrentes.

Há importante diferenciação entre os efeitos da mora e aqueles oriundos do chamado não-cumprimento (*Nichterfüllung*), sendo este considerado a circunstância em que o devedor definitivamente deixa de prestar.<sup>548</sup> Na visão de Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER, estaria aí incluída a hipótese da impossibilidade superveniente ocorrida durante a mora, pela aplicação da *perpetuatio obligationis*, como no exemplo da compra e venda de automóvel que, não entregue no prazo correto, vem a ser roubado da

---

<sup>545</sup> BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 235.

<sup>546</sup> Tradução livre de: „Der Gläubiger ist hier finanziell so zu stellen, wie er stehn würde, wenn die Leistung rechtzeitig erbracht worden wäre“ (Idem, p. 243).

<sup>547</sup> Assim afirma Dirk LOOSCHELDERS: o §§ 280, I e II, § 286 dão ao credor o direito à compensação dos prejuízos da mora. Em um contrato de compra e vende, por exemplo, afirma o autor que a pretensão à entrega do objeto vendido deve ser feita com base do § 433, I, o qual trata justamente deste contrato típico. (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), pp. 194-195).

<sup>548</sup> BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 243.

garagem do vendedor.<sup>549</sup> Outro é caminho traçado por Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ, para quem haveria em realidade aplicação das regras de mora, especialmente àquela que diz com responsabilidade de garantia (§ 287 do BGB), que, por sua vez, conduziriam àquelas referentes à impossibilidade propriamente dita. Este entendimento é acompanhado por Karl LARENZ, em lição anterior à *Reforma*, quando afirma o autor a aplicabilidade, à situação, das regras referentes à impossibilidade e das referentes à mora, especificamente aquelas condizentes à responsabilidade de garantia por fatos supervenientes ocorridos durante a mora.<sup>550</sup>

Certo é que a aplicação das regras de impossibilidade da prestação conduz também à observância de alguns dos dispositivos referentes ao chamado não-cumprimento o que não importa, evidentemente, na igualação dos conceitos.

Com mais homogeneidade é reconhecida como não-cumprimento a hipótese de a prestação extemporânea perder o sentido e valor ao credor, podendo este demandar “ação de reparação de danos por não-cumprimento quando a prestação em decorrência do atraso perder para ele o interesse”.<sup>551</sup> Não se trata aqui de impossibilidade (como o seria no direito brasileiro), abrindo-se ao credor as possibilidades de rescisão contratual e, em decorrência da possibilidade, da proposição de ação reparatória.<sup>552</sup> Neste caso, encontra-se a dispor do credor a ação de reparação de danos substitutiva à prestação.

Da mesma forma que a mora não se confunde com o não-cumprimento definitivo, deve-se diferenciar suas conseqüências daquelas oriundas do cumprimento imperfeito, consideradas que são, ambas, como as principais formas de perturbação obrigacional.<sup>553</sup> Assim, se algumas situações ocorridas durante o atraso da prestação podem levar à aplicação das regras do não-cumprimento, aplicáveis de igual maneira ao chamado cumprimento imperfeito, a identidade dos conceitos não pode ser a partir daí concluída. A mora diz

---

<sup>549</sup> Ibidem, o exemplo encontra-se à página 234.

<sup>550</sup> LARENZ, Karl. *Lehrbuch...*, p. 344.

<sup>551</sup> Tradução livre de: „Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn die Leistung infolge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr hat“. Idem, p. 353 (grifos no original).

<sup>552</sup> A lição é de MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 232.

<sup>553</sup> Assim afirma EMMERICH, Volker, *op.cit.*, p. 226.

exclusivamente com a situação de atraso da prestação possível, vencida, exigível e imputável ao devedor.

Feitas estas incipientes considerações sobre o modelo dicotômico adotado pelo legislador alemão até a *Reforma*, pode-se prosseguir no estudo da razão pela qual surgiu, naquele país, a figura da *violação positiva do contrato*. Foi diante da regulação de apenas estes casos no BGB que Hermann STAUB identificou o que se chama de lacuna conceitual, a deixar amplo espaço em branco entre a impossibilidade e a mora. Conforme afirma Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA,

“STAUB não se demonstrou preocupado em estabelecer contornos para a figura que acabava de identificar ou desenvolver. Como já referido, sua preocupação maior sempre pareceu ser a demonstração de que haveria uma lacuna no BGB, hoje preponderantemente aceita, e não a lapidação de hipóteses ou a construção de uma definição positiva”.<sup>554</sup>

É a partir do dado objetivo de que a regulação das hipóteses de descumprimento estavam estabilizadas, no BGB, em torno da impossibilidade e da mora; da constatação que uma série de casos não encontrava guarida dentro de tal classificação dicotômica; e, do pressuposto que, apesar de construída a partir da legislação e experiência jurídicas alemãs, tem a doutrina da violação positiva do contrato sólidos fundamentos doutrinários que se afastam da letra de lei, é que se busca, no próximo capítulo, lapidar as possibilidades de aplicação de tal doutrina na experiência brasileira.

---

<sup>554</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé ...*, p. 217.

## 6. Da violação positiva do contrato: da teorização de Hermann Staub à aplicação contemporânea

O desenvolvimento da doutrina da violação positiva do contrato é atribuído ao trabalho inicial de Hermann STAUB intitulado, em realidade, *Sobre as violações positivas do contrato e suas conseqüências jurídicas (Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsgolgen)*. A opção pela adoção do termo *violações*, no plural, infere-se do próprio conteúdo do texto apresentado a público em 1902, uma vez que ali trabalha Hermann STAUB com diversos casos em que a doutrina que propunha seria aplicável, diante da regulamentação dicotômica do BGB da violação da relação obrigacional, fixados entre impossibilidade e mora. Não há, assim, um único fundamento de violação positiva do contrato nem seria correto ligá-la exclusivamente ao mau cumprimento, como fazem alguns autores.<sup>555</sup>

Segundo afirma Manfred LÖWISCH, em comentário ao BGB anterior à *Reforma*, não fazia referência, aquele Código, a outros impactos da quebra de deveres pelo devedor a não ser os regulados pela *impossibilidade e mora*.<sup>556</sup> Diante de tal constatação, conclui o autor que “isso presumiria que toda quebra de um dever contratual seria ou impossibilidade ou mora do devedor”.<sup>557</sup> É exatamente postando-se contra tal impressão, que Hermann STAUB publica o texto que, não imune a severas críticas<sup>558</sup>, acabou por transformar-se numa das mais preciosas “descobertas jurídicas” do século passado.<sup>559</sup>

<sup>555</sup> Neste sentido, embora considere que o mau cumprimento esteja abrangido pelo conceito amplo de mora adotado pelo legislador brasileiro, Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR observa a possibilidade de aplicação da doutrina da violação positiva do contrato no Direito Brasileiro, uma vez que “a omissão da nossa lei está em deixar de referir a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa fé (o que se compreende, pois nem sequer o princípio ficou expressamente consagrado), e omitir qualquer referência à quebra antecipada do contrato, ambas as hipóteses fora do campo da impossibilidade ou da mora, em sentido amplo”. (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção...*, p. 126).

<sup>556</sup> LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 182. Sobre o tema, remete-se o leitor ao Capítulo 4, considerando-o base fundamental para a compreensão das linhas que seguem.

<sup>557</sup> Tradução livre de: „Dies würde voraussetzen daß jede Verletzung einer Vertragspflicht entweder Unmöglichkeit oder Schuldnerverzug ist“. (Idem).

<sup>558</sup> Uma das grandes críticas elaboradas ao trabalho de STAUB diz respeito exatamente à nomenclatura por ele adotada para designar a figura que descreveu.. Assim exemplificativamente aquela que lhe faz Heinrich STOLL no sentido de que “... a designação ‘violação positiva do contrato’ foi naturalizada, embora se reconheça que ela representa apenas um, e não um coletivo apropriado para os diferentes casos que abriga”. Tradução livre de: “die Bezeichnung ‘positive Vertragsverletzung’ hat sich eingebürgert, obwohl man erkannte,



Reconheceu STAUB o que denominou de lacuna conceitual na disciplina do descumprimento contratual no Direito Alemão. Neste sentido, elucidativa a lição de Manuel A. Carneiro da FRADA ao afirmar que “como é sabido, as duas modalidades clássicas a que se reconduziram inicialmente as perturbações do programa obrigacional foram achadas na impossibilidade e na mora da prestação devida”.<sup>560</sup> Seria a impossibilidade a inviabilização da prestação *in natura* do comportamento assim como, para alguns, a perda do interesse do credor na prestação materialmente possível, e, a mora, o retardamento ou atraso no cumprimento da obrigação.<sup>561</sup> Segundo ensina o doutrinador português, e conforme já se afirmou acima, ao modelo dicotômico adotado pelo legislador alemão juntava-se a imputabilidade do devedor, julgando-se assim se ter “alcançado a disciplina completa da violação do vínculo creditício”.<sup>562</sup> Com o critério de imputabilidade, formava-se a disciplina da violação contratual.

Assim, embora trabalhasse o BGB com somente dois grupos de descumprimento contratual (inseridos que estava este naquele maior, chamado de perturbações à relação obrigacional), a saber a superveniente impossibilidade e a mora, desde o escrito de STAUB reconhece a doutrina alemã que tais regimes não são exaustivos, no sentido que não apreendem uma série de anomalias na relação obrigacional.<sup>563</sup>

Apesar de vozes que se colocam contrárias à lacuna conceitual enxergada por STAUB, a aceitação da sua doutrina na Alemanha é incontestável, especialmente após a *Reforma*, que acabou por abarcar no corpo do próprio BGB a teoria da violação positiva do contrato, estabilizada que está hoje em torno da figura de “quebra de deveres” do § 280 I. A afirmação

---

daß sie nur einem, noch einmal glücklichen Sammelnamen für die verschiedenen Fälle abgibt” (STOLL, Heinrich. *op.cit.*..., p. 262).

<sup>559</sup> As doutrinas da violação positiva do contrato, de Hermann Staub, e da *culpa in contrahendo*, de Rudolf von Jhering, são consideradas por Eike SCHMIDT como “duas das mais importantes ‘descobertas’ no território do direito civil obrigacional nos últimos cem anos”<sup>559</sup>, fazendo referência aos textos publicados em 1902 e 1861, respectivamente. Tradução livre de “... zwei der wichtigsten ‚Entdeckungen‘ auf dem Gebiet des zivilistischen Schuldrechts in den letzten hundert Jahren”. (SCHMIDT, Eike. *Nachwort* In: JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* e STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. Mit einem Nachwort von Eike Schmidt. Berlin, Zúrique: Verlag Gehlen, 1969, p. 131).

<sup>560</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato ...*, p. 28.

<sup>561</sup> Ainda segundo Manuel A. Carneiro da FRADA, *Idem*, p.28-29.

<sup>562</sup> *Ibidem*.

<sup>563</sup> LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 177.

tem sentido quando se reconhece que mesmo os que, como Volker EMMERICH, negam a existência de tal lacuna<sup>564</sup>, trabalham com as mais correntes hipóteses de *violação positiva do contrato*, a saber o cumprimento imperfeito da prestação e a quebra de deveres laterais de conduta.

Neste sentido, antes da lei de modernização do direito obrigacional alemão era corrente a lição de que as multifacetárias patologias que podem atingir a relação obrigacional não foram albergadas pelos conceitos do BGB em sua redação original.<sup>565</sup> As lacunas da legislação alemã, segundo Wolfgang SCHÜNEMANN podem ser exemplificadas por uma legião de exemplos.<sup>566</sup> Cita o autor aquele de um telhador que faz o telhado no prazo acordado mas, por negligência, o faz tão mal vedado que a água da chuva adentra o recinto e causa danos ou , ainda, no mesmo exemplo de telhador, daquele que efetivamente cumpre bem a sua prestação mas que, por desídia, desfaz-se de cigarro em chama provocando um incêndio na estrutura do telhado.<sup>567</sup> Conforme SCHÜNEMANN, as hipóteses não são nem de impossibilidade nem de mora, e sim “responde ele [o telhador] sob o ponto de vista daquela chamada violação positiva do contrato”.<sup>568</sup> Note-se, novamente, que as noções de impossibilidade e mora referem-se àquelas adotadas pelo BGB, e já

<sup>564</sup> EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 311. O autor, em diferentes partes do seu livro, refere-se à “enorme lacuna” apontada por Hermann STAUB enquanto *putativa* e *suposta*. Interessante notar que em texto, curiosamente denominado de “Despedida da doutrina da violação positiva do contrato”, Heinrich STOLL põe-se à resposta de uma pergunta fundamental: “possui a lei uma lacuna?”. (STOLL, Heinrich. *op.cit.*, p. 266).

<sup>565</sup> Conforme SCHÜNEMANN, Wolfgang. Die positive Vertragsverletzung – eine kritische Bestandaufnahme. In: Juristische Schulung (JuS) n 27. Jahrgagn 1987, p. 01.

<sup>566</sup> Ibidem.

<sup>567</sup> Adaptação dos exemplos trazidos pelo auto (Ibidem). O mesmo exemplo, ainda que com especificidades um pouco diversas, encontra-se também em Karl LARENZ, p. 364. Neste último autor, o exemplo está albergado não capítulo de sua obra destinado ao tratamento do mau cumprimento (*Schlechtleistung*). Aliás, LARENZ afirma expressamente o fato de considerar a nomenclatura proposta por Staub, *violação positiva do contrato*, pouco feliz. (LARENZ, Karl. *Schuldrecht...*, p. 367). Esta crítica é corrente na doutrina, conforme aponta Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR: “seus trabalhos [de Staub] mereceram uniforme aplauso, menos quanto à escolha da denominação, porquanto nem sempre o descumprimento implica comportamento positivo, decorrendo, muitas vezes, da omissão do cumprimento de dever anexo e, outras vezes, aí incluídas hipóteses que podem ser resolvidas pelas regras da mora ou da impossibilidade” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção...*,p. 126). Em suma, as críticas recaem sobre dois pontos principais: primeiramente, o fato de que as hipóteses de violação positiva não atingem apenas relações contratuais e, em segundo ponto, porque mesmo o inadimplemento absoluto pode resultar de uma ação e a violação positiva de uma omissão. (conforme ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito...*, p. 164).

<sup>568</sup> Tradução livre de: „denn er haftet unter dem Gesichtspunkt der sogenannten positiven Vertragsverletzung“. SCHÜNEMANN, Wolfgang. *op.cit.*, p. 01.

estudadas no capítulo anterior, sendo a lição oferecida antes do reconhecimento da geral *quebra de deveres* pós-Reforma.

Embora a obra de Hermann STAUB possa ser relegada àquilo que se poderia denominar, sem desprestígio, de *arquivo histórico* da doutrina da violação positiva do contrato, tendo em vista que produzida de forma incipiente sob ponto de vista de um BGB profundamente alterado pela *Reforma*, fato é que foi o pontapé inicial para o grande desenvolvimento de uma terceira hipótese de descumprimento contratual, havendo quem afirme que o simples fato de ter STAUB se dedicado à análise da abrangência das figuras da impossibilidade e da mora já o torna digno do agradecimento da ciência jurídica.<sup>569</sup> A leitura de sua obra, portanto, longe de ser uma busca por soluções acabadas, justifica-se como interesse histórico.<sup>570</sup>

## 6.1 Da descoberta de STAUB

Inicia STAUB sua exposição afirmando que, segundo a antiga redação do § 286 do BGB, respondia o devedor perante o credor pelos danos causados em decorrência de sua mora, definindo-a nos seguintes termos: “está em mora aquele que deixa de cumprir a prestação à qual se obrigou”.<sup>571</sup> Segundo sua análise, as disposições sobre a quebra de contrato na disciplina do BGB regulavam somente as hipóteses em que “alguém não efetua a prestação, a qual estava obrigado a efetuar; deixa de fazer, o que deveria fazer”.<sup>572</sup> Enfim, conforme já anotado por vários doutrinadores<sup>573</sup>, a concepção clássica de

<sup>569</sup> LEHMANN, Heinrich. *Die positiven Vertragsverletzungen*. In: Archiv für Zivilistisch Praxis (AcP) n. 96, p. 61.

<sup>570</sup> Neste sentido, afirma Jorge Cesa Ferreira da SILVA que “talvez sejam poucos os conceitos da dogmática civil que exijam, tanto quanto o da ‘violação positiva do contrato’, uma explicação que se inicie pelo seu próprio histórico”. (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 42)

<sup>571</sup> Tradução livre de: “Im Verzuge ist, wer eine Leistung unterläßt, zu welcher er verpflichtet ist”. (STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. In: JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* e STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. Mit einem Nachwort von Eike Schmidt. Berlim, Zurique: Verlag Gehlen, 1969, p. 93).

<sup>572</sup> Tradução livre de “... wo jemand eine Leistung nicht bewirkt, die er zu bewirken verpflichtet ist, wo jemand unterläßt, was er tun soll” (Ibidem).

<sup>573</sup> Dentre tantos, cite-se exemplificativamente António Manuel MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha: “como tantas teses importantes, ela [da violação positiva do contrato] é de enunciado simples: o BGB regula, no § 280, a obrigação do devedor de indemnizar o credor cuja prestação impossibilite e no § 286, a de imndenizar o credor pelos danos advenientes de mora sua. O que é dizer: o devedor responde pela não realização da prestação”. (MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...* p. 595); João de Matos ANTUNES VARELA: “o aspecto patológico de

descumprimento contratual o concebe exclusivamente enquanto uma violação negativa da prestação: o não cumprimento da obrigação, o deixar de fazer aquilo ao qual se obrigou. Diz-se negativa porque, nestes casos, a violação da obrigação embasa-se no descumprimento (negação) do dever de prestação, sendo o “não-prestar” que está na base tradicional da disciplina do descumprimento contratual.<sup>574</sup>

Neste diapasão, continua STAUB a afirmar que o BGB não regulava, de igual maneira, os inúmeros casos em que alguém quebra um compromisso através de um fazer: “no qual alguém faz, o que deveria abster-se, ou cumpre a prestação, a qual efetivamente estava obrigado, porém de forma defeituosa”.<sup>575</sup> E, neste sentido, a disciplina do Código Civil Alemão, especialmente em seu § 286, não teria aplicação<sup>576</sup>, embora afirmasse o autor que “ninguém duvidará que, nestes casos, a parte que viola os deveres deve compensar a contra-parte pelos danos causados por esta violação”.<sup>577</sup>

---

tais situações de facto não consiste numa pura *violação negativa* do dever de prestar (na sua omissão definitiva ou irremovível, ou na sua omissão temporária ou remediável). Estará antes num *defeito* da prestação realizada, algumas vezes numa violação *positiva* da *Lex contractus* por que ela se regulava, e nos danos provenientes dessa irregularidade” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol II), p. 127); no Brasil, cite-se FRADERA, Vera Maria Jacob: “para estabelecer as bases de sua doutrina, partiu Staub da análise de numerosos casos práticos, em que existe violação de um vínculo através de atuações positivas, isto é, fazendo-se o que deveria ser omitido, ou realizando-se a conduta devida, mas de maneira imperfeita” (FRADERA, Vera Maria Jacob. *op.cit.*, p. 145); e na Alemanha LÖWISCH, Manfred: “estes casos de violação contratual, que não sucedem, como na impossibilidade ou na mora, de algo negativo, nomeadamente a crua falta da prestação ou a falta da prestação no tempo correto, e sim de uma contravenção positiva de um dever contratual, nomeia STAUB exatamente pela sua característica distintiva de ‘violações positivas’”. Tradução livre de: “Diese Fälle von Vertragsverletzungen, die nicht wie Unmöglichkeit und Verzug etwas Negatives zur Folge haben, nämlich das Ausbleiben der Leistung überhaupt oder das Ausbleiben der rechtszeitigen Leistung, sondern **positive Zuwiderhandlungen** gegen eine vertragliche Verpflichtung sind, nannte STAUB wegen dieses Unterschieds *positive Vertragsverletzungen*” (LÖWISCH, Manfred. *op.cit.*, p. 182.)

<sup>574</sup> E a afirmação também tem ampla aplicação na disciplina do descumprimento obrigacional no direito brasileiro.

<sup>575</sup> Tradução livre de: “... in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft” (STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 93). O autor exemplifica com o caso de um comprador que se obriga a não revender a lâmpada comprada à França e que, no entanto, o faz ou então do vendedor que entrega a alguém o material luminoso por ele produzido, que possui componentes explosivos e não o informa ao comprador, cuja loja vem a sofrer danos por conta do material luminoso. (p. 93). Analisando a doutrina de STAUB e os exemplos acima, Heinrich LEHMANN vai afirmar exatamente que, à primeira vista, é duramente questionável se as hipóteses tratadas seriam impossibilidade. (LEHMANN, Heinrich. *op.cit.*, p. 62).

<sup>576</sup> Dispunha o § 286 que “o devedor deve compensar o credor dos danos causados em decorrência de sua mora”. Tradução livre de: “Der Schuldner hat dem Glaubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen”.

<sup>577</sup> Tradução livre de: “Niemand wird zweifeln, daß in allen diesen Fällen der pflichtverletzende Teil die Verpflichtung hat, dem anderen Teil denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die

Importa para o autor, portanto, o correto enquadramento legal das hipóteses por ele sustentadas, dentro da disciplina do recém vigente BGB, negando de antemão a inclusão dos casos por ele descritos como mora, exatamente por embasarem-se em uma atuação positiva do ofensor do dever. Mais ainda, e conforme observa António Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, a preocupação de STAUB reside no fato de que tais situações provocam danos e, portanto, exigem o ressarcimento.<sup>578</sup>

Nos inúmeros exemplos trazidos por STAUB, de certa forma diluídos ao longo desta breve exposição, encontra-se exatamente sempre um *fazer*: “em geral os casos são todos, a um primeiro olhar, a causação de uma conseqüência negativa por uma ação de alguém que, por uma ação positiva, causa contravenção positiva a um dever jurídico”.<sup>579</sup> O dano, nestes casos, não provém da falta de prestação e, sim, de defeitos ou irregularidades da prestação efetuada.<sup>580</sup>

Na busca por argumentos legais, na disciplina civil alemã, Hermann STAUB analisa argumentos de outros doutrinadores, especialmente de Schöller e Goldmann/Lilienthal e, contrariamente a estes, nega que a quebra de uma obrigação por um agir positivo deva ser tratada dentro do conceito de impossibilidade da prestação.

Segundo a concepção de Goldmann e Lilientahl, para STAUB considerada artificial, o § 280 (em sua redação antiga) abarcaria no conceito de impossibilidade da prestação todos aqueles casos em que a prestação não corresponde ao conteúdo da relação obrigacional, seja em relação a vícios da própria coisa (objeto da prestação), seja em consideração ao tempo ou ao

---

Pflichtverletzung erwachsen ist” (STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 94). Neste mesmo sentido, na republicação de 1969, Staub faz referências às críticas sofridas por sua teoria e ao fato de que elas residem especialmente na fundamentação legal para as conseqüências jurídicas pela violação positiva, sendo de certo modo aceito que os casos por ele narrados devem dar ensejo à reparação de danos. (STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 111).

<sup>578</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 596.

<sup>579</sup> Tradução livre de: “Gemeinsam ist allen Fällen auf den ersten Blick nur das eine, daß gerade positives Tun, eine positive Zuwiderhandlung gegen eine Rechtspflicht die nachteiligen Folgen verursacht” (LEHMANN, Heinrich. *op.cit.*, p. 62.). Conforme afirma Jorge Cesa Ferreira da SILVA, „STAUB nao se demonstrou preocupado em estabelecer contornos rígidos para a figura que acabava de identificar ou desenvolver. Como já referido, sua preocupação maior sempre pareceu ser a demonstração de que haveria uma lacuna do BGB, hoje predominantemente aceita, e não a lapidação de hipóteses ou a construção de uma definição positiva” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 217). À esta conclusão também leva o fato de que Hermann STAUB construiu sua teoria a partir de casos práticos vivenciados em sua vida profissional.

<sup>580</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações...* (vol. II), p. 127.

lugar da prestação.<sup>581</sup> STAUB vai demonstrar sua posição contrária à doutrina dos referidos autores através de um par de exemplos, dos quais se faz menção a um por sua didática:

“o vendedor envia ao comprador maçãs bichadas. Em decorrência, as maçãs sadias do comprador são infestadas, o que lhe causa grandes prejuízos. Ao vendedor, que possuía maçãs bichadas e sadias, não era de forma alguma impossível enviar maçãs sadias, apesar disso, enviou ele as maçãs podres. Mesmo após as ter enviado, ainda lhe era possível o superveniente envio das maçãs sadias; desta forma, a “impossibilidade pelo decurso temporal” não tem lugar nesta situação, caso se considere que ele enviou as maçãs muito antes do termo estipulado para o cumprimento e, assim, é capaz de, suficiente e tempestivamente, cumprir seus deveres supervenientemente”.<sup>582</sup>

Com tal exposição, defende o autor que eventual ação de reparação de danos deva ser proposta por fundamento outro que a impossibilidade do § 280 do BGB, rejeitando de plano a aplicação da “impossibilidade por lapso temporal” (*zeitweiser Unmöglichkeit*), dentre outro motivos, pela própria consideração que sua aceitação torna a disciplina da mora absolutamente desnecessária e supérflua.<sup>583</sup>

As lições de Schöller, por sua vez, são também rejeitadas por Hermann STAUB. Linhas gerais, acreditava aquele que a violação positiva de deveres enquadrar-se-ia como impossibilidade da prestação, uma vez que “cada contravenção contrária a um dever de abstenção torna a abstenção impossível”.<sup>584</sup> A entrega de um produto de pior qualidade, na sua visão, tornaria a substituição superveniente por produto de boa qualidade impossível,

<sup>581</sup> Conforme síntese de STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 96. Exemplifica o autor: a) tendo a coisa sido entregue com vício, então seria a prestação convencionada impossível; b) apresenta o sócio um balanço patrimonial errado, então é a apresentação do balanço correto tornada impossível ainda que faticamente possível, devido ao decurso do tempo correto para o cumprimento. Neste último exemplo, encontra-se aqui que se chama de “*zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung*”, ou seja, impossibilidade pelo decurso temporal que se pode traduzir como o entendimento que, uma vez prestada incorretamente, seria a prestação correta tornada impossível.

<sup>582</sup> Tradução livre de: “Der Verkäufer schickt dem Käufer wurmstichige Äpfel. Dadurch werden die gesunden Äpfel des Käufers angesteckt und es entseht ihm ein großer Schade. Dem Verkäufer, der kranke und gesunde Äpfel hatte, war es keineswegs unmöglich, gesunden Äpfel zu schicken, er hat dennoch kranke Äpfel geschickt. Auch nachdem er kranke Äpfel geschickt hatte, war es ihm nicht unmöglich, statt ihrer gesunde Äpfel zu schicken; auch ‘zeitweise Unmöglichkeit’ liegt nicht vor, da er Äpfel lange vor dem Ablauf der vereinbarten Erfüllungszeit geschickt und daher sehr wohl noch imstande war, auch zeitlich seiner Verpflichtung nachträglich zu genügen” (STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 98).

<sup>583</sup> *Idem*, p. 99.

<sup>584</sup> Tradução livre de: “... jede Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht die Unterlassung unmöglich werde” (*Ibidem*).

tendo em vista a quebra do dever de abstenção de entregar mercadoria de baixa qualidade. Encobriria, portanto, apenas os casos em que a prestação é cumprida defeituosamente.<sup>585</sup>

Considerando que o estudo e a busca da fundamentação jurídica dos casos apresentados por ele não tinham até então sido conduzidos, Hermann STAUB traz ao leitor vários exemplos, retirados do cotidiano jurídico, centrados no questionamento acerca da possibilidade de enquadramento enquanto descumprimento contratual e, todos eles, consubstanciando-se em contratos de longa duração e execução continuada.

Dentre eles, o do contrato de fornecimento de cerveja, firmado entre cervejaria e restaurante na qual “o taberneiro se obriga durante anos a obter sua cerveja de determinada cervejaria, e o cervejeiro obriga-se a continuamente entregar tal produto”.<sup>586</sup> Em determinado mês, a clientela reclama repetidas vezes da qualidade da cerveja. Pergunta STAUB, então, se teria o contratante direito de rescisão e indenização pelo não cumprimento contratual ou, se ao contrário, deveria ele ajuizar ação de reparação a cada fornecimento defeituoso.

O mesmo questionamento faz o autor na proposição de vários outros exemplos, dentre eles o caso de autoridade municipal que concede à determinada sociedade empresária o monopólio de abastecimento de gasolina no município. Esta sociedade, no entanto, entrega constantemente gasolina inadequada, questionando STAUB a possibilidade de rescisão do contrato tendo em vista não cumprimento. Em suma, sua resposta afirmativa à pergunta deriva do que chama de “sentimento de justiça” (*Rechtsgefühl*), sendo necessária a busca do correto enquadramento jurídico para tais casos.<sup>587</sup>

---

<sup>585</sup> As críticas posteriores à doutrina da violação positiva também podem ser resumidas no fato de que muitos consideram ser possível sua tutela através das tradicionais figuras do descumprimento. Somente a título exemplificativo, afirma Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA que “várias críticas buscavam demonstrar que, nos limites alemães, a impossibilidade era um conceito genérico suficientemente lato para impedir a aludida lacuna no BGB” (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 172).

<sup>586</sup> Tradução livre de: „Ein Gastwirt verpflichtet sich auf Jahre hinaus, sein Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, die Brauerei verpflichtet sich, es ihm fortgesetzt zu liefern.“ (STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 103). O exemplo é também comentado por SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé...*, p. 25.

<sup>587</sup> O princípio que guia a conclusão de STAUB é anotado por Heinrich STOLL na seguinte passagem: “aquele que através de uma atuação positiva viola culposamente uma relação deve compensar a outra parte pelos danos daí originados”. Tradução livre de: “derjenige, der eine

Tomando o BGB de 1900 como paradigma, afirma o autor, em excerto que sem reparos pode ser aplicado ao panorama jurídico brasileiro, que “em que pese não possa [o fundamento jurídico] ser extraído diretamente da lei, pode ele ser fundamentado indiretamente com ajuda de lei”.<sup>588</sup> As violações positivas que podem embasar o efetivo descumprimento obrigacional são definidas pelo autor como aquelas “violações de deveres pelas quais deveres contratuais essenciais são violados”.<sup>589</sup>

A possibilidade de escolha, pelo devedor, do direito de rescisão ou da aplicação análoga do descumprimento contratual (como um todo), tem relevância ímpar na doutrina elaborada, ou descoberta jurídica, para se utilizar palavra corrente na doutrina alemã. A analogia é feita com o § 386 do BGB, em sua redação antiga, que previa a possibilidade do credor fixar um prazo para cumprimento da prestação pelo devedor moroso e, em caso de não observância deste prazo, optar entre a rescisão contratual ou ação de reparação de danos por não cumprimento.<sup>590</sup>

Assim, em um contrato de fornecimento sucessivo em que a primeira remessa é feita de forma inadequada, uma leitura tradicional indicaria que teria o comprador apenas o direito de pedir reparação de danos por tal remessa e, a cada novo envio deficiente, ajuizar respectiva ação de indenização. Ocorreria o contrário, caso, já na primeira entrega, tenha incorrido em mora o vendedor

---

Verbindlichkeit durch positive Handlung schuldhaft verletzt, hat dem anderen den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen” (STOLL, Heinrich. *op.cit.*, p. 261).

<sup>588</sup> Tradução livre de: „Kann sie es nicht unmittelbar aus dem Gesetz begründen, so kann sie es doch mittelbar mit Hilfe des Gesetzes begründen“ (STAUB, Hermann. *op.cit.*, p. 105). No entanto, esta busca de ajuda na legislação é definida por STAUB por analogia. No caso alemão, defendia Staub a analogia com o então § 326 que dava ao credor a opção entre o direito de rescisão e a reparação de danos por descumprimento no caso de ter feito o devedor, aquilo que deveria abster-se de fazer.

<sup>589</sup> Tradução livre de: „nur bei solchen Pflichtverletzungen, durch welche wesentlich Vertragspflichten verletzt werden“ (Idem, p. 106).

<sup>590</sup> § 326 Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom der Vertrat zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf die Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 385 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

(2) Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.



porque, nas palavras de STAUB, “a mora de uma parte da entrega autoriza a rescisão de todo o contrato. Mas isto não vale para a entrega deficitária”.<sup>591</sup>

Não só no texto original de STAUB é que se encontra o fundamento da violação positiva na negação do enquadramento enquanto impossibilidade e mora. No mais das vezes, ocupa a doutrina lugar residual no estudo do descumprimento obrigacional. Assim, exemplificativamente, afirma Volker EMMERICH que, sob a denominação de *violação positiva do crédito*, dever-se-ia compreender “toda perturbação culposa da prestação, a qual não tem por conseqüência seja a impossibilidade seja a mora”.<sup>592</sup> Frise-se, novamente, que sob tal título é possível compreender uma série de casos distintos, cujo estudo merece ser pormenorizado.

No mais, o fato de ter sido alvo de numerosas críticas não retira do trabalho de Hermann STAUB a importância, pelo contrário, a reafirma. Assim é a preleção de António Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO para quem

“as críticas a STAUB e à violação positiva do contrato só ganhariam peso decisivo se lhe fossem contrapostas construções alternativas. Fique assente – no que representa um ponto importante a favor de STAUB – que a existência do problema por ele diagnosticado, isto é, a presença de violações creditícias não integráveis, com linearidade, nos esquemas da mora e da impossibilidade, constantes do BGB é confirmada pelos seus críticos, de modo implícito ou explícito”.<sup>593</sup>

Aliás, tem-se aqui que é indubitável a existência de violações do crédito que não se enquadram no conceito de impossibilidade (mesmo que alargado, compreendendo também a prestação não prestada tempestivamente que não mais interessa ao credor) nem do de mora (entendida, conforme se defende no presente texto, enquanto atraso no cumprimento e satisfação dos deveres de prestação). O fato de que, mais de cem anos após a publicação do texto de

<sup>591</sup> Tradução livre de: „Der Verzug bei einem Teil der Lieferung berechtigt zum Rücktritt vom ganzen Schlusse. Aber bei mangelhafter Lieferung gelte das nicht“ (STAUB, Hermann. *op.cit.*, pp. 107-108)

<sup>592</sup> Tradução livre de: „... worunter man dementsprechend jede schuldhafte Leistungsstörung verstand, die weder Unmöglichkeit noch Verzug zur Folge hatte“ (EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 311). Mais ainda, há quem entenda que a doutrina da violação positiva tem caráter subsidiário, só podendo ser aplicada na impossibilidade de aplicação das figuras tradicionais e sendo impossível sua ocorrência conjunta. Segundo Peter SCHWERDTNER, há hipótese em que o credor pode demandar os prejuízos decorrentes da mora juntamente com danos a outros bens jurídicos sem que isso importe no reconhecimento da ocorrência conjunta das figuras, vez que o fundamento fático é diverso. (SCHWERDTNER, Peter. *Positive Forderungsverletzung*. In: Jura 1980, Heft 4, p. 214).

<sup>593</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 599.

STAUB, ainda se dedicar a doutrina alemã, acompanhada da portuguesa e da brasileira, ao tema, reafirma seu caráter inquestionável.

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, que em nenhum momento de sua análise faz STAUB menção ao § 242 do BGB, cláusula geral de boa-fé no direito alemão, ou mesmo à existência de diversas gamas de deveres obrigacionais. Seu estudo e classificação aprofundados, ironicamente, foram procedidos por Heinrich STOLL em texto que denominou *Despedida da doutrina da violação positiva do contrato (Abschied der Lehre der positiven Vertragsverletzung)* e que, na visão de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, representou mais um *Willkommen* na sedimentação da doutrina.<sup>594</sup>

Do texto originalmente publicado por Hermann STAUB, importa reconhecer os casos de aplicação da doutrina que propôs. Os fundamentos conceituais, i.e ,aquele que diz com a complexidade da relação obrigacional iluminada pelo princípio da boa-fé objetiva, deve ser buscado nos estudos posteriores à introdução da teoria.

Dentre as hipóteses trabalhadas inicialmente por STAUB, ainda que não de forma sistemática, Jorge Cesa Ferreira da SILVA bem as agrupa em cinco conjuntos distintos, a saber: a) descumprimento de obrigações negativas; b) negligente cumprimento da obrigação principal; c) mau cumprimento de obrigações duradouras; d) descumprimento dos deveres laterais; e) recusa antecipada do devedor à prestação.<sup>595</sup> A unidade entre elas, ainda segundo FERREIRA DA SILVA, estaria justamente na falta de possibilidade de enquadramento, na visão de STAUB, como hipóteses de impossibilidade e mora.

Heinrich STOLL procede também à divisão dos casos práticos relatados por STAUB, dividindo-os em cinco categorias principais, um pouco distintas das acima anotadas. A primeira delas denomina de contravenção a

---

<sup>594</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, p. 20. Convém fazer referência a excerto de António Manuel MENEZES CORDEIRO, em que o autor sintetiza a crítica de Heinrich STOLL ao texto/doutrina de STAUB, nos seguintes termos: “censurou-se, assim, que à designação unitária de violação positiva do contrato se abrigavam, na realidade, fenómenos diferentes. A diversidade foi-se ampliando à medida em que as investigações posteriores, impulsionadas pelas necessidades práticas, foram multiplicando as modalidades iniciais. A ponto de se tornar inviável uma noção afirmativa de violação positiva do contrato: esta acabaria por ser definível, apenas por exclusão, como abrangendo toas as violações culposas de uma vinculação que não pudessem integrar nem a impossibilidade nem a mora do devedor” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*,p. 597)

<sup>595</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Da boa-fé...*,p. 217-218.

dever de abstenção (*Zuwiderhandeln gegen einen Unterlassungspflicht*), afirmando serem os ditos deveres de abstenção independentes, ou seja, constituindo-se o dever principal de uma obrigação exatamente um não fazer, e que, segundo doutrina dominante, não mais são tratados sob o manto da violação positiva do contrato.<sup>596</sup>

O segundo grupo de casos, por ele identificado, está no cumprimento defeituoso ou no mau cumprimento da prestação (*Schlechtleistung*), a partir da máxima de que o devedor deve prestar de forma adequada ou “precisa”, incluindo neste campo a prestação de coisa com vício, por exemplo. Nas relações duradouras, identifica o autor o terceiro grupo de casos, em que há ameaça ao fim contratual, embasando-se no princípio de que “o devedor não pode pôr o cumprimento contratual em perigo”.<sup>597</sup> O quarto agrupamento, denomina STOLL de prestação individual defeituosa em contratos de entrega continuada, especialmente pautado na quebra da confiança que causa ao credor, dando-lhe direito de rescisão contratual e sendo dispensável que a entrega defeituosa se dê mais de uma vez.<sup>598</sup> Por fim, o quinto grupo de casos identificado na obra de STAUB reside na recusa do devedor em prestar.

Deixando-se o texto originário de lado, e num estágio mais avançado de estudo da doutrina, pode-se dizer que a violação positiva do contrato engloba diferentes casos nos quais a relação obrigacional enquanto complexa é chamada a atuar, conduzindo à verificação “da violação daqueles deveres que, não sendo genuínos deveres de prestar, moldam o comportamento exigível das partes durante o ciclo do contrato...”.<sup>599</sup>

Em suma, ultrapassando a necessidade de observância de que uma relação obrigacional pode, de fato, ser descumprida ainda que haja a realização de atos de prestação, parece que a verdadeira importância do tema reside na análise das conseqüências jurídicas dadas a esta violação. Assim também é a preocupação de Heinrich LEHMANN, que faz ao leitor duas perguntas fundamentais, aqui transcritas integralmente: “1) Tal violação positiva contratual culposa obriga à reparação de danos? 2) Há fundamento

---

<sup>596</sup> STOLL, Heinrich. *op.cit.*, p. 262.

<sup>597</sup> Tradução livre de: “der Schuldner DARF die Vertragserfüllung nicht gefährden”. (Idem, p. 265).

<sup>598</sup> *Ibidem.*

<sup>599</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato...*, p. 36.

também, nos contratos bilaterais, ao direito de rescisão e reparação de danos com fundamento no não cumprimento total do contrato?”.<sup>600</sup> De tais indagações se parte para aprofundamento do estudo da violação positiva do contrato.

## 6.2 Fundamentos doutrinários

No núcleo da doutrina da violação positiva do contrato destaca-se justamente a necessidade de verificação *em concreto* do cumprimento da relação obrigacional. Livrando-se de conceitos abstratos, importa reconhecer que nem sempre será um contrato cumprido com a mera realização da prestação principal, em dois sentidos: a) a violação pode incidir sobre deveres outros que não aqueles que caracterizam a obrigação ou o auxiliam, nitidamente os deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva; e b) a prestação imediata deve ser avaliada em consonância com a qualidade do objeto prestado. O fundamento de tais conclusões ou de tal leitura reside, como se tem sustentando ao longo deste estudo, no princípio da boa-fé objetiva.

Tais considerações não foram ignoradas pelo legislador da *Reforma* na Alemanha. Os diferentes casos, antes enquadrados no conceito de *violação positiva do contrato*, acabaram ganhando *status* de figuras próprias, das quais se destacam o cumprimento imperfeito (*Schlechtleistung*) e a quebra dos deveres de proteção (*Schutzpflichtverletzung*). Incipiente seria, portanto, a conclusão de que, após 2002, tivesse a doutrina alemã abandonado a figura identificada pro Hermann STAUB. Pelo contrário, as hipóteses por ele levantadas, e desenvolvidas ao longo do século XX pela doutrina e jurisprudência alemãs, ganharam espaço na letra da legislação civil daquele país, polarizado que está o descumprimento contratual na figura geral da *quebra de deveres*, que dialoga de forma estreita com o § 241, II do BGB, conforme visto acima.

Viola a relação obrigacional aquele que incide na quebra de deveres, sejam eles de prestação ou de proteção. Assim, diga-se do devedor que deixa de prestar, mesmo em se tratando de impossibilidade a ele não imputável, do

---

<sup>600</sup> Tradução livre de: “1) Verpflichtet eine derartige Schuldhaft positive Vertragsverletzung zum Schadenersatz? 2) Berechtig sie beim gegenseitigen Vertrag auch zum Rücktritt und Schadenersatz wegen nichterfüllung des ganzen Vertrags?” (LEHMANN, Heinrich. *op.cit.*, p. 63).

devedor e credor moroso e, ainda, do devedor que efetivamente cumpre seu dever primário, mas descumpra um dever lateral. Com a inserção da noção geral de *quebra de deveres*, o legislador da *Reforma* nada mais fez do que retirar as hipóteses de quebra da relação obrigacional da limitação outrora existente no restrito espaço entre impossibilidade e mora.

Em outras palavras, reconhece-se a ampla gama de deveres que incumbem a ambos os partícipes contratuais e, além de mero reconhecimento, indica-se que aquele que descumpra deveres de proteção está também a descumprir o programa obrigacional. Reafirma a constatação a inclusão expressa na lei dos deveres laterais de conduta, consistentes no resguardo de interesses do outro partícipe obrigacional.

Diante da regulamentação dos casos de descumprimento obrigacional no Código Civil brasileiro, aliado à própria configuração do direito obrigacional aqui construída, a qual não prescinde da análise da cláusula geral de boa-fé objetiva, a mesma conclusão, no sentido de que descumpra a relação obrigacional aquele que quebra deveres outros que não os de prestação, encontra ampla guarida na doutrina pátria. Mais ainda, considerando que não há a divisão estanque dos casos de descumprimento contratual, tal como se dá na Alemanha, a adoção de uma terceira via, para além dos tradicionais inadimplemento absoluto e mora, é amplamente possível, além de necessária.

A disciplina dos efeitos do descumprimento contratual, no Brasil, não está traçada de forma sistemática, pelo contrário, encontra-se albergada pelo geral termo *descumprida a obrigação*, constante do art. 389 do Código Civil. Assim, menos do que uma lacuna legal existe, na doutrina brasileira, uma lacuna conceitual e interpretativa: o art. 389, por si, não aprisiona o tratamento do descumprimento contratual exclusivamente aos deveres de proteção. Tal limitação é feita quando da configuração das tradicionais figuras do inadimplemento absoluto e da mora que, como visto, referem-se exclusivamente aos deveres de prestação.

Neste sentido, importante se faz a menção à lição de Manuel Antonio Carneiro da FRADA, ao consignar que, tanto o conceito de mora, quanto o conceito de impossibilidade são talhados “apenas para as vicissitudes dos

deveres de prestação”.<sup>601</sup> Exatamente a partir desta consideração, aliada à visão da obrigação enquanto totalidade que não se limita àqueles deveres de prestação, conforme visto, chega-se a uma terceira via de descumprimento contratual, embasada na função integrativa da boa-fé objetiva.

Também é assim a lição de Claus-Wilhelm CANARIS, ao afirmar que, quando do estabelecimento do BGB, tinha-se em mente tão somente os deveres de prestação, o que não ocorre com a moderna dogmática que reconhece “uma abundância de ‘deveres laterais’ e especialmente de ‘deveres de proteção’, estes separados dos deveres de prestação”.<sup>602</sup> Para o jurista, representa a quebra de tais deveres um importante grupo de casos da violação positiva do contrato.

Em realidade, reconhecendo com Manuel António CARNEIRO DA FRADA que foi no domínio dos contratos e, mais especificamente, do cumprimento das obrigações contratuais, “que a norma do comportamento de boa fé germinou e encontrou a sua guarida mais segura”<sup>603</sup>, não seria exagero dizer que um olhar sobre as categorias de descumprimento contratual, à luz do princípio, gera profundas mudanças. À conclusão chega-se mesmo quando se analisa a conformação da relação jurídica obrigacional iluminada pelo princípio da boa-fé objetiva, para se dizer que sua complexidade engloba deveres outros que não os decorrentes do exercício da autonomia privada os quais, por sua vez, podem ser descumpridos.

É para além das tradicionais categorias de descumprimento contratual, inadimplemento absoluto e mora no direito brasileiro, justo porque desenvolvidas a partir da noção de quebra de deveres de prestação, exclusivamente<sup>604</sup>, que se encontra a justificativa e necessidade de uma

---

<sup>601</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Contrato...*, p. 36.

<sup>602</sup> Tradução livre de: „eine Fülle von ‚Nebenflichten‘ und insbesondere die – von der Leistungspflicht zu trennende – ‚Schutzpflichten‘ kennt“. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ansprüche wegen ‚positiver Vertragsverletzung‘ und ‚Schutzwirkung für Dritte‘ bei nichtigen Verträgen*. In: *Juristenzeitung*, 1965, p. 475.

<sup>603</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Teoria...*, p. 431.

<sup>604</sup> Não se insiste na ampliação dos conceitos tradicionais para albergar também a quebra da boa-fé por dois motivos principais: (i) as consequências do inadimplemento absoluto e principalmente da mora foram traçadas com base na relação jurídica simples; (ii) ao assim proceder deixar-se-ia de conferir à boa-fé um lugar de destaque na atual conjectura do Direito das Obrigações.

terceira via de inadimplemento. A doutrina proposta por Hermann STAUB, tomada como figura de referência, mantém interesse e atualidade.<sup>605</sup>

A violação positiva do contrato, conforme ensina António Manuel MENEZES CORDEIRO, foi coberta pela *Reforma* no direito alemão, ainda que sem a utilização desta nomenclatura.<sup>606</sup> Para o autor, apesar da riqueza das construções jurisprudenciais alemãs ao longo do século XX, as dúvidas diante do silêncio da lei eram inevitáveis.<sup>607</sup>

O mesmo problema não se encontra no Brasil, como a primeira vista poderia parecer. Tanto a responsabilidade pelo inadimplemento (art. 389 do Código Civil), quanto o direito à resolução daí advindo (art. 475 do mesmo diploma legal) são traçados de forma ampla, senão amplíssima. Desconhece-se, em território pátrio, a sistematização operada pelo legislador alemão, de forma que os diferentes casos de inadimplemento possuem o mesmo fundamento legal. Não há, assim, um efetivo silêncio da lei no Código Civil Brasileiro e, sim, um tratamento generalíssimo do descumprimento contratual.

Dos diferentes casos de estudo propostos por Hermann STAUB, trabalha a doutrina alemã, na atualidade, com apenas dois, quais sejam, o cumprimento imperfeito e a quebra de deveres de proteção.<sup>608</sup> A abrangência das figuras merece redobrada atenção.

### 6.3 Cumprimento imperfeito enquanto hipótese de violação positiva

O chamado cumprimento imperfeito da obrigação é destacado pela doutrina alemã, juntamente com a *mora*, como os principais casos de quebra de deveres.<sup>609</sup> É definido, usualmente, como cumprimento não ordenado da

<sup>605</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 602.

<sup>606</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da Modernização...*, p. 113.

<sup>607</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da Modernização...*, p. 113.

<sup>608</sup> Há quem entenda que os casos de violação positiva englobam também o inadimplemento antecipado. Na visão de António Manuel MENEZES CORDEIRO, estariam incluídas, neste *tertium genus* do descumprimento contratual, três diferentes grupos de casos: a) violação de deveres acessórios (leia-se aqui deveres laterais de conduta); b) má execução da prestação principal; c) declaração eficaz de não pretender cumprir. (Ibidem). Remete-se o leitor à nota de rodapé n.º 387.

<sup>609</sup> LOOSCHELDERS, Dirk.. *Schuldrecht...* (2008), p. 197 e EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 317. Na doutrina portuguesa, afirma Manuel Carneiro da FRADA que "se recordar que a impossibilidade é de facto uma situação de rara verificação, não admira o diagnóstico de que, no fundo, o cumprimento defeituoso disputa com a mora o lugar de tipo principal, porque mais freqüente, da violação do contrato" (FRADA, Manuel António Carneiro da. *Contrato...*, p. 35).

prestação<sup>610</sup> ou, residualmente, como espécie de cumprimento defeituoso da prestação principal, que não tenha por conseqüência a mora ou a impossibilidade. De se salientar, no entanto, que o cumprimento imperfeito do qual se trata não deve ser confundido com a abrangência que lhe dá a doutrina portuguesa, exemplificativamente Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, ao entender sob seu manto conceitual tanto a execução defeituosa quanto a violação de deveres acessórios ou laterais.<sup>611</sup> Fixa-se a análise apenas na hipótese primeira, qual seja, de cumprimento imperfeito da prestação, sendo a quebra dos deveres laterais trabalhada em tópico apartado.

Precipitada seria a conclusão de que, sob o título de cumprimento imperfeito, estariam incluídos todos os casos em que o objeto da prestação é viciado ou defeituoso. As conceituações acima apresentadas merecem, portanto, serem lapidadas, com vistas à correta compreensão do que se possa abranger pela noção.

Neste sentido, afirma Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA que, para o enquadramento como hipótese de cumprimento imperfeito (tratado por ele sob o nome de mau cumprimento), ter-se-ia de observar quatro condicionantes: a) a realização da prestação; b) a realização de forma defeituosa; c) a não-regulamentação da hipótese pelas regras de vícios; d) existência de dano típico.<sup>612</sup> De forma especial, deve-se atentar ao requisito c, referente ao regramento dos vícios, que no Brasil tem importância protuberante.

---

Dois alertas devem ser feitos: a) sob o nome de cumprimento imperfeito trabalha-se em Portugal tanto o efetivo cumprimento imperfeito da prestação principal, quanto a quebra de deveres decorrentes da boa-fé objetiva; b) o cumprimento imperfeito na doutrina estrangeira abrange normalmente tanto defeitos no ato de prestar quanto no objeto prestado, incluindo-se aqui vícios da coisa, o que não pode ser aplicado no Brasil tendo em vista as considerações acima já traçadas, especialmente no item 4.3.1.

<sup>610</sup> Neste sentido Dirk LOOSCHELDERS: “o devedor presta pontualmente, porém não como o devido. Fala-se aqui em mau cumprimento (...) O pintor M deve colocar papel de parede na sala de estar de A. M cumpre pontualmente seu dever. Algumas semanas depois, desprende-se o papel da parede.” tradução livre de: “Der Schuldner mag die Leistung pünktlich, aber nicht wie geschuldet erbacht haben. Man spricht dann von einer Schechtleistung (...) Malermeister M soll das Wohnzimmer des A tapezieren. M führt die Arbeiten pünktlich durch. Wenige Wochen später lösen sich aber die Tapeten wieder von der Wand” (LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 144).

<sup>611</sup> ALMEIDA COSTA, p. 1060. Segundo lição de João de Matos ANTUNES VARELA, “os autores alemães falam nas *violações positivas do contrato* (*Positivevertragsverletzungen*), enquanto na literatura jurídica de raiz latina se prefere a expressão *cumprimento defeituoso* (*mau cumprimento ou cumprimento imperfeito*) da obrigação” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito...*, p. 61)

<sup>612</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 225.



Na doutrina alemã, acentuam Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ que, para a utilização das regras destinadas à compensação de danos relativos à quebra de deveres laterais, deve haver uma lacuna na regulamentação legal da espécie obrigacional.<sup>613</sup> A afirmação encontra fundamento porque, na Alemanha, o regramento dos vícios não é feito por meio de normas gerais, tal como o é no Brasil, e, sim, em consideração aos contratos em espécie. De toda sorte, o alerta deve ser igualmente observado quando do estudo do cumprimento defeituoso que está na base da violação positiva do contrato no direito brasileiro, no sentido de que nem toda a prestação incorreta consubstancia-se enquanto tal.

A definição usualmente encontrada para esta espécie de descumprimento contratual, na Alemanha, abrangeria apenas os deveres de prestação, sejam eles primários ou secundários. No entanto, de se notar, juntamente com Dirk LOOSCHELDERS, que a dupla natureza de alguns deveres torna tormentosa a distinção entre aqueles referentes à prestação propriamente dita e os que dizem respeito à proteção dos partícipes contratuais entrecruzada.<sup>614</sup> Na Alemanha, esta constatação tem importância fundamental, tendo em vista a escolha da regra específica que regerá o regime da compensação de danos. Em que pese a diferenciação, convém fazer referência a um exemplo elaborado pelo autor:

“o manual de instruções de uma motosserra deve por um lado assegurar o funcionamento adequado do produto. De outro lado tem também por objetivo proteger o seu usuário de danos. Caso falte o manual de instruções ou seja ele defeituoso, então orienta-se a compensação de danos pelos §§ 280, I, III, 281. O comprador deve estabelecer um prazo para entrega de um (não defeituoso) manual de instruções”.<sup>615</sup>

Trazendo a problemática para o ordenamento jurídico brasileiro, deve-se, em um primeiro momento, diferenciar a relação travada como pertencente ao âmbito do direito do consumo ou não. Caso a resposta seja afirmativa, a

<sup>613</sup> MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 244

<sup>614</sup> LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 199

<sup>615</sup> Tradução livre de: “Die Bedienungsanleitung für eine Motorsäge soll einerseits die vertragsgemäße Funktionsweise der Säge sicherstellen. Sie hat andererseits aber auch den Zweck, den Benutzer vor Verletzung zu schützen. Fehlt die Bedienungsanleitung oder ist sie mangelhaft, so richtet der Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung nach §§ 280, I, III, 281. Der Käufer muss dem Verkäufer zunächst eine Frist zur Lieferung einer (mangelfreien) Bedienungsanleitung setzen” (Ibidem)

falta de informações adequadas, a qual se equipara a própria falta de informação, é quebra do dever de informação emanado do Código de Defesa do Consumidor o qual, pela disciplina traçada pela legislação, equipara-se ao defeito do produto.<sup>616</sup>

Caso não sejam aplicáveis em espécie as regras de consumo, há de se observar que a entrega do manual de instruções é, em realidade, correspondente ao dever de informação que advém do princípio da boa-fé objetiva, na exata medida em que cabe ao vendedor dar informações precisas acerca do modo de utilização e perigos decorrentes do uso da coisa. Seria de se aventar hipótese de cumprimento imperfeito, no Brasil, caso a compra e venda tivesse por objeto mediato o próprio manual de informações, porque, aí, o defeito deste seria considerado um cumprimento defeituoso do dever de proteção, apesar de incidir sobremaneira também na defesa da integridade dos partícipes contratuais.

Há de se reconhecer, portanto, um caráter residual da espécie de cumprimento imperfeito, seja na Alemanha<sup>617</sup> seja no Brasil. Enfoca-se na fixação do lócus ocupado pela figura no direito pátrio.

Retomando-se a análise feita quando do estudo da mora, diga-se que qualquer disparidade entre a prestação contratada e aquela prestada, a qual não possa ser enquadrada como vício no objeto (como a entrega de produto de marca diversa ou prestação de serviço da forma errada), é considerada enquanto não-cumprimento da prestação e, neste sentido, enquanto *mora*, estando o devedor em atraso até que preencha os requisitos do cumprimento perfeito.

Na hipótese do *imperfeito* ou do *defeituoso* tocar o produto ou o serviço prestado, em si, há de se proceder à separação das relações afetas à disciplina do direito do consumo daquelas que se submetem ao Código Civil exclusivamente. Vez que o regramento do CDC abrange todos os vícios do produto e do serviço, sejam eles ocultos ou não, em princípio a prestação de

---

<sup>616</sup> Exemplificativamente é assim o entendimento de Cláudia Lima MARQUES: “no sistema do CDC a falha na informação, tipificada pela ‘disparidade [,] com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária’, é considerada vício de qualidade do produto (art. 18)”. (MARQUES, Cláudia Lima. *op.cit.*, p. 1161).

<sup>617</sup> Neste sentido afirmam Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER que as regras referentes ao cumprimento imperfeito só encontram aplicação na ausência de regra especial na legislação. (BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 261).

coisa viciada, no âmbito do consumo, sujeita-se ao regramento dos vícios ali estabelecido. Da mesma forma, afirma Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA que há se ser afastada a incidência de regras de vícios de direito (evicção), encontrando o cumprimento imperfeito grande campo de aplicação nos contratos de prestação de serviços, naqueles que envolvem conselhos e nos contratos sociais.<sup>618</sup>

Especial atenção deve ser focalizada na qualificação do ato de cumprimento enquanto *imperfeito*. Neste sentido, veja-se que Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR define a espécie de descumprimento aqui tratada como “violações contratuais por prestação incompleta ou defeituosa, gerando insatisfação do credor, que pode ser de variada graduação. Pressupõe a existência da prestação, apenas que efetivada em desacordo com o convencionado”.<sup>619</sup> Estariam aí incluídos, na visão do autor, ofensa à quantidade e à qualidade da coisa prestada, ao tempo (este entendido enquanto serviços prestados por menos tempo que o devido) e ao lugar.<sup>620</sup>

Ora, como se sustenta no presente texto, a quebra do convencionado, seja pela entrega de produto diverso, em qualidade ou quantidade<sup>621</sup>, seja a prestação do serviço por tempo inferior ao acordado, ou entrega em lugar diverso do devido, configuram *mora*, ou abrem espaço ao adimplemento parcial. Não entram, portanto, nas considerações por ora empreendidas, quaisquer disparidades entre o instrumento contratual e a prestação efetuada. Nestes casos, há efetivo não-cumprimento da obrigação uma vez que, conforme se tem deixado claro, o cumprimento só encontra lugar quando observados os requisitos do *modo* o qual, ainda que entendido em sentido amplíssimo, como ensina PONTES DE MIRANDA<sup>622</sup>, diz respeito ao ato de prestar. Embora nestes casos possa-se dizer que houve um cumprimento imperfeito, já que a prestação não foi efetuada da maneira com que deveria ter

---

<sup>618</sup> A conclusão é tomada traçada por FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 226.

<sup>619</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Extinção...*, p. 124.

<sup>620</sup> *Ibidem*.

<sup>621</sup> Com a ressalva de que a diferença entre a quantidade no âmbito do direito do consumidor é igualada a vício do produto.

<sup>622</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tomo XXVI*, p. 15.

sido, procura-se afastar a utilização desta nomenclatura, reservando-a de forma exclusiva às hipóteses que constituem violação positiva do contrato.<sup>623</sup>

Assim, o adjetivo *imperfeito* deve ser tomado exclusivamente em relação a defeitos do objeto mediato da obrigação, tomados isoladamente. A prestação que não condiz com o acordado é, em verdade, uma não-prestação.

Em sentido contrário ao adotado no presente estudo, faz-se menção a Orlando GOMES que entende como *cumprimento defeituoso*, figura através da qual o autor compreende a violação positiva do contrato, a qualificação de situações "... nas quais o devedor não efetua o pagamento no *lugar e forma* convencionados".<sup>624</sup> A confusão dos conceitos é corrente, podendo inclusive ser destacada na obra do próprio Orlando GOMES. Exemplificativamente, veja que o autor afirma, em texto outro, que são três os modos tradicionais de inexecução contratual negativa, a saber, a inexecução voluntária, o cumprimento tardio e o cumprimento defeituoso<sup>625</sup>, chegando a anotar que a expressão *mau cumprimento* deva ser afastada quando da análise da violação positiva do contrato.<sup>626</sup>

Sob nomenclatura praticamente idêntica, *adimplemento ruim*, entende Araken de ASSIS, por sua vez, que "a divergência na conduta devida não se concentra na identidade ou na quantidade da prestação, o que daria lugar ao adimplemento *parcial*; o descumprimento recobre, no caso, os deveres laterais e acessórios".<sup>627</sup> Enfim, inegável a falta de homogeneidade da figura, seja quanto ao nome que lhe é dado, seja quanto à abrangência que lhe é conferida.

Entende-se aqui o cumprimento imperfeito como pertencente ao conceito de violação positiva do contrato, sendo-lhe espécie que diz respeito, exclusivamente, a impropriedades da prestação principal, ainda que se possa

---

<sup>623</sup> Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, apesar de tratar o cumprimento imperfeito em item apartado da mora, acaba por afirmar que "no Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito, inclusive por defeito qualitativo (violação quanto à forma e ao modo da prestação) razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada pela doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva" (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção...*, p. 126). Exatamente pela perturbação da utilização da nomenclatura *cumprimento imperfeito* para designar coisas diversas, enquanto *mora* ou enquanto *violação positiva do crédito*, é que se busca aqui utilizá-la somente neste último caso.

<sup>624</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 205.

<sup>625</sup> GOMES, Orlando. *Transformações...*, p. 141.

<sup>626</sup> Idem, p. 147.

<sup>627</sup> ASSIS, Araken. *op.cit.*, p. 126.

afirmar que o dever de abstenção da prestação de coisa ou fato defeituosos derive da boa-fé objetiva.<sup>628</sup> Em outras palavras, por mais que a violação atinja um dever decorrente da boa-fé negocial, objetivamente é a prestação principal que é entregue de forma insatisfatória e, a partir deste fato objetivo, que se observa a causação de danos seqüenciais. Resta saber se as conseqüências para tais violações seriam idênticas ou se, à luz da disciplina dos vícios e do descumprimento obrigacional no direito brasileiro, justificar-se-ia a manutenção da distinção também para estudo dos casos patológicos.

Embora em um aspecto geral, e na esteira da compreensão da obrigação enquanto complexidade, a prestação defeituosa possa ser entendida como não-cumprimento obrigacional, há de se verificar que não encontram aplicação, na maioria destes casos, das regras do descumprimento obrigacional. O regramento dos vícios dá conta de uma ampla gama de situações que, ao menos no âmbito do direito do consumidor, abrange tanto aqueles ocultos quanto os de fácil verificação, afastando de plano a aplicação das regras gerais do descumprimento.

A especificidade se dá, mesmo no âmbito do Direito do Consumidor, e tendo em vista regramento próprio e qualidade de lei especial frente ao Código Civil, da prestação de coisa ou fato defeituoso e, em decorrência, causação de danos diversos dos oriundos das típicas violações negativas, inadimplemento absoluto e mora. Neste sentido, afirma Mario Julio de ALMEIDA COSTA que, “tratando-se de danos derivados da falta de cumprimento perfeito e não de danos específicos ocasionados pelo cumprimento defeituoso, a situação reconduz-se a incumprimento definitivo ou mora”<sup>629</sup>, entendimento acompanhado, na doutrina portuguesa, também por João de Matos ANTUNES VARELA ao afirmar que

---

<sup>628</sup> Neste sentido, na doutrina brasileira faz-se menção a Paulo Luiz Netto LÔBO: “o devedor tem o dever de diligência, de comportar-se como se esperaria de quem assumisse sua posição negocial, nomeadamente quanto ao modo, ao conteúdo e aos fins da prestação. Esse comportamento do devedor médio ideal significa agir de modo satisfatório e realizar com fidelidade e integridade a prestação. se o devedor adimple de modo negligente ou descuido pode causar dano ao credor, respondendo por este, de modo semelhante ao que ocorreria com o inadimplemento, ainda que não tenha havido mora” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *op.cit.*, p. 301).

<sup>629</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *op.cit.*, p. 1060. Afirma o autor, ainda, que “acrescenta-se à sua própria configuração, como elemento individualizante, a tipicidade dos danos causados ao credor, visto que ele os não sofreria se o devedor de todo não houvesse efectuado a prestação; dito de maneira diversa, o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir tais danos” (Ibidem).

“há casos, porém, em que o *defeito* ou *irregularidade* da prestação – a *má prestação* (*Schlechtleistung*, como lhe chamam alguns autores alemães) – *causa danos ao credor* ou pode *desvalorizar a prestação, impedir ou dificultar* o fim a que esta objectivamente se encontra afectada, estando o credor disposto a usar de outros meios de tutela do seu interesse, que não sejam o da recusa pura e simples da aceitação”.<sup>630</sup>

Trata-se, exactamente, de um requisito fundamental à caracterização do cumprimento imperfeito, assim como da quebra de deveres laterais de conduta. Ainda na esteira das lições de João de Matos ANTUNES VARELA, tem-se que, diante da irregularidade da prestação, pode o credor simplesmente recusá-la ou rejeitá-la, não havendo, nestes casos, notas distintivas entre o cumprimento defeituoso e o inadimplemento absoluto/mora, uma vez que “o interesse do credor fica inteiramente por preencher”.<sup>631</sup> Há casos outros em que, apesar da má qualidade, não sofre o credor quaisquer danos especiais: a fruta fornecida foi de pior qualidade do que o habitual, mas o dono do restaurante limitou-se a não encomendar novos fornecimentos.<sup>632</sup>

Diferentes seriam as hipóteses que causam danos típicos e, mais ainda, em que a recusa e a aceitação não se mostram em sintonia com o interesse do credor.<sup>633</sup> Seriam as situações, somente para citar exemplos, do vendedor que entrega animais doentes que contagiam os demais no estábulo; do comerciante que fornece gêneros alimentícios deteriorados e causa prejuízos à saúde do cliente, do contabilista que fornece laudo inexato, sob o qual são tomadas importantes decisões da sociedade,<sup>634</sup> e da açucareira que fornece a quantidade acordada de ramas de açúcar à refinaria, mas envia

<sup>630</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol II), p. 129.

<sup>631</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol II), p. 128.

<sup>632</sup> Idem, p. 129.

<sup>633</sup> Ibidem. Sobre tais danos, chamados por Peter Schwerdtner de *danos acompanhantes*, veja-se a seguinte lição do doutrinador: “ordenado um empreendedor à movimentar canos de água, e em decorrência de trabalho não diligente são causados danos pela água, permanece o dever à prestação, isto é, à construção dos canos de água possível e recuperável. Pela reparação por não cumprimento ou por mora não se pode falar na reparação dos danos causados pela água. Há muito mais um dano acompanhante em decorrência de um mau cumprimento”. Tradução livre de: “Wird der Unternehmer U mit der Verlegung einer Wasserleitung beauftragt und kommt es aufgrund unsorgfälligen Arbeitens zu einem Wasserschaden, so ist die Erfüllung der Leistungspflicht, die Erstellung der Wasserleitung, weiterhin möglich und kann nachgeholt werden. Von einem Nichterfüllungsschaden oder Verzögerungsschaden kann hinsichtlich des etwas durch das Wasser beschädigten Mobiliars nicht gesprochen werden. Es liegt vielmehr ein *Beiglitsschaden* infolge einer *Schlechtleistung* vor”. (SCHWERDTNER, Peter. *op.cit.*, p. 215).

<sup>634</sup> Os exemplos foram retirados de ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p. 1060.

ramas avariadas ou deterioradas.<sup>635</sup> Enfim, e como afirma Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, “o problema apenas adquire autonomia, como se observou, quando ocorram danos típicos”.<sup>636</sup>

Novamente sublinhando que o entendimento da obrigação enquanto processo implica na revisita das tradicionais figuras do descumprimento contratual, é amplamente aceitável o entendimento de que o credor pode recusar a prestação imperfeita ou inexata, estando a partir deste momento em *mora* o devedor, caso a prestação extemporânea seja ainda de interesse ao credor, ou incidindo em inadimplemento absoluto total ou parcial, à medida da possibilidade da prestação. As conseqüências do cumprimento imperfeito só encontram aplicação quando, de alguma forma, houve ato de prestação e, em decorrência da sua imperfeição, causação de danos típicos que não teriam lugar na hipótese do *não prestar* típico dos casos de inadimplemento absoluto e *mora*.

Assim é também na Alemanha, como se pode observar da afirmação de Karl LARENZ, ao tratar do cumprimento imperfeito, afirmando para sua caracterização a necessidade de “comportamentos contratuais que levam a danos ao credor, os quais não têm por base seja a impossibilidade seja a mora da prestação”.<sup>637</sup> O campo de aplicação da figura, portanto, está para além dos casos em que não é causado dano algum e, especificamente, dentro daqueles em que o resultado danoso causado está ligado à prestação efetuada, como a ela *subseqüentes* ou *acompanhantes*, para usar a definição trazida por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA.<sup>638</sup>

O diálogo com o regramento dos vícios no direito brasileiro avulta de especial importância para a análise por ora empreendida, fixados que estão os pressupostos fundamentais da hipótese levantada. Como ferramentas para esta tarefa, não se pode deixar de lado a compreensão de que o cumprimento

---

<sup>635</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito...*, p. 61.

<sup>636</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Julio. *op.cit.*, p. 1061. A separação daquilo que doutrina alemã denomina danos dos vícios (*Mangelschaden*) e danos seqüenciais decorrentes dos vícios (*Mangelfolgeschaden*) deve ser problematizada no caso concreto. (WERTHEIMER, Frank e ESCHBACH, Martin. *Positive Vertragsverletzungen in Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht*. In: Juristische Schulung (JuS) 1997, Heft 7, p. 605).

<sup>637</sup> Tradução livre de: “durch vertragswidriges Verhalten überhaupt bewirken Schädigung des Gläubigers, die weder auf einer Unmöglichkeit noch auf Verzögerung der Leistung beruht...” LARENZ, Karl. *Schuldrecht...*, p. 366.

<sup>638</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 246.

imperfeito importa tanto na violação afeta ao dever principal de prestação, quanto a deveres laterais decorrentes da boa-fé.

Nesse sentido, mister fazer menção novamente a Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, o qual destaca uma peculiaridade do reconhecimento acima proposto: “nos casos ora analisados, o fato (ou o conjunto de fatos) que gera o descumprimento dos deveres de prestação *é absolutamente o mesmo* que promove o descumprimento do dever lateral”.<sup>639</sup> De fato, tomando-se por exemplo o já citado caso das maçãs bichadas<sup>640</sup>, ter-se-ia de reconhecer que há um vício no objeto da prestação (maçãs impróprias para consumo); há dano típico pela contaminação dos demais frutos; e há quebra do dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva (que importa na abstenção de entrega de maçãs bichadas). Todos estes elementos, no entanto, provêm de um único fato: a entrega de produto viciado.

A análise, portanto, cinge-se à avaliação das conseqüências pela quebra de cada um dos deveres, com vistas a justificar seu tratamento apartado ou conjunto.

A proteção contra prestação defeituosa é realizada por meio do regramento dos vícios. Especialmente no âmbito do Direito do Consumidor, o art. 18 do CDC fornece ampla proteção aos chamados vícios do produto ou do serviço, sem restringi-los àqueles ocultos. Em regra, tem o fornecedor prazo de trinta dias para sanar o vício, findo o qual se abrem ao consumidor as hipóteses arroladas no § 1º de referido dispositivo legal assim como no art. 20, I, II e III, a saber: a) substituição do produto/ re-execução do serviço; b) restituição da quantia paga, sem prejuízos de perdas e danos; c) abatimento proporcional do preço. O consumidor poderá imediatamente optar pela substituição do produto, na hipótese de a substituição das partes viciadas comprometer a qualidade ou características do produto assim como se tratar-se de produto essencial (art. 18, § 3º do CDC).

O Código Civil, conforme já afirmado, somente oferece proteção aos chamados vícios redibitórios<sup>641</sup> e, especificamente, àqueles oriundos de

---

<sup>639</sup> Ibidem.

<sup>640</sup> Remete-se o leitor à nota de rodapé n.º 582.

<sup>641</sup> Consideram-se vícios redibitórios aqueles vícios ocultos, existentes à época da conclusão do contrato e que tornem a coisa imprópria ao uso que se destina. (GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 112).



contratos comutativos ou doação onerosa (art. 441, *caput* e parágrafo único do Código Civil). Nestes casos, o adquirente pode redimir o contrato, rejeitando a coisa defeituosa, assim como reclamar o abatimento do preço (art. 442 do CC). De se notar, com Cláudia Lima MARQUES, que o tratamento dos vícios redibitórios no Código Civil é subsidiário em relação à sistemática adotada pelo CDC, tendo em vista o caráter especial deste.<sup>642</sup>

Dentro desta moldura, por vícios em contratos de consumo e por vícios redibitórios nas contratações comutativas e/ou doações onerosas, responde o fornecedor, ou o alienante, pelas perdas e danos ocasionados. No âmbito do CDC, as perdas e danos são devidas para além da restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sendo o nexo de imputação objetivo e, no regramento do Código Civil, estão afetadas ao conhecimento do alienante acerca do vício (art. 443 do CC).

Questiona-se se os danos típicos, advindos da prestação defeituosa, estariam abrangidos pela responsabilidade por perdas e danos ou, contrariamente, se sob esta rubrica estariam abrangidos somente as perdas patrimoniais ligadas ao sinalagma, à luz do disposto no art. 402 do Código Civil Brasileiro.

Neste ponto, interessante notar divisão elaborada pela doutrina alemã entre os danos do vício (*Mangelschaden*) e os danos seqüenciais decorrentes do vício (*Mangelsfolgeschäden*).<sup>643</sup> A partir da peculiar sistemática adotada pelo legislador alemão da *Reforma*, afirma Dirk LOOSCHELDERS que os danos decorrentes diretamente do vício seriam compensados pela pretensão à reparação de danos do § 281 do BGB, enquanto que a pretensão de reparação dos danos seqüenciais, daí decorrentes, teria por fundamento legal a geral *quebra de deveres* do § 280, I. Embora a afirmação do autor não seja unanimemente adota na doutrina alemã<sup>644</sup>, tem a virtude de demonstrar que,

---

<sup>642</sup> MARQUES, Cláudia Lima, *op.cit.*, p. 1115. Uma exceção é apontada pela autora em referência aos contratos de transporte.

<sup>643</sup> Assim procede LOOSCHELDER, Dirk. *Schuldrecht...* (2008), p. 199.

<sup>644</sup> Exemplificativamente faz-se menção a Wilfried RECKER ao afirmar que: “apresenta-se então como resultado provisório: a pretensão de reparação de danos ‘no lugar da prestação’ do novo direito geral das perturbações à relação obrigacional não está apenas adstrita à compensação das perdas patrimoniais ocorridas diretamente do não ou do mau cumprimento, mas também engloba a compensação dos danos colaterais e/ou seqüenciais”. Tradução livre de: “Damit steht als Zwischenergebnis fest: Der schadenersatzanspruch ‘statt der Leistung’ des neuen allgemeinen Leistungsstörungenrechts ist nicht auf den Ausgleich des durch Nicht- oder Schlechtleistung unmittelbar eingetretenen Vermögensverlusts beschränkt, sonder schließt

do *cumprimento imperfeito*, nascem danos de diferentes ordens, cuja diferenciação não pode ser deixada de lado quando do estudo desta espécie de descumprimento obrigacional.

Sobre a temática, afirma Peter MANKOWSKI que os danos dos vícios e os danos decorrentes dos vícios devem ser separados, exatamente por regularem interesses diversos, a saber, o interesse no cumprimento da prestação (*Erfüllungsinteresse*) no caso dos primeiros, ligados ao interesse na equivalência, e os interesses de integridade (*Integritätsinteresse*), ligados aos bens jurídicos do credor, no caso dos segundos.<sup>645</sup> Assim, a situação de o produto comprado não funcionar adequadamente faz parte dos danos oriundos dos vícios e, no mesmo caso, são classificados como danos seqüenciais a hipótese de que, por seu mau funcionamento, terem sido causados danos pessoais ou patrimoniais ao comprador. A divisão também pode ser efetuada tendo-se em conta que o interesse na prestação é um interesse qualificado como positivo, enquanto que o interesse de integridade ou de confiança consubstancia-se como negativo.<sup>646</sup>

Na lição de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, encontram-se exemplos destes danos acompanhantes, ou decorrentes dos defeitos, no caso de entrega de forragem envenenada, que acaba por matar os cavalos do adquirente, ou da intervenção do dentista, que acaba por comprometer culposamente a arcada dentária do paciente.<sup>647</sup> Em ambos os exemplos há de se sublinhar que os danos causados, a morte do animais e os problemas na arcada do paciente, são diversos dos danos que seriam conseqüentes da mora ou do inadimplemento absoluto.

Sobre tais danos, os quais João de Matos ANTUNES VARELA chama de *prejuízos especiais*, convém reconhecer que “não se trata apenas de ter ficado por satisfazer, definitiva ou temporariamente, o interesse do credor a que a prestação se encontra adstrita. Outros interesses são afetados nesse caso

---

auch den Ersatz von Begleit- und Folgeschäden ein“. (RECKER, Wilfried. Schadenersatz statt der Leistung – oder: Mangelschaden und Mangelfolgeschaden. In: Neue Juristische Wochenschrift. 13. 2002, p. 1248),

<sup>645</sup> MANKOWSKI, Peter. Die Anspruchsgrundlage für den Ersatz von ‚Mangelfolgeschäden‘ (Integritätschäden), in: Jus 2006, p. 481.

<sup>646</sup> A lição extraí-se de RECKER, Wilfried *op.cit.*, p. 1247.

<sup>647</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 227.

pelo *cumprimento defeituoso*".<sup>648</sup> Exemplifica, o autor, com o caso dos animais vendidos estarem contaminados e, não só morrerem, como também contagiarem os demais animais da fazenda. Segundo sua lição, a morte dos animais entregues poderia ser reparada com a prestação de novos animais, mas tal não cobriria o prejuízo provocado pela morte dos demais.<sup>649</sup>

Aliás, na hipótese de não nascimento deste dano típico não se estará diante de cumprimento imperfeito, encontrando aplicação tão-somente as regras referentes aos vícios. Daí porque se pode afirmar, ainda que por ora de forma incipiente e geral, que é a quebra dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva que sugere o enquadramento da hipótese como cumprimento imperfeito.

Justifica-se a conclusão pelo fato de que, diferentemente dos casos em que a quebra recaí pura e simplesmente sobre os deveres laterais de conduta, ao qual se dedica abaixo, na hipótese do cumprimento imperfeito "o dano verifica-se, não já em consequência da inobservância de meros deveres de conduta distintos dos deveres de prestar, mas sim porque foi o próprio objecto do contrato (a prestação deficiente) que se erigiu em elo do nexo causal que o produziu".<sup>650</sup> Estes danos, como se tem sublinhado, diferenciam-se daqueles verificáveis na hipótese de mora ou de inadimplemento absoluto e, muito embora decorram direta e objetivamente da prestação defeituosa, ofendem a relação de cooperação, lealdade e proteção fundada pela boa-fé objetiva.

A simples entrega de produto defeituoso não constitui, em princípio, cumprimento imperfeito. Na eventualidade de, apesar do defeito, ter sido este observado antes da utilização da coisa e, com isso, não terem sido causados prejuízos à vida, à integridade e a aos bens jurídicos do partícipe contratual, estar-se-ia diante de hipótese de incidência das regras dos vícios. Se, na Alemanha, esta situação seria enquadrada como *quebra de deveres* e, por isso mesmo, enquanto perturbação na relação obrigacional, o mesmo não pode se dizer com tanta certeza no Brasil.

---

<sup>648</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito...*, p. 165.

<sup>649</sup> Ibidem. Sobre os *danos acompanhantes ou paralelos*, Manuel A. Carneiro da FRADA leciona que "em foco está a defesa de posições jurídicas que não foram abrangidas no programa contratual livremente estipulado pelas partes mas que podem ser afectadas durante a sua execução" para continuar afirmando que a diversas codificações não enfrentaram o problema da responsabilidade por este tipo de dano. (FRADA, Manuel António Carneiro da. *Contrato...*, p. 143)

<sup>650</sup> FRADA, Manuel. A. Carneiro da. *Contrato...*, p. 150.

Como se tem afirmado ao longo desta exposição, há no direito civil brasileiro regulação específica aos casos de vícios de direito (evicção) e vícios do objeto<sup>651</sup> as quais, especiais que são, afastam a aplicação do regramento do descumprimento obrigacional, abrindo inclusive opções outras ao partícipe lesado. De maneira amplíssima constituem, por certo, um descumprimento de dever, tendo-se especialmente em vista o entendimento da relação obrigacional enquanto complexidade. As especificidades do tratamento e das conseqüências jurídicas que lhe seguem, no entanto, sugerem tratamento apartado das hipóteses de inadimplemento.

Em específico no âmbito do direito do consumidor, ter-se-ia de reconhecer que a diferenciação entre os vícios da prestação e os danos seqüenciais dá-se na própria letra da lei. Veja-se, nesta esteira, que os prazos decadenciais e prescricionais são diversos para cada uma das hipóteses. A citar, o art. 26 do CDC regula o curto prazo de decadência do direito de reclamar pelos vícios aparentes, de fácil constatação e ocultos, enquanto o art. 27, do mesmo diploma legal, indica o prazo prescricional da pretensão à reparação dos danos causados por fato do produto.

Nesse sentido, cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em ação de indenização por danos materiais e morais movida por consumidor que teve seu número de telefone publicado erroneamente em lista telefônica e, em decorrência, prejuízos na sua atividade empresarial. Segundo consta do acórdão, a hipótese é de *cumprimento imperfeito* do contrato, “já que a ré publicou erroneamente um dos números de telefone indicados pela autora, justamente aquele que corresponderia ao serviço de plantão, publicando em seu lugar o número de telefone móvel (celular) de terceira pessoa” e, em que pese o vício na prestação da obrigação, não haveria de se cogitar decadência do direito, uma vez que se postulava “indenização por danos materiais e morais decorrentes do fato do serviço, com o que aplicável ao caso o prazo prescricional do artigo 27 do CDC, que é de cinco anos”.<sup>652</sup> Que se sublinhe, portanto, a diferenciação dos fundamentos legais de reparação dos diferentes danos experimentados.

---

<sup>651</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 226.

<sup>652</sup> TJRS, Ap. Cív. 70023761067. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgamento em 28 de agosto de 2008.

Tecnicamente, na classificação e qualificação empreendida no presente estudo, não há cumprimento imperfeito no âmbito do direito do consumo, tendo em vista a existência de regras jurídicas que, especial e especificamente, tutelam tanto a reparação do vício em si quanto dos danos aí advindos, aqui denominados de danos seqüenciais. A distinção entre os vícios e os fatos do produto, no entanto, são amplamente profícuas para a compreensão da figura, ainda que fora do direito do consumidor.

Para além do âmbito de incidência do CDC, poder-se-ia fazer menção à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de cuja ementa se extrai que:

“a ação de reparação de danos decorrentes do cumprimento imperfeito de contrato de compra e venda de mudas de pimenta-do-reino, por culpa do vendedor, que entregou plantas doentes, prescreve em vinte anos (artigo 177), e não no prazo curto da ação redibitória, que com ela não se confunde (art. 178, par. 5, IV do C. Civil)”.<sup>653</sup>

Veja-se, portanto, que além da aplicação da disciplina dos vícios redibitórios e suas conseqüências e possibilidades, nasce ao partícipe obrigacional lesado a pretensão de reparação dos danos seqüenciais advindos da prestação defeituosa com fundamento contratual: o cumprimento imperfeito nasce como hipótese de inadimplemento obrigacional.<sup>654</sup>

A necessária distinção entre o regramento dos vícios e do cumprimento defeituoso avulta de especial importância, para além da busca de seu correto enquadramento, pelo fato de que a consideração de ampla abrangência das perdas e danos devidas em decorrência dos vícios implicaria na aplicação dos (curtos) prazos prescricionais referentes aos vícios.<sup>655</sup> Enfim, a dualidade de danos leva ao igual reconhecimento de que há dualidade de prazos prescricionais.

Importa, a partir deste ponto, focalizar a análise nas hipóteses em que a prestação defeituosa destaca-se e individualiza-se como típico descumprimento contratual, a ser compreendido sob as vestes da violação

---

<sup>653</sup> STJ, Resp 52075 / ES, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgamento em 11/10/1994.

<sup>654</sup> Neste sentido também outra decisão do Superior Tribunal de Justiça: “A compradora que recebe parte da mercadoria defeituosa e não paga nem toma providências permitidas na lei contra a vendedora, perde o direito de reclamar contra essa entrega parcial, mas não decai em 15 dias do direito de resilir o contrato para o futuro” (STJ, Resp. 406590 / PR, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgamento em 27/06/2002)

<sup>655</sup> O alerta é feito com propriedade por FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 251.

positiva do contrato. Seriam elas, exatamente, e na esteira das considerações até aqui traçadas, as existentes no espaço vazio deixado pela falta de regulamentação dos vícios e pela existência do dano típico.<sup>656</sup> Excluídas, portanto, as relações de consumo, tendo em vista a tutela de ambas as espécies de danos pelo regramento dos vícios e da responsabilidade pelo fato do produto e serviço.<sup>657</sup>

No âmbito dos contratos não-consumo chega-se ao profícuo campo de aplicação desta forma de descumprimento contratual. Abrange, portanto, todas as obrigações, para além das restrições aos contratos comutativos e doação onerosa abarcados pelo regramento dos vícios redibitórios. Especial deferência pode ser feita aos contratos de fornecimento de longa duração, utilizados por STAUB inclusive para a construção de sua doutrina da violação positiva.

A aplicação da doutrina não se prende à consideração dos negócios jurídicos tomados abstratamente, não estando relegada apenas ao plano daqueles onde haja incidência da regras de proteção contra vícios redibitórios. Mais ainda, persistindo os deveres de proteção decorrentes da boa-fé independentemente da declaração de nulidade da contratação de onde mediatamente provém, por exemplo, resta clara a independência destes em relação aos deveres de prestação. Causados danos típicos pela entrega de prestação defeituosa, nasce hipótese de violação positiva do contrato por

---

<sup>656</sup> Exemplificativamente faz-se menção a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que considerou tratar-se de hipótese de violação positiva do contrato a demora na prestação de serviços de emergência médica e posterior óbito do paciente. Assim, afirmou o julgador “verifica-se a falha do serviço do profissional, notadamente pela tipicidade do contrato, que é o socorro e atendimento de emergências médicas, situando-se a presteza e rapidez como obrigação fundamental do contrato, ainda que assim não expressada. E seu descumprimento poderia tipificar o que se chamaria violação positiva do contrato. Ou seja, o serviço é prestado, mas descumprido em sua essência, que é o atendimento célere”. A responsabilidade civil pelos danos materiais e extrapatrimoniais foi deferida com base na teoria da perda de uma chance. Embora o entendimento jurisprudencial tenha considerado a relação jurídica obrigacional enquanto processo, sendo que a mera prestação da obrigação principal não pode ser tomada por parâmetro para se afirmar ter havido ou não cumprimento obrigacional, veja-se que o dano causado pela inação da prestadora de serviços não é um dato típico ou seqüencial. Mais ainda, a prestação fora do tempo correto, ínsita a serviços de emergências médicas, configura-se enquanto inadimplemento absoluto na classificação ora adotada. (TJRS, Ap. Cív. nº 70018021188, Relatora Marilene Bonzanini Bernardi. Julgamento em 13/11/2008).

<sup>657</sup> Não se trata de desconsiderar que os fundamentos da violação positiva encontram também fundamento na relação de consumo, apenas que as conseqüências para tais são traçadas de forma peculiar pelo Código de Defesa do Consumidor.

cumprimento imperfeito, mesmo na eventualidade da declaração de nulidade da contratação realizada.

Assim, se a proteção contra os vícios, nas palavras de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, “vincula-se a preocupações quanto ao sinalagma, razão pela qual se restringe ao campo dos deveres de prestação”<sup>658</sup>, a adoção da violação positiva do contrato como forma de descumprimento contratual, pela sub-figura do cumprimento defeituoso, abre possibilidades e tutelas outras ao partícipe lesado: “o direito à indemnização dos danos, a possibilidade de recusar legalmente a prestação e de mover a exceção de contrato não cumprido”<sup>659</sup> sem mencionar, ainda, o direito à resolução.

Voltando-se ao exemplo mencionado no começo deste capítulo, poder-se-ia, à luz do cumprimento defeituoso, afirmar o direito do taberneiro de rescindir o contrato de fornecimento de cerveja quando esta se mostrar de qualidade não satisfatória.<sup>660</sup> Mais ainda, por haver em hipótese verdadeiro descumprimento contratual, vez que houve causação de dano típico consistente nos prejuízos frente à clientela, poderá ele reclamar a indenização dos prejuízos causados com base no inadimplemento regulado pelo art. 389 do Código Civil. Por fim, caso demandado judicialmente pela recusa ao pagamento das entregas posteriores, poderia opor exceção de contrato não cumprido: a entrega de cerveja de má qualidade não satisfaz os interesses objetivos do credor na relação obrigacional e, mais ainda, causa-lhe danos seqüenciais.

O socorro à via indenizatória, conforme já anotado pela doutrina de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA<sup>661</sup> ou mesmo de Hermann STAUB, não encontra grandes entraves. A controvérsia reside, justamente, na sua qualificação enquanto responsabilidade civil contratual e, por isso mesmo, operativa da abertura das vias rescisórias e da exceção de contrato não cumprido.

O entendimento ora adotado, evidentemente, navega no sentido de considerar que o cumprimento imperfeito, como espécie de violação positiva do contrato, é efetivo descumprimento contratual e, por isso mesmo, dá ensejo à aplicação desta disciplina específica. A adoção do regime contratual, mais do

---

<sup>658</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 250.

<sup>659</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da boa fé...*, p. 602.

<sup>660</sup> Remete-se o leitor à p. 179.

<sup>661</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 27.

que importante no sentido do correto enquadramento, apresenta conseqüências diversas, em especial quanto à distribuição do ônus da prova.

Neste sentido, veja-se que em hipótese de descumprimento contratual por violação positiva, especificamente aqui através do cumprimento imperfeito da obrigação principal, caberá ao credor lesado provar que a existência de danos e o nexo de causalidade entre os danos e a quebra do dever obrigacional (no caso consubstanciado na prestação defeituosa). A culpa do devedor, ou sua imputabilidade a depender da situação fática, é presumida, recaindo ao devedor, por sua vez, comprovar a inexistência de culpa ou nexo de imputação.

É nesta esteira a lição de Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA, ao afirmar que “os pressupostos das acções de indemnização fundadas em responsabilidade contratual comumente citados incluem o não cumprimento dos deveres integrados na relação obrigacional (deveres primários, deveres secundários e deveres laterais), a culpa do devedor, a existência de danos e o nexo de causalidade entre o facto e os danos”.<sup>662</sup> Segundo o autor, a comprovação de inexistência de culpa recai sobre o devedor.

Se em todos os casos em que há cumprimento imperfeito pode-se dizer que há também direito à reparação, tendo em vista a necessidade da causação de danos típicos, o mesmo não se pode afirmar quanto ao direito de resolução. Este, conforme bem pondera Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, só nasce quando restar “caracterizada a violação substancial do contrato, com perda do interesse do credor...”.<sup>663</sup> Na hipótese de adimplemento substancial nasce ao credor lesado a via reparatória, porém não a resolutória.

A justificativa para isso também pode ser dada pela divisão dos efeitos decorrentes do cumprimento imperfeito em dois grupos, a saber aqueles efeitos de cunho obrigacional e contratual. A divisão, traçada por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, abarca, nos efeitos obrigacionais, a responsabilidade civil pelos danos típicos da espécie, sendo que dentro dos efeitos contratuais estariam incluídos o direito à resolução e exceção de contrato não cumprido.<sup>664</sup> À aplicação destas conseqüências voltar-se-á adiante sendo que, por ora, cabe

---

<sup>662</sup> PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 108.

<sup>663</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Extinção...*, p. 124.

<sup>664</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento...*, p. 47.



ressaltar que, à luz do cumprimento substancial, os efeitos contratuais podem ser afastados.<sup>665</sup>

De toda sorte, resta neste momento reconhecer que a violação positiva do contrato constitui modalidade de inadimplemento e que suas conseqüências “regem-se pelas normas aplicáveis às infrações negativas”.<sup>666</sup>

Feitas estas breves linhas, e considerando que a peculiaridade do cumprimento imperfeito reside na causação de danos referentes à quebra da boa-fé, passa-se a estudar, com mais profundidade, esta espécie de violação positiva, inclusive para traçar seus efeitos e conseqüências jurídicas.

### 6.3 Quebra de deveres laterais

A quebra de deveres laterais é tratada por Manuel Antonio Carneiro da FRADA como segundo grupo de cumprimento defeituoso, consistente no fato de que “o dano decorreu, não já do mau cumprimento de um dever de prestação, mas da violação de um outro dever de comportamento que incumbia ao devedor no quadro da relação contratual...”.<sup>667</sup> Ainda segundo lição do autor, tanto na hipótese aqui tratada sob o título de cumprimento imperfeito, quanto na hipótese de quebra de deveres laterais, os danos causados não se confundem com aqueles oriundos da omissão da prestação, seja pela impossibilidade seja pela mora.<sup>668</sup> Parte-se desta constatação para o estudo que agora se apresenta.

A quebra dos deveres laterais de conduta decorrentes do princípio da boa-fé objetiva é uma típica violação positiva do contrato: apesar de cumprida a prestação principal, houve causação de danos aos direitos, bens jurídicos e

---

<sup>665</sup> Ibidem.

<sup>666</sup> GOMES, Orlando. *Transformações...*, p. 144.

<sup>667</sup> FRADA, Manuel António Carneiro. *Contrato...*, p. 32.

<sup>668</sup> Idem, p. 33. É importantíssimo destacar a especificidade dos danos produzidos pela violação positiva do crédito. Neste sentido, veja-se a lição de Karl LARENZ, para quem “todos estes casos de danos ao credor causados por falta contratual através de um cumprimento ruim ou da quebra de deveres especiais de comportamento, os quais [danos] não tocam nem à impossibilidade nem à mora, não foram expressamente regulados pela legislação”. Tradução livre de: “Alle dieser Fälle einer durch Schlechtleistung oder durch Verletzung einer sonstigen Verhaltenspflicht, durch vertragswidriges Verhalten überhaupt bewirken Schädigung des Gläubigers, die weder auf einer Unmöglichkeit noch auf der Verzögerung der Leistung beruht, sind durch das Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden” (LARENZ, Karl. *Schuldrecht...*, p. 366).

interesses da contra-parte. De se destacar, portanto, dois aspectos principais que individualizam esta quebra da hipótese de cumprimento imperfeito.

Primeiramente, ao contrário do que se observa habitualmente no cumprimento imperfeito, a quebra dos deveres laterais pode ser realizada por ato do credor. Assim, mesmo cumprindo com sua obrigação de pagar o preço, para se tomar um exemplo simples, pode o credor causar danos à esfera pessoal ou patrimonial do devedor quando, por exemplo, deixa objeto acondicionado em local inapropriado fazendo com que o este tropece e sofra danos. Em segundo ponto, não há de ser avaliada qualquer irregularidade ou imprestabilidade da prestação principal que foi, neste caso, cumprida sem vícios sejam eles quanto ao objeto sejam eles de direito.

O mau cumprimento, aqui, está na desatenção aos deveres que fazem parte da relação obrigacional compreendida como complexidade não residindo, como na hipótese de cumprimento imperfeito, em defeitos no objeto da prestação. Assim é, por exemplo, a lição de Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ ao afirmarem que

“ao lado destas hipóteses de mau cumprimento, tinha importância o instituto da violação positiva do crédito especialmente pela quebra dos deveres de proteção e cuidado, quando o devedor cumpre a prestação principal pontualmente e sem vícios mas, concomitantemente, fere bens jurídicos do credor, os quais não estão ligados à prestação principal”.<sup>669</sup>

Sublinhe-se, portanto, que no caso de violação positiva por quebra de deveres laterais houve cumprimento da prestação de forma perfeita, não havendo de se falar em vícios ou danos causados por fato desta. Os danos, aqui, são oriundos de um comportamento violador da boa-fé objetiva, em especial pela quebra dos deveres laterais dela decorrentes e já estudados em capítulo anterior.

É típico o exemplo, também já mencionado, do pintor que, ao realizar o serviço de pintura ao qual foi contratado, no tempo e modo corretos, acaba por causar danos ao mobiliário existente na casa do credor ou mesmo provocar incêndio por negligência no momento de desfazer-se de cigarro aceso. Nestes

---

<sup>669</sup> Tradução livre de: “neben diesen Fällen der Schlichtleistung war das Rechtsinstitut der ‘positiven Forderungsverletzung’ aber insbesondere bei der Verletzung von Schutz- und Obhutspflichten von Bedeutung, wenn der Schuldner zwar die Primärleistung rechtzeitig und fehlerfrei erbringt, dabei aber andere, nicht mit der Primärleistung zusammenhängende Rechtsgüter des Gläubigers verletzt” (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Steph. *op.cit.*, p. 244).

casos, encontram ampla aplicação as idéias elaboradas por Hermann STAUB já que efetivamente o partícipe contratual faz o que deveria abster, ou seja, causa, em decorrência da contratação efetuada, danos à outra parte.

Nos exemplos citados, fica evidente a diferenciação entre os danos advindos da mora ou do inadimplemento absoluto. Assim, em sendo a pintura da casa exigida em um momento determinado e rígido, sua não prestação no tempo correto conduziria à impossibilidade da prestação e, com isso, ao inadimplemento absoluto. Na hipótese de poder ser prestada em tempo outro, que não o acordado, estar-se-ia diante de mora. Em qualquer um dos casos, no entanto, permanece ao credor da prestação à reparação dos danos causados em decorrência da não prestação, típico dever secundário, ou a própria pretensão à prestação *in natura*, no caso da mora.

No caso de violação positiva por quebra de deveres laterais, não há de se cogitar a pretensão à prestação, vez que esta já foi prestada no tempo, modo e formas corretos e exigíveis. Também não se fale em pretensão à reparação dos danos pelo não cumprimento da prestação principal, pelo mesmo motivo. Assim como a quebra incide sobre deveres laterais, os danos causados também são em princípio laterais ao contrato: não atingem diretamente a prestação principal ou secundária e sim direito, bens jurídicos e interesses dos partícipes obrigacionais que, em uma relação obrigacional tomada enquanto estrutura e processo, não podem deixar de ser observados e na mesma medida tutelados e protegidos.

Como já se fez menção, os deveres laterais não estão virados, “pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação”.<sup>670</sup> Em sendo partes integrantes e indissociáveis da obrigação enquanto complexo, sua violação importa em infração contratual positiva.<sup>671</sup>

Se existe discussão acerca do enquadramento do cumprimento imperfeito em uma terceira hipótese de descumprimento obrigacional, em especial tendo-se em vista a abrangência do conceito de mora no direito

---

<sup>670</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato...*, p. 39.

<sup>671</sup> *Idem*, p. 43.

brasileiro<sup>672</sup>, o mesmo não se pode dizer, com raras exceções<sup>673</sup>, quanto à violação dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva. Constituem, eles, o núcleo duro da doutrina da violação positiva do contrato, podendo inclusive ser tomado enquanto paradigma de aplicação das demais hipóteses.

Nesse sentido, veja-se que Judith MARTINS-COSTA trata o cumprimento defeituoso a partir da espécie de dever descumprido, limitando-o exclusivamente à ofensa a deveres laterais de conduta.<sup>674</sup> Exemplifica com o caso de advogado que, podendo escolher meio judicial mais rápido e oneroso escolhe via mais onerosa, visto que assim aumentaria seus honorários. Na sua visão, estar-se-ia diante da quebra do dever de proteção, consistente na realização da prestação concretamente devida de forma satisfatória.<sup>675</sup>

Assim, conforme já se fez menção acima, há quem sustente, como Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA, ser possível dizer que mesmo nos casos de cumprimento imperfeito a violação positiva atuaria como no descumprimento de deveres laterais.<sup>676</sup> Embora se entenda, na esteira das considerações acima traçadas, que o suporte fático do cumprimento imperfeito enquanto violação positiva do contrato tenha pontos cardeais que o diferenciam como sub-espécie, é realmente correto concluir que, malgrado os requisitos específicos, a conseqüência dentro do regime do descumprimento contratual mostra-se análoga àquela da quebra dos deveres laterais. A diferenciação está no caminho traçado até a aplicação de tais conseqüências.

A circunstância da quebra de deveres laterais de conduta demonstra com limpidez o entendimento da relação jurídica obrigacional para além de instrumento do trânsito jurídico proprietário. Nesse sentido, e utilizando-se as palavras de Manuel António Carneiro da FRADA, contrato funda, entre as

---

<sup>672</sup> Nesse sentido afirma Ruy Rosado de AGUIAR JR que “no Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito, inclusive por defeito qualitativo (violação quanto à forma e ao modo da prestação), razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada pela doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva. Isso relativamente às obrigações convencionadas, principais ou acessórias. A omissão da nossa lei está em deixar de referir a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa fé (o que se compreende, pois nem sequer o princípio ficou expressamente consagrado) [a lição foi escrita à luz do Código Civil de 1916], e omitir qualquer referência à quebra antecipada do contrato, ambas as hipóteses fora do campo da impossibilidade ou da mora, sem sentido amplo”. (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção...*, p. 126)

<sup>673</sup> Remete-se o leitor à nota de rodapé n.º 426.

<sup>674</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentário...*, p. 150..

<sup>675</sup> Ibidem.

<sup>676</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 250.

partes, uma “ordem especial de proteção dos bens pessoais ou patrimoniais que suplantaria o mandamento genérico do *neminem laedere*, aplicável à indiferenciada convivência social”.<sup>677</sup> A eventualidade da quebra desta ordem especial de cooperação, conduz ao questionamento da espécie de responsabilidade civil aplicável.

Assim, por exemplo, é a lição de Carlos Alberto da MOTA PINTO, resumida nos seguinte excerto: “todo este problema se reconduz à questão de saber se a contraparte lesada pode, nestas circunstâncias, invocar a tutela contratual ou extracontratual” para concluir o autor pela aplicação do regime dos ilícitos contratuais, especificamente da violação positiva do contrato.<sup>678</sup> No direito alemão, a opção pela aplicação do regime da responsabilidade obrigacional e não delitual dá-se tanto por sua natureza fragmentária das regras de responsabilidade civil extracontratual quanto pela distinção de ambas as formas de responsabilidade.<sup>679</sup> No Brasil, a opção pela inclusão da hipótese enquanto uma terceira forma de descumprimento contratual justifica-se para além da busca do fundamento indenizatório<sup>680</sup>, residindo antes nas demais conseqüências que se abrem.

Tendo por fundamento o desatendimento dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé, cuja matriz esta no fim do contrato “como entidade mais ampla que transcende o interesse creditório na prestação”<sup>681</sup>, a espécie de violação positiva do contrato ora estudada pode se dar tanto por uma ação quanto por uma omissão. Conforme já esclarecido, a adjectivação da violação como positiva não tem por fundamento a atitude lesiva do partícipe contratual e sim a prática dos atos de prestação e causação de danos pela quebra de deveres conexos. Aqui, “é possível e absolutamente provável que a prestação tenha sido corretamente efetuada, sem quaisquer reparos...”.<sup>682</sup>

Veja-se, a respeito, que os deveres de informação são descumpridos normalmente através de uma omissão: deixa-se de prestar a informação

---

<sup>677</sup> FRADA, Manuel António Carneiro da. *Contrato...*, p. 44.

<sup>678</sup><sup>678</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão...*, p. 405

<sup>679</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé...*, p. 599.

<sup>680</sup> Segundo lição de Gustavo TEPEDINO, Heloisa Helena BARBOSA e Maria Celina BODIN DE MORAES, o desatendimento dos deveres decorrentes da boa-fé “induz a obrigação de indenizar, com fundamento na responsabilidade contratual” (TEPEDINO, Gustavo [el. al.] *op.cit.*, p. 694).

<sup>681</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Cessão...*, p. 404.

<sup>682</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa, *A boa-fé...*, p. 233.

adequada e/ou devida no caso concreto. É isto que se observa no exemplo trazido por Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ do chamado caso da “polpa de batata”. Trata-se do caso de um produtor de chips de batatas que entrega a um fazendeiro como ração os resíduos de sua produção, justamente a polpa de batatas, sem esclarecer a ele a dosagem correta. Em decorrência de uma super-dosagem morrem os animais do fazendeiro ou não atingem o peso normal para abate.<sup>683</sup> O caso, narrado pelos autores como exemplo da quebra de dever de proteção (a partir da classificação por eles empreendida), nada mais é do que a quebra de um dever de informação (na classificação aqui empreendida), ocorrida pela falta do prestar de informações necessárias à correta fruição do bem.

Também dentro dos deveres de informação, em estreito diálogo com os deveres de lealdade, pode-se fazer menção ao exemplo trazido por Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER em que K interessa-se por uma casa em cujo lado sul há terreno utilizado para agricultura e, inquirindo o dono da casa, obtém resposta de que nada seria construído no local, embora este pudesse saber dos planos de construção de um centro esportivo. Pouco após o pagamento dos quatrocentos mil euros pela casa, começa a construção de tal obra.<sup>684</sup> Em tela, a quebra da relação de cooperação se dá pela não-prestação de informações devidas para a conclusão negocial, assim como pela ofensa à lealdade contratual que se espera dos partícipes em uma relação obrigacional.

Como ilustração de uma violação positiva por atuação positiva do partícipe obrigacional poder-se-ia citar o exemplo trazido por Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA do pintor que, contratado para pintar as paredes internas de determinado edifício, realiza o serviço de pintura de forma exemplar mas passa a constantemente a importunar os moradores, pedindo dinheiro emprestado, sendo grosseiro ou olhando de forma ameaçadoras as jovens do prédio.<sup>685</sup>

---

<sup>683</sup> Adaptação do seguinte excerto: “Ein Hersteller von Kartoffelchips liefert ein Abfallprodukt aus seiner Produktion (Kartoffelpülpe) als Futtermittel an einem Landwirt, klärt ihn aber nicht über die notwendige Dosierung des Futters auf. Aufgrund einer Überdosierung gehen Tiere des Landwirts ein bzw. Erreichen nicht das normale Schlachtgewicht” (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 245).

<sup>684</sup> BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *op.cit.*, p. 272,

<sup>685</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 243.

Os exemplos para ambas as hipóteses continuam em profusão. A citar aqueles trazidos por João de Matos ANTUNES VARELA: (i) o electricista, depois de efetuar a reparação da instalação elétrica, atirou tais objetos para a rede de esgotos, que entupiu a canalização e obrigou a vultuosas despesas de reparação; (ii) a casa fornecedora do aparelho não advertiu, como devia, o perigo especial do fornecimento e o resultado foi que o cliente sofreu grave acidente, com a amputação de dedos da mão<sup>686</sup> e o narrado por Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER em que “K entra em uma loja de departamentos de V para informar-se sobre o preço de um aparelho televisor. Ele acaba por cair no chão não devidamente limpo e machuca-se. K demanda de V indenização”.<sup>687</sup> A unidade, conforme se tem sublinhado, está justamente na causação de danos não pela impossibilidade da prestação principal ou seu atraso, caracterizador da mora, mas sim pela inobservância de um dever lateral decorrente da boa-fé objetiva.

De se destacar, a partir dos exemplos expostos, que a quebra dos deveres ora trabalhados não se dá necessariamente no âmbito da atividade voltada ao cumprimento da obrigação. Este entendimento, segundo lição de Carlos Alberto da MOTA PINTO, seria demasiado restrito, uma vez que “as partes contratuais realizam, no âmbito do ordenamento contratual traçado, outras actividades, para além de mera actividade debitória de adimplemento do dever principal de prestação”.<sup>688</sup> Os danos oriundos da quebra da cooperação esperada dos partícipes obrigacionais devem ser ressarcidos, não havendo razão para não serem considerados enquanto quebra contratual exatamente porque a relação obrigacional não está restrita aos deveres de prestação e aos deveres secundários, àqueles correlatos.

Diante da dificuldade de arrolar *a priori* os deveres decorrentes da boa-fé, em que pese ser possível traçar alguma classificação referencial, chega-se conseqüentemente à dificuldade de construir uma concepção fechada da violação positiva do contrato por quebra destes mesmos deveres. Talvez esta constatação justifique a observação de António Manuel MENEZES CORDEIRO

---

<sup>686</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito...*, p. 165-166.

<sup>687</sup> Tradução livre de: “K begibt sich in das Warenhaus des V, um sich dort über den Preis eines neuen TV-Gerätes zu informieren. Er rutscht auf dem nicht ordnungsgemäß gereinigten Boden aus und verletzt sich. K verlangt von V Schadenersatz” (BROX, Dieter e WALKER, Wolf-Dietrich, *op.cit.*, p. 271).

<sup>688</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Cessão...*, p. 408.

de que o conceito descritivo da figura é obtido através de uma negativa, exatamente um caráter residual localizado entre os conceitos de inadimplemento absoluto e mora. Seriam tuteladas pelas considerações da violação positiva do contrato aquelas situações não enquadráveis nas tradicionais figuras do descumprimento.

Embora não seja possível, de fato, traçar um conceito condensado da violação positiva do contrato, tal como se pode fazer quanto ao inadimplemento absoluto (ligado à impossibilidade do objeto) e à mora (ligada ao atraso no prestar), pode-se de forma muito geral afirmar um conceito positivo da figura. Nesse sentido, mais do que obtida por exclusão, a violação positiva do contrato teria lugar sempre que se observar a causação de prejuízos específicos pela quebra de deveres de conduta.

Assim, tomando-se as hipóteses de cumprimento imperfeito já tratadas, poder-se-ia afirmar que a violação positiva mostra-se aplicável exatamente pela causação de um dano típico ou seqüencial, decorrente não apenas do vício ou defeito do objeto mediato da obrigação, mas sim da violação da relação obrigacional iluminada pelos preceitos da boa-fé objetiva: deve o devedor sempre abster-se da entrega de produtos viciados ou defeituosos, protegendo assim tanto a confiança que justifica o vínculo quanto o direito à integridade do partícipe contratual/obrigacional.

Veja-se que o recurso à negativa e à exclusão mostra-se dispensável quando traçados requisitos próprios para a violação positiva. A tônica mostra-se a avaliação da espécie de dever descumprido já que, conforme afirmado inúmeras vezes no presente trabalho, os conceitos do inadimplemento absoluto e da mora estão traçados com vistas unicamente aos deveres de prestação. Recaindo a ofensa sobre um dever lateral de conduta, como se observa dos vários exemplos trazidos à tona, o efeito do descumprimento é a violação positiva do contrato.

A opção pela construção de um conceito positivo e não-residual da violação positiva não leva a resultados diversos daquele obtido pela sua construção tradicional. A importância reside justamente na necessidade de modificar parâmetros na compreensão da relação jurídica obrigacional, especialmente quando se reconhece que seu entendimento enquanto



estrutura, processo ou complexidade produz efeitos e resultados práticos que vão além da mera construção conceitual.

De se notar, a respeito, que com a *Reforma* incluiu o legislador do BGB dois importantes conceitos que juntos formam a disciplina ora esboçada: em um primeiro momento estatuí o § 241, I que a relação obrigacional pode obrigar as partes a partir de seu conteúdo também à observância dos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte; em segundo ponto, o descumprimento obrigacional encontra-se regulado pela *quebra de deveres* à qual faz menção o § 280 do mesmo diploma legal. Assim, descumprido um dever lateral opera-se uma quebra de deveres e, portanto, um descumprimento obrigacional na disciplina do direito civil alemão.

Não há razão para não se aplicar a mesma conclusão à luz do Código Civil brasileiro já que, em que pese desconhecer-se a geral noção de quebra de deveres em território pátrio, expressa o Código Civil acompanhado pela quase unanimidade da doutrina a necessária influência da boa-fé no conteúdo, conceito e conseqüências obrigacionais.

Conforme a lição de Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR anterior à edição do Código Civil de 2002, a omissão da legislação brasileira estaria “em deixar de referir a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa fé (o que se compreende, pois nem sequer o princípio ficou expressamente consagrado)...”.<sup>689</sup> Sabe-se que, ao menos a omissão expressa quanto ao princípio da boa-fé foi solucionada, estando ele disciplinado tanto no art. 157, referente à interpretação dos negócios jurídicos, quanto no art. 422 do diploma civil.

Mais do que uma doutrina ligada à positivação do princípio, no entanto, apresenta-se, a violação positiva do contrato, ligada às premissas que norteiam o presente estudo, em consonância com as diversas situações fáticas que impõe ao Direito o edificar de construções jurídicas que vão além das soluções tradicionalmente encontradas. Assim, em uma leitura do Direito Civil das obrigações iluminada pela Constituição da República, não seria exagero afirmar que, mais do que a proteção aos bens jurídicos e interesses dos partícipes, como afirma Volker EMMERICH<sup>690</sup>, a violação positiva do contrato

---

<sup>689</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 126.

<sup>690</sup> EMMERICH, Volker. *op.cit.*, p. 336.

tutela pessoas concretamente posicionadas e tomadas à conta de sua dignidade.

A partir deste entendimento, toma-se por consequência natural que a quebra de deveres de conduta que informam a obrigação enquanto ordem de cooperação, causando danos especiais, enquadra-se no conceito de descumprimento obrigacional do art. 389 do Código Civil. Reconhece-se, assim, com Paulo Luiz NETTO LÔBO que a violação positiva está implicitamente contemplada pelas expressões “não cumprida a obrigação”, porque é gênero no qual se enquadra a espécie cumprimento defeituoso, porque o adimplemento há de ser conforme”.<sup>691</sup>

## 6.5 Das consequências da violação positiva

Traçadas as considerações sobre as duas hipóteses de violação positiva do contrato, deve-se fazer menção ao regime único de consequências aplicável a este conjunto. A positividade da definição, conforme visto, reside no entendimento de que o fio condutor que liga as figuras estudadas está na compreensão da relação jurídica obrigacional enquanto processo e nas potencialidades do princípio da boa-fé objetiva daí decorrentes (ou fundamentadoras desta compreensão). Em todos os grupos de casos, a violação obrigacional recai sobre um dever lateral de conduta que funda a relação obrigacional enquanto ordem de cooperação, não obstante poder este dever ser descumprido pela má prestação dos deveres principais.

### 6.5.1 Da responsabilidade civil por danos

Como consequência básica e fundamental do descumprimento contratual, também nas hipóteses de violação positiva encontra-se a reparação dos danos ou o direito à compensação dos prejuízos. Em sendo considerada

---

<sup>691</sup> NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *op.cit.*, p. 302. Na Alemanha, o amparo à doutrina da violação positiva foi desenvolvido *praeter legem*, segundo lição de Manuel A. Carneiro da FRADA. Afirma o autor que a partir do § 242 do BGB a jurisprudência alemã “reconheceu a violação de deveres de protecção como forma de sujeitar a uma responsabilidade do tipo obrigacional toda a causação de prejuízos conexos com o contacto contratual mas insusceptível de desencadear a aplicação das regras gerais do incumprimento porque alheia à relação de prestação”. (FRADA, Manuel António Carneiro da. *Contrato...*, p. 144).

enquanto típica violação obrigacional, o regime de responsabilidade aplicável é o do art. 389 do Código Civil, ou seja, responsabilidade contratual.

Na Alemanha, ensinam Dieter LORENZ e Stephan MEDICUS que a compensação dos prejuízos se dá ao lado da prestação (*Schadenersatz neben der Leistung*). Encontram aplicação tanto o § 280, I que regula o dever de reparação dos prejuízos quando for ao devedor imputável o descumprimento contratual quanto o § 242, II que, conforme já visto, expressamente consigna que a observância ao interesse de integridade dos partícipes em uma relação obrigacional.<sup>692</sup> Assim, no corrente exemplo do pintor que, apesar de executar seu serviço com perfeição danifica o mobiliário da residência onde executa a prestação, a indenização por tais danos pode ser demandada com base na quebra de deveres do § 280, I do BGB.<sup>693</sup>

Afirmam Hans BROX e Wolf-Dietrich WALKER que “o dano não pode ser demandado em lugar da prestação mas sim ao lado da prestação”.<sup>694</sup> A assertiva encontra amparo também na ordem jurídica brasileira, especialmente quando se reconhece que a violação positiva do contrato importa na causação de efeitos/danos específicos e especiais, os quais não teriam lugar caso a hipótese fosse considerada dentro da dicotômica tradicional divisão.

Assim, na hipótese de cumprimento imperfeito, em que pese permanecer o direito do credor à prestação do objeto na forma adequada, os danos seqüenciais decorrentes deste mesmo defeito serão ressarcidos com base na violação positiva do contrato, por quebra da relação de confiança travada entre as partes. O mesmo se diga, e de forma ainda mais evidente, quando a violação positiva mostrar-se na forma pura de quebra de deveres laterais, no qual a pretensão à prestação sequer existe, tendo em vista ter sido prestada de forma adequada. O dano, nestas situações, reside tão-somente na quebra da boa-fé.<sup>695</sup>

---

<sup>692</sup> MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 247.

<sup>693</sup> Conforme BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich, *op.cit.*, p. 273.

<sup>694</sup> Tradução livre de: “Der Schaden kann nicht statt der Leistung, sondern neben der Leistung ersetzt verlangt werden” (Ibidem).

<sup>695</sup> Veja-se a respeito a lição de Paulo NALIN: “Conclui-se, assim, que na hipótese de cumprimento defeituoso da obrigação, haveria a possibilidade do pleito da reparação por danos extrapatrimoniais, diante de que a prestação recebida, não satisfaz o credor de forma plena, e, ao contrário, deixa resíduos correspondentes a violações laterais” (NALIN, Paulo. *Responsabilidade...*, p. 162).

É exatamente porque há causação de um dano típico que se pode dizer com certa dose de segurança que a violação positiva resulta no dever de indenização. O ponto que merece ser destacado é exatamente a classificação da responsabilidade pelo dano enquanto obrigacional e não aquiliana.

Nesse sentido, recordando a afirmação de Manuel A. Carneiro da FRADA acima citada, diversas codificações não regularam a responsabilidade por tais danos acompanhantes, tema que “não mereceu atenção que ultrapassasse a aplicabilidade, de princípio possível, do estatuto geral da defesa das situações jurídicas corporizado essencialmente pelo direito da responsabilidade civil extracontratual”.<sup>696</sup> A partir da experiência jurídica alemã, no entanto, entende-se que a reparação dos prejuízos à integridade repousa na responsabilidade contratual.<sup>697</sup> Como consequência de tal entendimento menciona o autor a presunção de culpa.

Dois aspectos merecem a partir daí serem melhor lapidados. A começar, justamente a necessidade do elemento *culpa* para configuração da violação positiva<sup>698</sup> e exatamente sua presunção que dialoga de forma estreita com o ônus da prova.

Tradicionalmente, a violação positiva é enquadrada enquanto inexecução culposa da obrigação, tal como se observa das lições de Orlando GOMES<sup>699</sup>, ou mesmo na afirmação de Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA que a define enquanto “toda violação culposa da obrigação que não constitua mora ou impossibilidade”.<sup>700</sup> Este último doutrinador justifica sua posição exatamente pela impossibilidade de arrolar-se *a priori* os deveres laterais decorrentes da boa-fé, os quais estão na base da figura que ora se trabalha, assim como pela necessária avaliação da conduta praticada (ou omitida) e não apenas do resultado obtido.<sup>701</sup>

---

<sup>696</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato...*, p. 144.

<sup>697</sup> *Idem*, p. 151.

<sup>698</sup> Em sentido geral pode-se dizer que o elemento culpa é requisito para a responsabilidade civil pelo descumprimento obrigacional, qualquer que seja sua modalidade: “o princípio básico é o de que o deverido que falta culposamente ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelos prejuízos ocasionados ao credor. Isto, quer se trate de não cumprimento definitivo, quer de simples mora ou de cumprimento defeituoso...” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p. 1037).

<sup>699</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 171.

<sup>700</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé...*, p. 03.

<sup>701</sup> *Idem*, p. 267.

Entendimento contrário encontra-se no enunciado n.º 24 da I Jornada de Direito Civil que assim dispõe: “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”.<sup>702</sup> Conforme já se afirmou, nem toda inexecução contratual é culposa sendo sempre necessário, no entanto, a existência do nexo de imputação. Veja-se que ao menos no campo do direito do consumidor a exigência do elemento culpa cai por terra, tendo-se em vista a responsabilidade objetiva ali consignada.

Nesse sentido, avalia António PINTO MONTEIRO que na sociedade hodierna “o princípio de que ‘não há responsabilidade sem culpa’ vai-se revelando cada vez mais inadequado à nova realidade, que difere da anterior não só pelo elevadíssimo número de acidentes, mas sobretudo pelas novas características destes”.<sup>703</sup> Em sua análise, afirma o autor que os desenvolvimentos da sociedade técnico-industrial implicam no reconhecimento de que no centro da questão da responsabilidade civil está a reparação do lesado. Como conclusão, não se avizinha o fim do instituto da responsabilidade civil mas sim sua afirmação enquanto “instituto de *reparação* de danos ético-juridicamente *imputáveis* ao lesante”.<sup>704</sup>

Embora as lições do doutrinador sejam expostas no contexto da *socialização* da responsabilidade em uma sociedade de riscos, as conclusões traçadas mostram-se úteis à análise aqui empreendida. A respeito, parece não se justificar a manutenção da necessidade do elemento subjetivo *culpa* quando da análise da responsabilidade pela quebra do princípio da boa-fé objetiva, máxime quando se reconhece a profusão dos contratos de adesão e o extremo descompasso entre contratantes.

A responsabilidade civil contratual, assente normalmente na culpa, pode sofrer objetivações, como aquelas tratadas por João de Matos ANTUNES VARELA: introduz-se, a partir da experiência jurídica alemã, padrões de

---

<sup>702</sup> Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, acesso em 11/02/2008.

<sup>703</sup> PINTO MONTEIRO, António. *op.cit.*, p. 57. Em texto outro, ao tratar da proteção do consumidor pelo Tribunal Constitucional de Portugal, afirma o autor que “simplesmente... a vida não é estática, evolui” (PINTO MONTEIRO, António. *Breve nótila sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional*. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 295).

<sup>704</sup> PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas...*, p. 63

comportamento objetivos e abstratos para avaliação da negligência “não só quanto à *diligência* da vontade, mas também quanto aos *conhecimentos* e à *capacidade* ou *aptidão* exigíveis das pessoas”.<sup>705</sup> Nesse sentido a avaliação dos conhecimentos e aptidões objetivamente exigíveis será feita tendo em conta a situação concreta dos envolvidos.<sup>706</sup>

Nos casos aqui tratados, em que a quebra contratual recai sobre os deveres de conduta emanados da boa-fé objetiva, salienta António PINTO MONTEIRO o relevo no empenho pela integral satisfação do fim contratual e a preocupação em facilitar a reparação do lesado que implicam na ampliação da esfera da responsabilidade contratual.<sup>707</sup>

Tem-se, portanto, que nas hipóteses de violação positiva culposas ou não, o devedor não responde por danos advindos de caso fortuito ou força maior, a não ser que por eles tenha expressamente se responsabilizado (art. 393 do Código Civil). A estas duas hipóteses de exclusão da responsabilidade some-se também a eventualidade do inadimplemento provir de fato de terceiro.<sup>708</sup> Nada impede, por óbvio, que as partes ajustem, no instrumento contratual, distribuição diversa das responsabilidades, inclusive afastando expressamente o elemento culpa. O nexó de imputação, no entanto, permanece imprescindível.

Na hipótese de aplicação do regime culposo deve-se observar a mesma lição feita quando da análise do princípio da boa-fé objetiva, no sentido de que a criação dos deveres laterais pela sua função integrativa só pode ser analisada diante do caso concreto. Se a concretude dos fatos da vida impuser a criação de tais deveres à relação jurídica obrigacional, presume-se a responsabilidade do lesante pela sua quebra.

A presunção de culpa ou de responsabilidade, em sentido mais geral, exerce importantíssima função no campo da responsabilidade pela violação

---

<sup>705</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (vol I), p. 581.

<sup>706</sup> Conforme João de Matos ANTUNES VARELA. O autor exemplifica: “e variam, além disso, de acordo com os conhecimentos ou a preparação especiais dos indivíduos: o médico especialista deve ter *cuidados especiais*, cuja omissão é desculpável ao médico de clínica geral, no tratamento de doenças do foro da especialidade daquele” (Ibidem). Note-se juntamente com Agostinho ALVIM que o elemento objetivo da culpa é o dever violado e “em matéria de culpa contratual, o dever jurídico consiste na obediência ao avençado, ou então, ao prometido, se se trata de obrigação unilateral” (ALVIM, Agostinho. *op.cit.*, p. 240).

<sup>707</sup> PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas...*, p. 66.

<sup>708</sup> Assim em ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *op.cit.*, p. 1072.

positiva do contrato. Nesse sentido convém novamente citar a lição de Manuel A. Carneiro da FRADA de que a classificação dos danos subseqüentes ou paralelos enquanto tutelados diretamente pelas regras da responsabilidade civil contratual, e não pela delitual, abre-se ao lesado “as portas de uma responsabilidade segundo o modelo contratual, mesmo quando lhe tenha ficado precludida uma reacção contra o incumprimento por decurso de prazo”.<sup>709</sup> Trata-se da situação já acima esclarecida da aplicação de prazos prescricionais diversos para a reparação dos vícios da prestação e compensação dos danos daí advindos. Mais ainda, sustenta o autor a manutenção da pretensão à reparação contratual mesmo quando da declaração de nulidade ou anulação do instrumento contratual respectivo.

Aliás, é de suma importância bem esclarecer que a quebra dos deveres de boa-fé abre efetivo espaço à aplicação das regras referentes à responsabilidade civil contratual, inclusive quanto à distribuição do ônus probatório, que ultrapassa eventual defeito no negócio jurídico de onde mediatamente provém tais deveres. A respeito, conforme já consignado, nascem os deveres laterais mesmo antes da contratação, persistindo com a sua execução. Mais do que portas à aplicação das doutrinas da *culpa in contrahendo* ou da *culpa post factum finitum*, independem tais deveres da perfeição ou mesmo existência do negócio jurídico.

Considerando ser a violação positiva uma terceira hipótese de descumprimento contratual, aliada ao fato de que a boa-fé irradia seus efeitos para além da validade do instrumento contratual, poder-se-ia afirmar haver em espécie um inadimplemento de contrato nulo ou, caso se considere mais correto, violação positiva de contrato declarado nulo.<sup>710</sup> Importa sublinhar, no entanto, que o regime de responsabilidade aplicável é sem dúvida aquele contratual. Cabe à parte lesada unicamente indicar o descumprimento do dever e os danos daí decorrentes, presumindo-se a responsabilidade (culposa ou não) da contraparte. A este cabe a comprovação das causas excludentes desta responsabilidade. É exatamente nesta esteira a lição de João de Matos

---

<sup>709</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato...*, p. 153.

<sup>710</sup> Sobre o tema remete-se o leitor a Claus-Wilhelm CANARIS, que entende se, na hipótese de declaração de nulidade do contrato, ter sido o dano causado quando da sua execução e não no estágio pré-contratual, encontram aplicação as regras da violação positiva. A quebra dos deveres de proteção é independente da validade da contratação firmada. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ansprüche...*, p. 476-477),

ANTUNES VARELA ao afirmar que “o facto consitutivo do direito de indemnização é o não cumprimento da obrigação, funcionando a falta de culpa como uma excepção, em certos termos oponível pelo devedor”.<sup>711</sup>

Por fim, ainda tendo em vista as peculiaridades da responsabilidade civil advinda da violação positiva, há se notar que o regime contratual é aplicável também a terceiros não contratantes. À conclusão chega-se pelas peculiaridades dos deveres de conduta violados, os quais, conforme já se teve oportunidade de ressaltar, não estão adstritos apenas àqueles diretamente envolvidos no negócio jurídico. É nesta linha argumentativa a afirmação de António PINTO MONTEIRO ao incluir, em determinadas situações, no pólo de proteção do contrato terceiros, podendo “esses terceiros recorrer, em caso de lesão, ao regime da responsabilidade contratual, apesar de não figurarem normalmente como partes do contrato”.<sup>712</sup> O exemplo trazido pelo doutrinador é aquele em que o senhorio obriga-se perante familiares e empregados do inquilino a manter a habitação livre de perigos.<sup>713</sup>

#### 6.5.2 Do direito à resolução

Além da responsabilidade civil contratual, importante consequência da violação positiva está no direito à resolução contratual. Nesse sentido, questiona Araken de ASSIS a possibilidade de resolução de contrato bilateral na hipótese de violação positiva.<sup>714</sup> Conforme lição do doutrinador, o remédio resolutorio não é o único possível frente a este efeito do descumprimento, devendo-se traçar a disciplina que autoriza a aplicação do art. 475 do Código Civil (*in verbis*: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do

---

<sup>711</sup> ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...* (Vol. I), p. 589.

<sup>712</sup> PINTO MONTEIRO, António. *Cláusulas...*, p. 422. Convém esclarecer, no entanto, que o autor considera ser possível afastar por cláusula limitativa esta responsabilidade contratual, permanecendo a tutela extracontratual. (Idem, p. 423).

<sup>713</sup> STOLL, Hans. *Die Gültigkeit* Haftungsausschliessender oder Haftungsbeschränkender Klauseln nach Deutschen Recht, in: Deutsche zivil- und kolisionsrechtliche Beiträge zum IX Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Tübingen, 1974, *apud* PINTO MONTEIRO, António. *op.cit.*, p. 422. Segundo doutrina de Peter SCHWERDTNER, a resposta ao questionamento de quando terceiros possuem pretensão secundária na forma de reparação de danos deve ser respondida ou em face de uma interpretação complementadora à luz do § 157 do BGB ou em face dos usos e costumes. (SCHWERDTNER, Peter. *op.cit.*, p. 217).

<sup>714</sup> ASSIS, Araken de. *Op.cit.*, p. 127.



contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”).<sup>715</sup>

Conforme doutrina de Dieter MEDICUS e Stephan LORENZ, em determinados casos a quebra dos deveres de proteção é tão grave que abre meios do lesado não apenas demandar a compensação dos prejuízos como também de resolver o negócio jurídico, demandando indenização em lugar da prestação.<sup>716</sup> O exemplo trazido pelos autores, novamente referente ao caso de pintor, merece ser aqui transcrito para boa compreensão do tema. Assim,

“danifica o pintor continuamente o mobiliário do cliente, criando receio de novos danos, fuma apesar de contínuas advertências na sala do cliente ou importuna os familiares deste, então não se satisfaz o cliente com a mera pretensão à reparação ou dever de omissão, especialmente quando há ameaça de novos danos”.<sup>717</sup>

A possibilidade de invocação do direito à resolução contratual tem especial importância nos contratos de execução continuada ou de longa duração, como aqueles de fornecimento de bens e serviços por longo período de tempo. Nestes, resta evidente que a proteção oferecida pelo regramento dos vícios do objeto ou mesmo da reparação civil pelos prejuízos causados é insuficiente diante da quebra de confiança despertada. Em sendo esta a hipótese, abre-se ao lesado a possibilidade de se valer do remédio resolutório.

Novamente, a análise deve ser empreendida em concreto, diante das peculiaridades e características de cada obrigação. Mais ainda, deve-se notar que “o adimplemento ruim pode versar sobre parte modesta, ou diminuta ou infinitesimal da prestação”.<sup>718</sup> Aqui, encontra aplicação a doutrina do adimplemento substancial.

Segundo afirma Teresa NEGREIROS, a teoria do adimplemento substancial pode ser ligada à função limitadora de direitos subjetivos exercida pela boa-fé objetiva. Sob esta doutrina, reconhece-se que “... ainda que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de a prestação

---

<sup>715</sup> “A resolução cabe nos casos de *inexecução*”. (GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 203).

<sup>716</sup> MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stephan. *op.cit.*, p. 248.

<sup>717</sup> Tradução livre: “Beschädigt der Maler fortwährend das Mobiliär des Bestellers, so daß weitere Schäden zu befürchten sind, raucht er trotz Abmahnung fortwährend in den Räumen des Bestellers oder belästigt er dessen Familienangehörige, so ist dem Besteller, insbendondere wenn weitere Beschädigungen drohen, mit dem bloßen Schadenersatz – oder Unterlassungspflichtanspruch alleine nicht gedient” (Ibidem).

<sup>718</sup> ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 129.

ter sido substancialmente satisfeita veda ao credor, de acordo com os ditames da boa-fé, o exercício do direito de rescisão”.<sup>719</sup>

Note-se que no Brasil o direito do lesado à resolução contratual, disposto no art. 475 do Código Civil é tratado apenas como conseqüência do inadimplemento nos contratos bilaterais.<sup>720</sup> Segundo afirma Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, a delimitação do instituto deve ser buscada em normas outras, como naquelas referentes à mora, especialmente ao critério da *utilidade* da prestação do ponto de vista do credor, apto a transformá-la em inadimplemento absoluto (art. 395, parágrafo único, do Código Civil). No mesmo sentido é a lição de Araken de ASSIS para quem “em outros termos, se ostenta necessário que, na defeituosidade, se espelhe a *inutilidade* contemplada no art. 395, parágrafo único, do CC-02!”.<sup>721</sup>

Em sendo observado adimplemento substancial, ou seja, aquele que atende aos elementos objetivos e subjetivos de cumprimento em que pese o vício ou defeito<sup>722</sup>, não há de se falar em falta de interesse do lesado, que pode se valer da reparação civil, mas não da resolução contratual. Conforme lição de Orlando GOMES, “a resolução por inadimplemento é própria dos contratos sinalagmáticos; só se justifica quando o não-cumprimento tem importância considerável”<sup>723</sup>, em trecho que pode ser aplicado também às hipóteses de violação positiva. Judith MARTINS-COSTA traz exemplo elucidativo:

“...caso da contratação do transporte, entre São Paulo e Porto Alegre, de um valioso cavalo, destinado a correr no ‘Grande Prêmio’ do *Jockey Club*. O animal é entregue no local convencionado, na data e local estipulados no contrato; todavia, o caminhão onde transportado não tinha cobertura, e o cavalo não fora alimentado. Chega portanto no local

<sup>719</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria...*, p. 145. Sobre a adoção da teoria em território pátrio pode-se fazer menção à seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido” (STJ, Resp. 272739 / MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, julgamento em 01/02/2001)

<sup>720</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 131.

<sup>721</sup> ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 129.

<sup>722</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 132.

<sup>723</sup> GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 206.

convencionado, às vésperas do 'Grande Prêmio', totalmente exaurido, maltratado pelas adversas condições climática que sofrera no percurso, sem condições de participar da competição (...) a prestação, considerada como um complexo de direitos e deveres, explícitos e implícitos, não foi corretamente adimplida, embora tenha sido cumprida a obrigação principal de entrega no local e data convencionados".<sup>724</sup>

Segundo análise feita pela doutrinadora, no caso em tela pode-se aventar a resolução do contrato, pela quebra dos deveres secundários e instrumentais do contrato de transporte, assim com o pagamento de perdas e danos.<sup>725</sup> Tal se dá exatamente porque embora cumprida a prestação principal consubstanciada no transporte do cavalo, este cumprimento se deu em arrepio aos deveres laterais decorrentes da boa-fé. No caso concreto, a quebra do princípio justifica a resolução da contratação.

Na Alemanha, o critério utilizado para esta avaliação é a exigibilidade ou razoabilidade da manutenção da relação jurídica obrigacional sob o ponto de vista do lesado.<sup>726</sup> Segundo afirmam Hans BROX e Wolf-Dietrich, ao lado da imputabilidade do devedor pela quebra do dever lateral, "a quebra do dever de proteção deve ter peso tal que não se exija do credor a manutenção da prestação face ao devedor (embora lhe seja possível sua prestação regular)".<sup>727</sup> Em outras palavras, trata-se igualmente da avaliação da utilidade da manutenção da prestação com a ressalva que a medida repousa na cláusula de boa-fé objetiva e na relação de confiança estabelecida entre os partícipes contratuais.

A conclusão embasa-se no reconhecimento de que o descumprimento dos deveres laterais nem sempre importa na perda do fundamento da relação obrigacional. Diferentemente se dá nos casos em que há impossibilidade do objeto, sendo este o critério utilizado para transformar-se o atraso em inadimplemento absoluto. Assim, se "caso a prestação tenha, em virtude da mora, se tornado inútil para o credor, a hipótese passará a ser de

---

<sup>724</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 227.

<sup>725</sup> *Ibidem*.

<sup>726</sup> Assim a lição de BROX, Hans e WALKER, Wolf-Diedrich. *op.cit.*, p. 273.

<sup>727</sup> Tradução livre de: "Die Schutzpflichtverletzung muss ein solches Gewicht haben, dass dem Gläubiger die Leistung durch den Schuldner (obwohl er sie noch ordnungsgemäß erbringen könnte) nicht mehr zuzumuten ist". (*Ibidem*).

inadimplemento absoluto...”<sup>728</sup> ter-se-ia de reconhecer que o direito à resolução por violação positiva não encontra abrigo na inutilidade da prestação ao credor.

O critério de utilidade avalia aqui a manutenção da relação jurídica obrigacional seja porque seu objetivo não foi atingido em decorrência da quebra da boa-fé, seja porque sua manutenção não mais se justifica frente à ofensa na relação de confiança, especialmente nos contratos de fornecimento continuado. Atingindo a quebra dos deveres laterais o núcleo duro da confiança em uma relação obrigacional, pode o lesado valer-se do direito à resolução a ser demandado judicialmente.

Enfim, reconhece-se com Araken de ASSIS que “em alguns casos, se repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constante do contrato”.<sup>729</sup> Conforme lições do doutrinador, deve-se avaliar a *qualidade* do adimplemento ou, de forma reversa, do inadimplemento e partir daí determinar a existência de situação que abra vias à demanda resolutória. Encontram fundamento nesta avaliação, tanto as peculiares características do caso concreto quanto a norma da boa-fé na avaliação do direito à rescisão. Esta ocorrerá caso a sentença judicial reconheça a ocorrência da violação positiva, alinhada à teoria do adimplemento substancial.<sup>730</sup>

Finalmente, de se reconhecer que “não é a boa-fé que justifica a extinção de contratos, antes é a violação do dever de agir de boa-fé, por uma das partes, que faculta à contraparte prejudicada o direito de solicitar a própria *resolução* do pacto celebrado”.<sup>731</sup>

### 6.5.3 Da exceção de contrato não cumprido

Por fim, chega-se à última consequência da violação positiva do contrato, consistente na possibilidade de oposição da exceção de contrato não cumprido ou *exceptio de non adimplenti contractus*. Sua base legal está no art. 476 do Código Civil que determina “nos contratos bilaterais, nenhum dos

---

<sup>728</sup> TEPEDINO, Gustavo [et.al.]. *op.cit.*, p. 712.

<sup>729</sup> ASSIS, Araken de. *op.cit.*, p. 131.

<sup>730</sup> Nesse sentido afirma Orlando GOMES que “o contrato somente se resolverá se a sentença reconhecer que a violação ocorreu”. (GOMES, Orlando. *Transformações...*, p. 145).

<sup>731</sup> NORONHA, Fernando. *O direito...*, p. 203.

contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Em suma, trata-se de exceção consubstanciada no fato de que uma parte não pode demandar o cumprimento frente à outra quando não tenha adimplido sua prestação.<sup>732</sup>

Se nas hipóteses de violação negativa do contrato a análise da falta de prestação é mais evidente, em relação à quebra dos deveres laterais decorrentes da boa-fé é indispensável o exame da *qualidade* ou *gravidade* da quebra em relação à totalidade da relação jurídica obrigacional. Tal avaliação é denominada de *nexo de equivalência* ou *de proporção* entre a falta cometida e o recurso à exceção.<sup>733</sup>

Afirma António Manuel MENEZES CORDEIRO que “a *exceptio* deve a sua origem casuística à *bona fides*: entendeu-se no antigo Direito Romano que não era *bonae fidei* exigir, em contratos com obrigações correspectivas, uma prestação à outra parte, quando se não cumprisse a sua própria prestação”.<sup>734</sup> A partir daí conclui o doutrinador que, diante de uma prestação viciada ou incompleta, pode a contraparte recusar-se a prestar até a solução do problema.<sup>735</sup>

A exceção de contrato não cumprido é albergada também pelo direito alemão. A respeito, Christian GRÜNEBERG afirma que o dispositivo legal

<sup>732</sup> Nas palavras de Orlando GOMES: “visto que a essência dos contratos bilaterais é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, nada mais conseqüente que cada qual das partes se recuse a executar o acordo, opondo a *exceptio non adimpleti contractus*. Se não cumpre a obrigação contraída, dado lhe não é exigir do outro contraente que cumpra a sua”. (GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 109).

<sup>733</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959, p. 311. Assim, exemplificativamente, considerou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não haver razão para oposição da exceção de contrato não cumprido na situação de locatário deixar de pagar o aluguel tendo em vista más condições do imóvel que, no entanto, habitava há sete anos: “No mérito sustenta a exceção de contrato não cumprido, pois se o locador não efetivou as reformas necessárias no imóvel, para permitir o uso pelo locatário, não pode exigir a contra-prestação, qual seja, o pagamento de alugueres por um imóvel que não tinha condições de ser habitado, devendo ser julgada improcedente a ação de despejo. O locatário reconhece que deixou de pagar alugueres e acessórios da locação, em decorrência da má conservação do imóvel, os quais reputa indevidos em face da falta de condições de ser habitado o imóvel, no entanto, não assiste razão o recorrente. Constitui-se, nos termos da Lei do Inquilinato, a primeira obrigação do locador a entrega ao locatário do imóvel alugado, para servir ao uso a que se destina (art. 22, I). O imóvel, segundo consta dos autos, quando entregue à locatária, estava em condições de uso, pois se o locatário passou a ocupá-lo, e nele permaneceu mais de setes anos pagando corretamente os alugueres, é porque deve ter entendido em condições de fazê-lo”. (TJPR, Ap.Cív. 0469936-7, Relator Des. Costa Barros, julgamento em 03/12/2008)

<sup>734</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Estudos...*, p. 138.

<sup>735</sup> Idem, p. 139.

confere “a qualquer uma das partes o direito de negar-se à prestação obrigada até o cumprimento da contra-prestação, a exceção de contrato não cumprido (não totalmente ou não apropriadamente cumprido)”.<sup>736</sup> Em suma, novamente a consideração da relação jurídica obrigacional enquanto processo oferece interpretação alargada do que seja cumprimento obrigacional.

Tratando-se de contrato não perfeitamente cumpridos, Miguel Maria SERPA LOPES identifica figura que denomina exceção de contrato não perfeitamente cumprido ou *exceptio non rite adimpleti contractus* e, a partir daí, passa a avaliar sua adequação na noção geral da exceção de contrato não cumprido.<sup>737</sup> Aquela tem lugar na eventualidade de não ter sido a prestação cumprida pelo modo devido, sendo definida também por Orlando GOMES enquanto que “no fundo, a mesma *exceptio non adimpleti contractus*” já que “dado que o cumprimento parcial, inexato ou defeituoso, equivale a um inadimplemento”.<sup>738</sup>

Voltando-se às lições de António Manuel MENEZES CORDEIRO, a possibilidade de mover exceção de contrato não cumprido frente a uma prestação viciada pode ser justificada pelo fato de que “se o credor pode recusar uma prestação parcial ou viciada pode, por maioria de razão, não oferecer a sua, opondo a *exceptio*”.<sup>739</sup> A peculiaridade reside no fato de que a entrega da coisa viciada deve preceder o pagamento do preço<sup>740</sup>, sendo também possível a negativa quando o pagamento deva ser realizado em parcelas que procedem a entrega do bem.<sup>741</sup>

Evidente que o socorro a esta exceção só pode se dar quando a entrega do bem ou a prestação do serviço não impliquem em aceitação do adimplemento, ainda que defeituoso. O critério a ser utilizado é novamente a boa-fé objetiva.

<sup>736</sup> Tradução livre de: „gibt jeder Part das Recht, die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, Einrede des nicht erfüllten (nicht vollständig oder nicht gehörige erfüllten)“ GRÜNEBERG, Christian. In: PALANDT, *op.cit.*, p. 515.

<sup>737</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *op.cit.*, p. 296. Conclui o autor que: “em síntese: a **exceptio non rite adimpleti contractus** não passa de uma outra face do instituto da **exceptio non adimpleti contractus**, do qual substancialmente não difere, considerando-se o alargamento que a Doutrina e a Jurisprudência têm introduzido na **exc. n. ad. cont.**” (Idem, p. 303).

<sup>738</sup> GOMES, Orlando. *Contrato...*, p. 111.

<sup>739</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Estudos...*, p. 139.

<sup>740</sup> Idem, p. 141.

<sup>741</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *op.cit.*, p. 304.

Para tanto, entram na análise não apenas as considerações acerca do cumprimento da prestação principal, como também aquelas que dizem respeito ao correto cumprimento do avençado, albergando inevitavelmente o dever de comportamento de acordo com a boa-fé objetiva. Este princípio, no entanto, também reverbera na avaliação da exceção de não cumprimento em seu elemento constitutivo.

A respeito, Vincenzo ROPPO afirma que a hipótese é de um lado “inadimplemento justificante”, perguntando “que coisa deve consistir o inadimplemento da contraparte, para que de frente a ela possa se opor a exceção?”<sup>742</sup> e de “inadimplemento justificado”, questionando: “que coisa pode consistir em inadimplemento, cuja parte esta legitimada com base na exceção?”.<sup>743</sup> A resposta será obtida, ainda de acordo com suas lições, a partir da valoração à luz da boa-fé.

Em suma, resta saber se diante do caso concreto a ofensa à boa-fé justifica a recusa ao cumprimento pela parte lesada pelo inadimplemento. É assim também o entendimento de Miguel Maria de SERPA LOPES ao elencar enquanto elementos do instituto (i) o laço de conexidade entre duas obrigações nascidas de uma relação obrigacional; (ii) a exigibilidade dessas obrigações num mesmo momento e (iii) a necessidade da boa-fé ao ser ela invocada.<sup>744</sup> Na trilha das lições do autor a exceção de contrato não cumprido implica no reconhecimento de que há dupla inadimplência e, diferentemente do exercício do direito à resolução, não tem por condão a extinção do vínculo e sim a tentativa de realização da prestação por parte do inadimplente.<sup>745</sup>

A peculiaridade quando da análise da violação positiva está exatamente no fato de que, nestes casos, a prestação principal já foi cumprida, ainda que defeituosamente. Linhas gerais, o lesado busca pela oposição da exceção de contrato não cumprido a salvaguarda de sua insatisfação com a prestação efetuada e, em conseqüência, sua reparação.

---

<sup>742</sup> Tradução livre de: “in cosa puo consistere l'inadempiemnto di controparte, perchè di fronte a esso la parte possa sollevare l'eccezione?” ((ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milão: Giuffrè, 2001, p. 986).

<sup>743</sup> Tradução livre de: “in cosa puo consistere l'inadempiemnto, cui la parte è legittimata in base all'eccezione?” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto...*, p. 986).

<sup>744</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *op.cit*, p. 229.

<sup>745</sup> Idem, pp. 283 e 284.

Conclusivamente, deve-se fazer menção que, assim como na avaliação do adimplemento substancial, o critério por ora utilizado é aquele iluminado pelo princípio da proporcionalidade.<sup>746</sup> À parte lesada só se abre a via da exceção de contrato não cumprido na eventualidade de sua negativa à prestação ser justificada em face do descumprimento do outro partícipe contratual.

---

<sup>746</sup> É assim a doutrina de ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, p. 988.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em atenção às considerações traçadas ao longo do presente trabalho, apresentam-se agora algumas linhas conclusivas.

1. O entendimento da relação jurídica obrigacional enquanto processo importa na constatação que há uma série de deveres compondo o vínculo obrigacional, a citar aqueles deveres de prestação e os deveres laterais de conduta. A fonte destes últimos é encontrada na cláusula geral de boa-fé objetiva, estabilizada no art. 422 do Código Civil Brasileiro, sem prejuízo de uma interpretação constitucional do princípio;

2. O Código Civil Brasileiro não define, em nenhum momento, o que se deva entender por relação jurídica obrigacional. O conceito, portanto, deve ser construído a partir de todo o Direito das Obrigações e seus princípios fundamentais. Autonomia privada, boa-fé objetiva e função social dos contratos formam, juntos, os pilares de sustentação da visão contemporânea da obrigação;

3. A partir da noção de complexidade intra-obrigacional, pode-se questionar se as tradicionais figuras do inadimplemento absoluto e da mora são suficientes para dar abrigo, também, ao descumprimento dos deveres laterais de conduta fundados e decorrentes da boa-fé. A análise da configuração de tais efeitos do descumprimento demonstra que estão ambos talhados unicamente aos deveres principais de prestação;

4. A figura do inadimplemento absoluto dialoga de forma estreita com a noção de impossibilidade do objeto. Há inadimplemento absoluto quando a prestação torna-se impossível ao devedor, sendo este imputável pela impossibilidade, assim como quando o credor perde o interesse na prestação extemporânea. O conceito fundamental da figura reside justamente na falta ou na inexecução imputável ao partícipe contratual;

5. A mora, por sua vez, é definida pelo Código Civil Brasileiro como a falta de prestação no tempo, lugar e modo devidos. A partir daí, questiona-se a amplitude do conceito, especialmente em referência ao modo da prestação. Avaliando a mora a partir dos efeitos que produz, especialmente aquele que diz com a perpetuação da responsabilidade do devedor moroso pela impossibilidade do objeto, delimitou-se que o “tempo, lugar e modo” formam,

em realidade, um conjunto de características do ato de prestar. Não entram na análise da mora, assim, qualidades próprias do objeto prestado;

6. Encontram-se algumas características comuns ao inadimplemento absoluto e à mora. Em primeiro lugar, em ambos os casos a inexecução decorre da falta da prestação devida. Em segundo ponto, de importância fundamental para a análise empreendida, está o fato de que, por estes efeitos do descumprimento, não estão abrigadas conseqüências danosas aos partícipes contratuais que, em princípio, não têm ligação direta com a prestação devida;

7. Fala-se, aqui, na existência de danos que afetam direitos, bens jurídicos e interesses dos partícipes contratuais os quais, no entendimento da relação jurídica complexa, não podem deixar de ser igualmente protegidos. Considerando que não são patrimônios que se encontram em uma relação obrigacional, e sim pessoas concretas cuja dignidade a Constituição da República elevou a fundamento do Estado Democrático de Direito, entende-se pela insuficiência das vias tradicionais de descumprimento obrigacional para regular a quebra dos deveres laterais de conduta;

8. Sob o título de violação positiva do contrato trabalha-se comumente uma categoria residual de descumprimento obrigacional, entendida enquanto a quebra de deveres que não pode ser enquadrada nem no conceito de inadimplemento absoluto, nem no conceito de mora. O trabalho buscou, no entanto, traçar um conceito positivo da figura, para afirmar que a violação positiva decorre da natureza do dever descumprido aliada à ocorrência de um dano seqüencial;

9. Seriam hipótese de violação positiva o cumprimento imperfeito e a quebra de deveres laterais de conduta. Aquele toma lugar quando, a par da realização de atos de prestação, o objeto desta contém defeito ou vício e, em decorrência, causa danos laterais à esfera jurídica do contratante. Tais danos, conforme se expôs no trabalho, não se confundem com aqueles causados quando de uma violação negativa da obrigação, consistente na falta do cumprimento;

10. A ocorrência de danos laterais ou seqüências é também requisito da quebra de deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Ainda, observando que tais danos decorrem, mesmo no cumprimento imperfeito, também da quebra da

cooperação e proteção fundadas na relação obrigacional, pode-se trabalhar ambas as espécies como ofensas ao princípio da boa-fé;

11. Uma vez que a existência de tais danos é fundamental à configuração da violação positiva do contrato, o primeiro efeito de seu reconhecimento é justamente o dever de indenizar. O cerne da questão reside na aplicabilidade do regime contratual e não na responsabilidade civil aquiliana. Mais do que o direito à reparação, no entanto, fundamental é vislumbrar que nasce ao partícipe lesado também outros remédios tipicamente contratuais;

12. A citar, em certas situações pode a violação positiva do contrato ensejar o direito à resolução. A análise da possibilidade deve ser realizada à luz da teoria do adimplemento substancial. Assim, incidindo a quebra da boa-fé sobre parte essencial da contratação, é de se afirmar o direito do lesado em resolver o contrato, tal como ocorre nos casos de inadimplemento absoluto. O mesmo não se diga quando o caso concreto indicar ínfimo descumprimento. A exceção de contrato não cumprido também se abre como instrumento do lesado pela violação positiva, especialmente no grupo de casos referente ao cumprimento defeituoso;

13. De se sublinhar a necessidade, ínsita à cláusula geral da boa-fé, da análise do caso concreto e suas características peculiares e fundamentais. Da mesma forma que não se deve traçar considerações fechadas e apriorísticas sobre os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, os casos de sua violação devem ser analisados na sua concretude;

14. De especial importância, portanto, que as decisões jurisprudenciais demonstrem com precisão o caminho percorrido até as conclusões tomadas. A necessidade de fundamentação da sentença assume papel protuberante na avaliação da aplicação da boa-fé objetiva. A afirmação ganha especial conotação quando se observa a falta de homogeneidade no tratamento do princípio, dos casos de descumprimento e também da violação positiva do contrato;

15. Nesse contexto cabe à doutrina identificar, sem pretensão à completude, modelos e parâmetros de interpretação do princípio da boa-fé, cuja aplicação satisfatória só pode ser realizada por um Poder Judiciário competente e comprometido com a sociedade e os mandamentos da Constituição da República.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991;

\_\_\_\_\_. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Revista de Direito do Consumidor, n.º 14, 1995;

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 11ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2008;

ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008;

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3ª edição actualizada. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965;

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. vol I, 10ª edição, revista e actualizada, 3ª reimpressão da edição de 2000, Coimbra: Almedina, 2005;

\_\_\_\_\_. *Das Obrigações em geral*. vol. II, reimpressão da 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2004;

\_\_\_\_\_. *Direito das Obrigações*. Volume II, Rio de Janeiro: Forense, 1975;

ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4ª ed. ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. In: Revista dos Tribunais, ano 89, volume 775, maio de 2000;

BETTI, Emilio. *Teoria Generale Delle Obligazioni I: Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milão: Giuffrè, 1953;

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Terceira edição, revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931;

BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura Alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977;

BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 30. Aktualisierte Auflage. Munique: C.H. Beck, 2004;

CABANA, Roberto m. Lopez. *Información al usuario*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris). Edição Especial março 1988, volume I. Porto Alegre;

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtige Verträgen*. In: Juristenzeitung, 1965;

\_\_\_\_\_. *Ansprüche wegen ,positiver Vertragsverletzung' und ,Schutzwirkung für Dritte' bei nichtigen Verträgen*. In: JZ 1965;

\_\_\_\_\_. *Die Reform des Rechts der Leistungstörungen*. In: Juristische Schulung (JuS), 2001;

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003;

\_\_\_\_\_. *O novo Direito das Obrigações na Alemanha*. In: Revista de Direito Comparado n. 25. Rio de Janeiro: IDCLB, 2003;

CATUSO, Joseane. *A boa-fé como instrumento da função social do contrato*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin, 2007;

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil. AGUIAR, Ruy Rosado de (org.). Brasília, CJF, 2005. Disponível em: <<[http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras\\_publicacoes/jornada\\_direito\\_civil/IIIJornada.pdf](http://daleth.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf)>> Acesso em: 20/10/2008;

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. *A revisão dos contratos na nova sistemática codificada brasileira e a Constituição do Brasil*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite. Universidade Federal do Paraná, 2005;

COSTA, Pietro. *Diritti*. In: FIORAVANTE, Maurizio (a cura de). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. Editori Laterza, 2004;

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007;

\_\_\_\_\_. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris) n. 40, Julho/1987;

\_\_\_\_\_. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976;

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3ª ed. revista e atualizada por Gustavo Tepedino... [et. al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la Buena fe*. Traducción de Jose Luis Carro. Madri: Civitas, 1986

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia (elementos para uma teoria marxista o Direito)*. Coimbra: Centelha, 1976;

EMMERICH, Volker. *Das Recht der Leistungsstörungen*. 6. Auflage. Munique: C.H. Beck, 2005;

ENNECCERUS, Ludwig e LEHMANN, Heinrich. *Recht der Schuldverhältnisse*. 15. Bearbeitung. Turíngia: J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1958;

*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*. Neue Folge. 28. Band (der ganzen Reihe 78. Band). Leipzig: Verlag von Beit & Comp., 1912;

ESSER, Josef e SCHMITT, Eike. *Schuldrecht. Band I: Allgemeiner Teil*. 6. Völlig Neubearbeitet Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1984;

FACHIN, Luiz Edson. *A 'reconstitucionalização' do Direito Civil Brasileiro*. In: *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

\_\_\_\_\_. *Contratos e ordem pública*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

\_\_\_\_\_. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

\_\_\_\_\_. *Inadimplemento das obrigações*. Coleção Biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale, vol. 7, coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005;

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1994;

\_\_\_\_\_. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. Reimpressão da edição de fevereiro/2004, Coimbra: Almedina, 2007;

\_\_\_\_\_. *Uma 'terceira via' no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 1997;

FRADERA, Vera Jacob. *A quebra positiva do contrato*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 44, nov/1998;

GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 10ª edição, Milão: Cedam, 1999;

\_\_\_\_\_. *Il diritto privato fra oodice e Costituzione*. 2ª ed., Bologna: Zanichelli, 1988;

GAZALLE, Gustavo Kratz. *O conceito de mora na teoria contratual moderna*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora Prof.ª Dr.ª. Vera Maria Jacob de Fradera, 2008;

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª Ed. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003;

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª edição. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, Rio de Janeiro: Forense, 2007;

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 16ª ed. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. aumentada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980;

GROSSI, Paolo. *A propriedade e as propriedades*. In: GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*s. Tradução de Luiz Ernani Fritolli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

\_\_\_\_\_. *Mitologias Jurídicas da modernidade*. 2ª ed. rev. e atual., tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007;

\_\_\_\_\_. *O ponto e a linha: História do Direito e Direito Positivo na formação do jurista do nosso tempo*. Tradução de Mônica Sol Glik. In: Seqüência: estudos

jurídicos e políticos. Ano XXV, n. 51, dez. 2005. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005;

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006;

\_\_\_\_\_. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Publicações Europa-América, 1997;

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1995;

HUBER, Peter. In: J. von Staudinger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*. Berlin: Sellier – de Gruyter, 2008;

JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008;

KAISER, Dagmar. In: J. Von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse § 255-292. Berlin: Sellier – de Gruyter, 1995;

KÖHLER, Helmut. *Einführung* In: *BGB*, 61. Auflage, Munique: Beck Texte, 2008;

\_\_\_\_\_. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956;

\_\_\_\_\_. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Band I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. Munique: C.H. Beck, 1987;

\_\_\_\_\_. e WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. Auflage. Munique: C.H. Beck, 2004;

LEHMANN, Heinrich. *Die positiven Vertragsverletzungen*. In: *Archiv für Zivilistisch Praxis (AcP)* n. 96;

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil*. In: *Arte Jurídica: Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina*. Vol. 2, n. 1, Juruá: Curitiba, 2005;

\_\_\_\_\_. *A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, volume 832, fevereiro de 2005;

\_\_\_\_\_. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações* São Paulo: Saraiva, 2005;

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 5a überarbeitete Auflage. Köln, Berlin, München: Carl Heymanns Verlag GmbH, 2007;

\_\_\_\_\_. *Schuldrecht: allgemeiner Teil*. 6ª Auflage. Colônia, Munique: Carl Heymanns Verlag, 2008;

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1959;

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

LÖWISCH, Manfred, in: J. Von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse § 255-292. Berlin: Sellier – de Gruyter, 1995;

MANKOWSKI, Peter. Die Anspruchesgrundlage für den Ersatz von ‚Mangelfogeschäden‘ (Integritätschäden), in: Jus 2006;

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Volume V, Tomo II (arts. 389-420). Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

\_\_\_\_\_. *Parecer*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n. 140, Ano XLIV (Nova Série) outubro-dezembro/2005, pp. 329-270;

\_\_\_\_\_. *Princípio da boa-fé*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris) n. 50, ano XVII, 1990;

\_\_\_\_\_. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, Ano 97, volume 867, janeiro 2008;

MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*. 17. Auflage, München; Verlag C.H.Beck, 2006;

\_\_\_\_\_ e LORENZ, Stephan. *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*. 18. Auflage. München: C.H Beck, 2008;

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001;

\_\_\_\_\_. *Da Modernização do Direito Civil*. Volume I, aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004;

\_\_\_\_\_. *Violação positiva do contrato*. In: MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Volume I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991;

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da Posição Contratual* (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003;

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005;



NALIN, Paulo. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico* (Ensaio Doutrinário). Curitiba, 2003;

\_\_\_\_\_. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2ª edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2008;

\_\_\_\_\_. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996;

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

\_\_\_\_\_. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

NEUNER, Jörg. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado alemão*. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007;

\_\_\_\_\_. *O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão*. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 2, n. 2, jan/mar 2008, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pp. 78-92;

NORDMEIER, Carl Friedrich. *O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão – A Reforma de 2002*, In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2003;

\_\_\_\_\_. *O Direito dos Contratos e seus Princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994;

PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*. 66. Auflage. Munique: C.H. Beck, 2007;

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. *Discurso histórico e Direito*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005;

PERLINGIERI, Pietro. In: *Commentario del Codice Civile: Libro Quarto – Delle Obligazioni. Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*. Art. 1230-1259. Bologna: Nicola Zanichelli Editore e Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1975;

\_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél. Curitiba, 2004;

\_\_\_\_\_. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho”*. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

PINTO MONTEIRO, António. *Breve nótula sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional*. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007;

\_\_\_\_\_. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2003;

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2003;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958;

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XXVI, 3ª edição, 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984;

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo II, Bens. Fatos Jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954

RECKER, Wilfried. *Schadenersatz statt der Leistung – oder: Mangelschaden und Mangelsfolgeschaden*. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 13. 2002;

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988;

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milão: Giuffrè, 2001;

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira (coord). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002;

SCHMIDT, Eike. *Das Schuldverhältnis: eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*. Heidelberg: C.F Müller, 2004;

\_\_\_\_\_. *Nachwort* In: JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* e STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. Mit einem Nachwort von Eike Schmidt. Berlim, Zurique: Verlag Gehlen, 1969;

SCHÜNEMANN, Wolfgang. *Die positive Vertragsverletzung – eine kritische Bestandaufnahme*. In: *Juristische Schulung (JuS)* n 27. Jahrgagn 1987;

SCHWERDTNER, Peter. *Positive Forderungsverletzung*. In: *Jura* 1980, Heft 4;

SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Reimpressão da edição de setembro de 2003, Coimbra: Almedina, 2006;

STAUB, Hermann. *Die positiven Vertragsverletzungen*. In: JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* e STAUB, Hermann. *Die positiven*

*Vertragsverletzungen*. Mit einem Nachwort von Eike Schmidt. Berlin, Zúrique: Verlag Gehlen, 1969;

STEINER, Renata Carlos. *Crítica à Modernidade Jurídica: análise da categoria de sujeito de direito e os movimentos sociais*. In: Revista de Sociologia Jurídica. Volume 06, Dossiê Pluralismo Jurídico. Disponível em: [www.sociologiajur.vilabol.uol.com.br/rev06renata.htm](http://www.sociologiajur.vilabol.uol.com.br/rev06renata.htm). acesso em 20/09/2008;

\_\_\_\_\_. *Da complexidade intra-obrigacional: criação de deveres laterais pela boa-fé objetiva*. Monografia de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin, 2006;

STOLL, Hans. *Die Gültigkeit Haftungsausschliessender oder Haftungsbeschränkender Klauseln nach Deutschem Recht*, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Tübingen, 1974;

STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. In: Archiv für die civilistische Praxis. Neue Folge 16. Band (der ganzen Folge 136. Band). Tübingen: Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1932;

TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e os amendoins: um ensaio sobre a vedação do comportamento contraditório ("venire contra factum proprium non potest"). Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1171, 15 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8925>>. Acesso em: 24/11/2008;

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001;

\_\_\_\_\_, BARBOZA, Heloisa e BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

WERTHEIMER, Frank e ESCHBACH, Martin. *Positive Vertragsverletzungen in Bürgerlichem Recht und im Arbeitsrecht*. In: Juristische Schulung (JuS) 1997, Heft 7;

WIEACKER, Franz. *El principio general de la Buena fe*. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986;

\_\_\_\_\_. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª edição. Tradução de Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian;

WILHELMSSON, Thomas. *Information duties as a means of protecting insurance consumers*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). Edição Especial março 1988, volume I. Porto Alegre;

ZEPOS, Panajiotis. *Zu einer 'gestalttheoretischen' Auffassung des Schuldverhältnisses*. In: Archiv für die Civilistische Praxis. 155 (35. Band der neuen Folge). Tübingen: Verlag J.C.B Mohr (Paul Siebeck).