

RECEBIDO EM: 14/12/2016

APROVADO EM: 17/03/2017

EM BUSCA DO CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE (IN) ADIMPLEMENTO CONTRATUAL: ANÁLISE FUNCIONAL À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

***IN SEARCH OF CONTEMPORARY CONCEPT OF BREACH OF
CONTRACT: FUNCTIONAL ANALYSIS BASED ON OBJECTIVE
GOOD-FAITH***

Rodrigo da Guia Silva

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Advogado

SUMÁRIO: Introdução; 1 Complexidade obrigacional e heterointegração dos contratos; 2 A doutrina da violação positiva do contrato; 3 A renovada configuração do (in)adimplemento contratual; 4 Síntese conclusiva; Referências.

RESUMO: A questão central sob investigação no presente estudo consiste em definir a consequência do descumprimento de deveres laterais de conduta oriundos da boa-fé objetiva. Nessa empreitada, adotam-se como premissas teóricas específicas o reconhecimento da complexidade obrigacional e da subsequente integração do regulamento contratual pelos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Cogita-se, na sequência, da resolução da problemática com base na doutrina tedesca da violação positiva do contrato, destacando-se as dificuldades que desaconselham a importação da figura pelo direito brasileiro. Investigam-se, por fim, os contornos contemporâneos do (in)adimplemento contratual, sob os necessários influxos da perspectiva funcional, com o que se reconhece que a integração dos referidos deveres laterais ao regulamento contratual autoriza a conclusão no sentido de inadimplemento contratual (absoluto ou relativo) quando do seu descumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Inadimplemento Contratual. Boa-fé Objetiva. Deveres Laterais de Conduta. Violação Positiva do Contrato. Análise Funcional.

ABSTRACT: The main question under investigation is to determinate the consequence of breach of duties arising from the objective good-faith. The study takes as specific theoretical premises the complexity of contractual relationship and the subsequent integration of contract by duties arising from the objective good-faith. Further, the study analyses the proposal of resolving the problem based on German doctrine of the positive breach of contract, highlighting the difficulties which make unavoidable its importation by Brazilian law. In the end, the study investigates the contemporary contours of breach of contract, under necessary influxes of functional perspective, recognizing that the integration of side duties to the contract authorizes conclusion about breach of contract (in absolute or relative sense).

KEYWORDS: Breach of Contract. Objective Good-faith. Side Duties. Positive Breach of Contract. Functional Analysis.

INTRODUÇÃO¹

A superação do individualismo e do voluntarismo típicos do direito civil oitocentista fez-se acompanhar, especificamente na seara obrigacional e contratual, pela consolidação da boa-fé objetiva como regra de conduta destinada a reger a generalidade das relações obrigacionais. Já referida como a “regra áurea da relação obrigacional”² e comumente apontada como decorrência do princípio da solidariedade social,³ a boa-fé objetiva irradia efeitos sobre todas as fases da relação obrigacional e sobre todas as situações jurídicas subjetivas que lhe são correlatas. Não resta espaço aos contratantes ou mesmo ao julgador para qualquer abstenção sobre o imperativo da boa-fé objetiva, a qual assume especial importância no propósito unificador do sistema jurídico-positivo.⁴

Sem embargo do considerável relevo assumido pela boa-fé objetiva na civilística contemporânea, a sua natureza de autêntica cláusula geral acarreta uma inevitável dificuldade conceitual.⁵ Melhor sorte assistirá ao intérprete-aplicador do direito, então, que priorizar a concretização

- 1 * O autor agradece ao Professor Eduardo Nunes de Souza pela revisão minuciosa do original e pelos debates profícuos que acompanharam todo o estudo, bem como aos Professores Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes pelos importantes apontamentos formulados por ocasião do Grupo de Pesquisa Institucional “A boa-fé nas decisões do TJRJ”, vinculado ao curso de Mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, locus no qual se iniciou o estudo que ora se apresenta ao público.
- 2 A expressão é de TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Pádua: CEDAM, 2013. p. 707.
- 3 Nesse sentido, v., na doutrina brasileira, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 282; e KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, abr./jun.2012. p. 220; e, na doutrina italiana, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p. 634.
- 4 V. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 46).
- 5 Ao analisar a dificuldade de conceituação da boa-fé objetiva, Judith MARTINS-COSTA conclui que “[...] é impossível apresentar uma definição apriorista e bem-acabada do ‘que seja’ a boa-fé objetiva” (*A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 41). A autora adverte: “Isso não significa, de modo, algum, que a expressão boa-fé objetiva constitua *flatus vocis* ou elástico cheque em branco a ser preenchido de acordo com o impressionismo jurídico (principalmente aquele, muito perigoso à democracia, que é o ditado pelo incontrolável e subjetivo ‘sentimento de justiça’). Há – mesmo na relatividade do tempo e no espaço – um conteúdo mínimo (traduzido no *honeste vivere* ciceroniano) que lhe está conotado. O agir *segundo a boa-fé objetiva* concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional” (Ibid., p. 41).

da exigência de boa-fé objetiva à luz de cada caso particular que lhe for apresentado do que àquele cujos esforços se resumirem à tentativa de conceituação estrita e apriorística da referida cláusula geral.

Tal dificuldade conceitual gera, entretanto, um risco diuturnamente vivenciado pela civilística contemporânea, na medida em que a abertura ínsita à cláusula geral poderia gerar a (equivocada) impressão sobre a ausência de contornos gerais da exigência de boa-fé objetiva.⁶ Nesse contexto, cresce a responsabilidade do intérprete na fundamentação pormenorizada sobre as razões que o levam à conclusão acerca da conformidade ou contrariedade de certas condutas à cláusula geral em comento, especialmente na seara do inadimplemento contratual, cujos efeitos drásticos não se harmonizam com decisões precariamente fundamentadas.⁷

Deve-se ressaltar, nesse contexto, a relevância do papel da doutrina no desenvolvimento de parâmetros que auxiliem o julgador na aplicação da boa-fé objetiva,⁸ em cumprimento à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.⁹ Nessa empreitada, o presente estudo consistirá, em um primeiro momento, na análise da integração do regulamento contratual por deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. Na sequência, analisar-se-á a expressiva tendência

6 A explosão contemporânea do recurso à boa-fé objetiva apresenta, a um só tempo, uma faceta positiva e outra negativa, como destaca Judith MARTINS-COSTA: “A explosão do emprego do instituto jurídico designado como boa-fé objetiva tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos critérios dogmáticos a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 11). A autora arremata: “Oferecer critérios é também oferecer limites” (*Ibid.*, p. 11).

7 “Uma vez que o intérprete tem a liberdade – e o dever – de cotejar as potencialidades linguísticas do texto do enunciado normativo com os demais enunciados, em especial com os princípios fundamentais do sistema, e confrontar circularmente esses enunciados com as peculiaridades juridicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mascara as escolhas como se fossem necessárias e neutras. As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma de libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete” (KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 1, jan./abr.2015. p. 208).

8 “Passada a fase em que os foros brasileiros acolheram o princípio da boa-fé com sabor de novidade, é chegada a hora de sua sedimentação, para o que imprescindível o labor doutrinário crítico e propositivo de critérios orientadores de sua aplicação” (MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 46).

9 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, abr./jun.1995. p. 23.

contemporânea de adoção, por autores pátrios, da doutrina tedesca da violação positiva do contrato, no intuito de compreender sua aptidão à resolução da problemática sobre os efeitos do descumprimento de deveres laterais de conduta. Por fim, investigar-se-ão os contornos contemporâneos do (in)adimplemento contratual, sob os necessários influxos da perspectiva funcional, de modo a perquirir se a integração dos referidos deveres laterais ao regulamento contratual autoriza a conclusão no sentido de inadimplemento (absoluto ou relativo) quando do seu inadimplemento, ou se seria necessário, ao revés, o reconhecimento de uma nova categoria de descumprimento das obrigações.

1 COMPLEXIDADE OBRIGACIONAL E HETEROINTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS: OS DEVERES ORIUNDOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

De longa data, a civilística propugna a superação da concepção estática da obrigação – outrora entendida como a contraposição direta entre crédito e débito –¹⁰ por uma renovada concepção que leve em conta a complexidade das situações jurídicas subjetivas e dos interesses envolvidos.¹¹ Alinhadas com essa preocupação estão as proposições que entendem a relação obrigacional como uma *totalidade complexa*,¹² como *relação de cooperação*¹³ ou, na formulação mais consagrada pela civilística pátria, obrigação como *processo*¹⁴. Trata-se, em verdade, de construções teóricas que guardam semelhante preocupação essencial, consistente em ressaltar que a relação obrigacional é muito mais complexa do que a mera

10 Conforme leciona Paul ROUBIER, a mitigação dessa concepção antiquada de obrigação foi acompanhada pela preferência, por parte da doutrina, de referir-se ao conceito de situação jurídica subjetiva, complexo de direitos e deveres, em lugar da noção mais tradicional de direito subjetivo (*Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 52).

11 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 673.

12 “Numa relação obrigacional complexa considera-se o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92). Em sentido semelhante, na doutrina alemã, cf. a clássica lição de LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37.

13 BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 28 e segs.

14 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, *passim*. Segundo o autor, a concreção do princípio da boa-fé objetiva implica uma releitura das fontes das obrigações, de modo a permitir que estas sejam entendidas como um processo tendente ao adimplemento a partir da cooperação entre as partes (p. 169).

contraposição entre direito e obrigação principais do credor e do devedor, respectivamente.¹⁵ Tal percepção reclama do intérprete uma acurada análise interna da relação, capaz de trazer à tona as especificidades do caso concreto que se afigurem relevantes ao adequado desenvolvimento da relação obrigacional.¹⁶

O desenvolvimento contemporâneo da noção de obrigação está intimamente relacionado à consolidação da boa-fé objetiva como parâmetro para o desenvolvimento da generalidade das relações obrigacionais – com especial destaque para aquelas de índole contratual,¹⁷ cerne de investigação do presente estudo. A boa-fé objetiva, nos termos particulares em que é concebida atualmente, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei 8.078/90),¹⁸ que a menciona expressamente nos seus arts. 4º, III, e 51, IV.

-
- 15 “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 completa” (CORDEIRO, op. cit., p. 586). No âmbito do direito brasileiro, Carlos Nelson KONDER afirma: “O impacto da boa-fé impõe o reconhecimento da complexidade da relação obrigacional. Em lugar da dinâmica simplificada direito subjetivo – dever jurídico, passa-se a reconhecer diversas outras situações jurídicas subjetivas conjugadas – uma ‘pluralidade de elementos autonomizáveis –, em especial deveres paralelos que interagem entre si e cujo inadimplemento pode ferir o todo obrigacional” (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 221). Na mesma linha de sentido, a destacar o alargamento do objeto da obrigação, SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. p. 73.
- 16 Judith MARTINS-COSTA destaca a importância da análise interna da relação (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 218).
- 17 O desenvolvimento da boa-fé objetiva em outros segmentos do direito civil constitui matéria relativamente pouco explorada pela civilística pátria. A ilustrar relevantes possibilidades de aplicação da referida cláusula geral na seara dos direitos reais, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 4, abr.-jun./2015, *passim*.
- 18 A propósito do histórico da boa-fé no direito brasileiro, vale registrar a observação de Teresa NEGREIROS: “Evidentemente, não se desconhecem as referências à boa-fé constantes do Código Comercial de 1850 (art. 131), nem às inúmeras regras que, no próprio Código Civil de 1916, também aludiam à boa-fé. No primeiro caso, porém, o contexto ultraliberal em que inserida a regra da interpretação conforme a boa-fé dos contratos comerciais a tornou uma fórmula vazia, de raríssima ou mesmo nenhuma aplicação prática [...]. No segundo caso, a boa-fé de que se tratava era a subjetiva” (O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223, nota de rodapé n. 1). Para uma análise da gênese e do desenvolvimento da boa-fé objetiva no direito brasileiro, v. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-33; e AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 21 e segs.

O Código Civil de 2002, a seu turno, teve o mérito de prever a incidência da boa-fé objetiva no âmbito das relações paritárias, fazendo-lhe referência expressa ao tratar da interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), do abuso do direito (ar. 187) e, por fim, dos princípios aplicáveis aos contratos (art. 422). Tais disposições parecem ter resultado da concepção, desenvolvida com vigor pela doutrina pátria desde a promulgação do CDC, de que a boa-fé objetiva apresentaria três funções essenciais:¹⁹ i) função hermenêutica, segundo a qual o negócio jurídico deve ser interpretado do modo consentâneo com o parâmetro de conduta imposto pela boa-fé objetiva,²⁰ inclusive nas hipóteses em que não se verificar qualquer lacuna a ser colmatada;²¹ ii) função limitadora do exercício de situações jurídicas subjetivas, hipótese em que a boa-fé objetiva atua de modo a reprimir exercícios disfuncionais,²² servindo como critério para aferição de abuso do direito;²³ e iii) função integradora do conteúdo contratual, a impor aos

19 KONDER, op. cit., p. 221.

20 “A ‘complexividade’ pela boa-fé hermenêutica não se esgota na determinação da intenção consubstanciada na declaração, conforme o sentido oferecido (também) pela boa-fé e os usos. Outros *standards* e cânones interpretativos – como o da totalidade hermenêutica, o da finalidade do contrato, ou o do comportamento das partes, exemplificativamente – são também chamados a atuar” (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 448-449).

21 Pertinente, neste ponto, a ressalva de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “A boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas. Os voluntaristas querem reduzir sua intervenção apenas para a integração do contrato de acordo com aquilo que fora pressuposto pelas partes; mas não é assim: a utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade” (A boa-fé na relação de consumo, cit., p. 24). Em sentido semelhante, v. NEGREIROS, op. cit., p. 229-232). Em sentido diverso, Judith MARTINS-COSTA sustenta a suposta subsidiariedade da boa-fé objetiva: “[...] para não se recair no vício da superinvocação da boa-fé (que é o risco de sua diluição, pelo excesso), quando houver regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, não se justifica o apelo à boa-fé” (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 518).

22 No âmbito da função limitadora do exercício de situações jurídicas subjetivas, desenvolvem-se as denominadas *figuras parcelares* da boa-fé objetiva, tais como *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, *supresio* e *surrectio*. Para sua análise individualizada, v. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 232 e segs.; e AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 26.

23 Teresa NEGREIROS destaca a correlação entre boa-fé objetiva e abuso do direito, “[...] nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual” (O princípio da boa-fé contratual, cit., pp. 232-233). Pertinente, neste ponto, a advertência de Eduardo Nunes de SOUZA, no sentido de que o abuso do direito não se resume à boa-fé objetiva: “Não bastasse para tal conclusão a previsão legal de outros critérios de aferição da conduta abusiva, a concepção mais acurada de exercício abusivo (baseada na análise funcional das situações jurídicas subjetivas) permite depreender que a boa-fé atua apenas como mais um indicador da abusividade – e, certamente, já desempenha, nesses termos, papel crucial na análise do caso concreto” (Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, abr./jun. 2012. p. 57-58).

contratantes deveres que conduzam à promoção da causa contratual em concreto.²⁴

Diante da aparente impossibilidade de uma definição que esgote por completo o conteúdo da boa-fé objetiva,²⁵ a enunciação da sua tripartição funcional auxilia na consolidação de uma cultura jurídica orientada pela cooperação e confiança recíprocas entre os contratantes – noções essas às quais se poderia reconhecer a síntese elementar da cláusula geral de boa-fé objetiva.²⁶ Com efeito, referida análise tripartida não tem pretensão de exaustão ou, tampouco, de isolamento das hipóteses de incidência da cláusula geral em categorias estanques.²⁷ Exatamente em decorrência dessa compreensão já se propugnou a redução das funções da boa-fé objetiva a apenas duas,²⁸ em raciocínio que autorizaria, ao menos na execução contratual, a superação da análise tripartida em prol da exigência única de cooperação com vistas ao pleno adimplemento.

O presente estudo tem como escopo central a denominada função integradora, no bojo da qual se estudam os *deveres laterais de conduta* integrados ao conteúdo contratual por imposição da boa-fé objetiva.²⁹ Tais deveres, por vezes também ditos *fiduciários* ou *acessórios de conduta*,³⁰

24 NEGREIROS, op. cit., p. 245.

25 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 42.

26 A propósito da importância da noção de confiança, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 48.

27 NEGREIROS, op. cit., p. 232.

28 “A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37).

29 Pode-se distinguir o grau de incidência da heterointegração de acordo com o espaço concretamente reservado pelo ordenamento à autonomia privada. Nesse sentido, v. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 518.

30 “A nomenclatura destes deveres está muito longe de ser objeto de consenso; a primeira designação que lhes foi dada foi a de ‘deveres laterais’, mas a que ganhou a preferência da doutrina e da jurisprudência foi a de ‘deveres anexos’; todavia nós temos como mais adequada a de ‘deveres fiduciários’, porque é denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 101).

contrapõem-se aos *deveres contratuais de prestação*,³¹ os quais podem ser qualificados como principais ou secundários³² – conforme se relacionem direta ou indiretamente à causa contratual, respectivamente.³³ A distinção entre deveres laterais de conduta e deveres contratuais de prestação resulta, em realidade, de classificação marcadamente estruturalista, cujo cerne é a fonte de cada um desses deveres: enquanto os últimos são previstos expressamente no exercício da autonomia privada, os primeiros decorrem diretamente de previsão legal.³⁴

Não bastasse a dificuldade de classificação dos deveres laterais de conduta em apartado dos deveres contratuais de prestação, deve-se reconhecer que a própria conceituação de tais deveres decorrentes da boa-fé objetiva é tarefa das mais árduas. Sem embargo dessa dificuldade conceitual, parece ser possível afirmar que o escopo primordial dos deveres laterais de conduta é a promoção da causa contratual concreta,³⁵ com vistas

31 Acerca da distinção entre deveres principais, secundários e anexos, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 125-128; Judith MARTINS-COSTA, op. cit., p. 219-220; NORONHA, op. cit., p. 98-107; e HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900, out. 2010. p. 45-52.

32 Há quem divida os deveres secundários, por sua vez, em deveres *meramente acessórios da prestação principal* (e.g. conservar a coisa até a tradição) e deveres *secundários com prestação autônoma* (e.g. indenização fixada em cláusula penal moratória). Nesse sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 71-72.

33 Teresa NEGREIROS associa os deveres laterais de conduta à complexidade intra-obrigacional: “Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo, complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal” (O princípio da boa-fé contratual, cit., p. 247). Em sentido semelhante, v. CORDEIRO, op. cit., p. 592; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 121.

34 Por tais razões, Aline de Miranda Valverde TERRA pugna pelo abandono da classificação em abstrato dos deveres obrigacionais: “Qualificar os deveres como principais de prestação, secundários de prestação ou de conduta não releva para fins de identificação dos efeitos que o inadimplemento de cada um deles produz na concreta relação obrigacional. O que importa é investigar a repercussão do inadimplemento sobre a prestação devida, sobre o resultado útil programado, sobre o interesse do credor na prestação” (Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. p. 5-6. Disponível em: <<http://civilistica.com/clausularesolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial/>>. Acesso em: 24 out. 2016).

35 “São deveres que não estão voltados pura e simplesmente para o cumprimento do dever de prestar, cujo escopo não é diretamente a realização ou substituição da prestação, mas deveres que direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, de maneira a salvaguardar outros interesses que devem ser levados em conta na relação” (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, op. cit., p. 223).

ao adequado adimplemento segundo a perspectiva funcional regente do direito civil contemporâneo.³⁶

Conforme a causa contratual em concreto seja promovida mais ou menos diretamente, será possível subdividir os deveres laterais de conduta em deveres *anexos* ou *de proteção*, respectivamente.³⁷ Ambas as categorias guardam certas características comuns,³⁸ as quais podem se sobrepor em cada caso concreto, porém a utilidade geral da classificação consiste em chamar a atenção do intérprete para a circunstância de que, em cada caso concreto, alguns deveres buscam promover mais imediatamente o pleno adimplemento contratual (a saber, os chamados deveres anexos), enquanto outros visam apenas mediamente a tal finalidade, ocupando-se primordialmente a assegurar a posição dos envolvidos e, com isso, evitar prejuízos (os deveres de proteção).³⁹ Trata-se, portanto, de classificação que auxilia o intérprete no momento de aferir a concreta satisfação dos interesses que caracterizam o pleno adimplemento contratual, sem que com isso se pretenda consagrar uma classificação abstrata dos deveres obrigacionais.⁴⁰

Entre os deveres anexos, destacam-se os deveres de informação, cooperação e lealdade. Os dois últimos, comumente analisados em conjunto, preceituam a adoção de comportamentos aptos a promover ou viabilizar

36 A análise funcional do adimplemento será retomada no item 4 deste estudo.

37 Como sucede em matéria de classificações – seara na qual mais importa a utilidade prática do que a suposta correção teórica –, a bipartição dos deveres laterais de conduta não é unânime em doutrina. Antônio Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO, por exemplo, propõe classificação tripartida entre deveres acessórios de proteção, de esclarecimento e de lealdade (*Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 604-606). Idêntica classificação é adotada, na civilística pátria, por AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo, cit., p. 26; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 106-119. O mérito dessa proposta parece consistir, com efeito, em destacar que os deveres informativos comumente variam entre os interesses de prestação e interesses de proteção, não se podendo prescindir da investigação da sua relevância em concreto para a promoção do resultado útil do contrato.

38 Carlos Nelson KONDER enumera quatro características comumente associadas aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva: i) impossibilidade de seu conhecimento prévio; ii) imunidade dos deveres laterais aos efeitos da ineficácia *lato sensu* do contrato (aqui incluídas as hipóteses de nulidade, anulabilidade e ineficácia em sentido estrito); iii) larga abrangência subjetiva, a abarcar não somente devedor, mas igualmente credor e, possivelmente, terceiros; e iv) aplicabilidade antes, durante e após a relação contratual (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 97-106). No tocante à possibilidade de violação da boa-fé objetiva na fase de execução das obrigações assumidas pelos contratantes ou, ainda, nas fases pré ou pós-contratual, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 379 e segs.

39 V. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 523.

40 Nesse sentido, a criticar a classificação abstrata dos deveres atribuídos às partes, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial, op. cit., p. 6.

a perfeita realização da causa contratual concreta⁴¹ – ou, em palavras mais breves, o pleno adimplemento contratual.⁴² Tais deveres assumem tamanha relevância no renovado panorama das relações obrigacionais que se chega a afirmar que o cerne da boa-fé objetiva consiste na exigência de cooperação mútua entre todos os envolvidos.⁴³

Por sua vez, o dever de informação, verdadeiro gênero que talvez fosse melhor representado pela expressão plural *deveres informativos*, comporta os deveres de avisar, de esclarecer e de aconselhar.⁴⁴ Seja qual for a denominação atribuída à manifestação concreta do dever de informação, o fato é que da cláusula geral de boa-fé objetiva decorre a necessidade de oportunização, a todos os envolvidos, do conhecimento das informações relevantes ao desenvolvimento e deslinde de uma dada

41 O tormentoso problema da causa contratual não comportaria maior desenvolvimento nesta sede. De fato, trata-se de conceito multifacetado, sobretudo porque, conforme destaca Maria Celina BODIN DE MORAES, a causa “[...]” cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável” (A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out./dez. 2013. p. 12). Parte-se, por isso, da constatação de que o ponto de consenso da doutrina acerca da causa é o de que se trata de noção correspondente ao perfil funcional do negócio (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 96). Particularmente sobre a noção de causa concreta, faz-se remissão à lição de Carlos Nelson KONDER, segundo o qual se trata “[...]” da função que aquele contrato específico visa a realizar – seu ‘perfil funcional’ – e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a dita função social do contrato. A causa do contrato, em consequência, é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação. [...]” A síntese destes efeitos essenciais em concreto é que deverá ser objeto de avaliação pelo ordenamento, para aferir se compatíveis com os referidos preceitos gerais do ordenamento” (Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, jul./set. 2010. p. 74).

42 Nesse sentido, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 523-524; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 112-113.

43 “No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com considerações dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual, op. cit., p. 227).

44 Judith MARTINS-COSTA esclarece a polissemia da expressão *deveres informativos*: “A polimorfia atine também à extensão, pois sob a rubrica ‘deveres informativos’ são incluídos deveres de informar, de avisar, de esclarecer e o de aconselhar. Há, pois, um sentido lato e um sentido estrito da expressão ‘deveres informativos’. No sentido lato, abrange informar, avisar, revelar, esclarecer e aconselhar. No sentido estrito abarca a informação, *tout court*” (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 527).

relação obrigacional.⁴⁵ A menção à *relevância* das informações faz-se de sensível destaque, no que tange ao objeto precípua do presente estudo, uma vez que nem toda omissão ou má prestação de informação será suficiente à caracterização de inadimplemento contratual.⁴⁶

Em razão da diversidade ínsita às espécies de relações em que podem se manifestar, os deveres informativos apresentam variados graus de incidência. Com efeito, maior será a exigência de informação a ser prestada pelos contratantes quanto maior for a assimetria entre os mesmos.⁴⁷ Percebe-se que a boa-fé objetiva tem o condão de atuar, neste ponto, como valioso instrumento de correção de iniquidades informacionais tão comuns nas relações contemporâneas – marcadamente, reconheça-se, nas relações de consumo.⁴⁸

Ao lado dos deveres anexos, situam-se os deveres de proteção, cuja finalidade precípua consiste em evitar a ocorrência de prejuízos no desenvolvimento da relação obrigacional.⁴⁹ Entre os deveres de proteção, destacam-se os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, os deveres de omissão e de segredo e os deveres referentes ao resguardo da esfera jurídica de todos os potencialmente atingidos pelo contrato.⁵⁰

Eventuais semelhanças desses deveres com aqueles ditos anexos não chegam a ser de se estranhar. Isso porque, como já mencionado, a distinção entre deveres anexos e deveres de proteção parece ser muito mais

45 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 115.

46 Imbuída de semelhante preocupação, Judith MARTINS-COSTA elenca cinco critérios gerais auxiliares à concreção do dever de informação: i) impossibilidade de o lesado ter aceso, razoavelmente, à informação; ii) pertinência da informação faltante; iii) aferição *in concreto* da intensidade do dever de informação; iv) inexistência de um “dever de não-confiar”; v) oportunização de consentimento informado (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 540-542).

47 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 536.

48 Sobre as dificuldades de categorização da vulnerabilidade ínsita às relações de consumo, inclusive no que tange à assimetria informacional, cf. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, maio/jun. 2015, item 7.

49 Jorge Cesa Ferreira da SILVA relata algumas críticas direcionadas aos deveres de proteção: “No âmbito intra-obrigacional, como assinalado, consubstanciam os deveres laterais que maior independência apresentam dos deveres de prestação. Por isso, são também os que mais conhecem contestações quanto a sua alocação obrigacional ou, mais especificamente, contratual. Concorre para isso o fato de esses deveres não se limitarem à proteção exclusiva das partes, o que parece chocar-se com o princípio da relatividade dos pactos” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 110-111).

50 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 546.

quantitativa do que qualitativa, não sendo recomendável a enunciação, em tom apriorístico, de categorias estanques de deveres oriundos da boa-fé objetiva. A possível utilidade da classificação talvez consista, portanto, não na identificação de categorias incomunicáveis de deveres laterais de conduta, mas sim na circunstância de se conclamar o intérprete-aplicador do direito a perquirir, em todo e qualquer caso, a relevância de certas condutas para a promoção da causa contratual em concreto.

A título de ilustração do que poderia ser considerado descumprimento de deveres laterais de conduta, vale imaginar a situação em que, no bojo de um contrato de compra e venda a prazo, o vendedor deixa de prestar informações ao comprador sobre as dificuldades logísticas inerentes ao produto alienado que este virá a ter se optar por buscar a mercadoria por via rodoviária. Pense-se, ainda, na situação em que o vendedor entrega a coisa no tempo e lugar devidos, mas viola o dever anexo de sigilo ao revelar uma estratégia de distribuição do produto concebida pelo comprador para seus concorrentes. A despeito da dificuldade em se enunciarem exemplos teóricos desacompanhados das concretas circunstâncias negociais, sobretudo no presente tema, em ambas as hipóteses aludidas parecer ser possível reconhecer uma violação da boa-fé objetiva, na medida em que o devedor cumpriu sua prestação principal (entrega da coisa), mas ignorou deveres imprescindíveis ao perfeito desenrolar da relação contratual.

Sem embargo das inúmeras dificuldades atinentes à conceituação e à classificação dos deveres laterais de conduta, o objeto precípuo do presente estudo é a análise da consequência, no direito brasileiro, do seu descumprimento. De uma parte, sustenta-se a configuração de inadimplemento contratual, tal como sói decorrer do descumprimento de obrigações contratuais em geral. De outra parte, porém, pugna-se pelo reconhecimento da violação positiva do contrato, doutrina de origem tedesca que encontraria acolhida no direito pátrio em razão de suposta incompletude na disciplina do inadimplemento contratual.

2 A DOCTRINA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Desde a positivação da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, o descumprimento dos deveres laterais de conduta muitas vezes é associado à doutrina da violação positiva do contrato,⁵¹ cujo

51 Vale mencionar que a expressão *violação positiva do contrato* sofre objeções terminológicas as mais diversas: “Nesse particular, tem-se criticado a expressão ‘violação positiva do contrato’ ao argumento de que o adjetivo ‘positiva’ negaria relevância à conduta omissiva do devedor. Afirma-se, além disso, que a violação positiva, consoante a própria fórmula de Staub, poderia ser aplicada também a outras

desenvolvimento dogmático está intimamente relacionado às peculiaridades do sistema jurídico alemão, que lhe serviu de berço. A referida doutrina decorre, em realidade, da construção de Hermann Staub intencionada a suprir uma lacuna do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*– BGB).⁵²

Ao analisar a disciplina do BGB na seara do cumprimento das obrigações, o autor concluiu que o legislador alemão apenas regulava expressamente a impossibilidade superveniente da prestação (§280) e a obrigação de indenizar pelos prejuízos decorrentes da mora (§286). Tal regime acabou sendo modificado com a reforma promovida pelo legislador alemão sobre o direito das obrigações em 2002.⁵³ Originalmente, porém, o BGB não continha previsão específica para as hipóteses em que o descumprimento do contrato se desse de forma positiva,⁵⁴ isto é, a despeito de ter ocorrido prestação tempestiva por parte do devedor, pois neste caso

relações obrigacionais fundadas em negócios jurídicos unilaterais, e não contratos, daí decorrendo tentativas variadas de oferecer expressões alternativas, dentre as quais tem merecido destaque a 'violação positiva do crédito' (*positive Forderungsverletzung*)" (SCHREIBER, Anderson. A triplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108, nota de rodapé n. 45). Ainda em matéria de crítica à terminologia adotada na matéria, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* – Resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p. 125. Sem embargo da razão contida nas objeções terminológicas, a consagração pelo uso justifica que se mantenha a referência à *violação positiva do contrato*.

52 A tese encontra-se desenvolvida em STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 39. Para uma síntese da tese de Staub, v. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 594 e segs.; KONDER, Carlos Nelson. *Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição*, op. cit., p. 225; e SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008. p. 152.

53 A chamada "prestação deficiente" passou a ser reconhecida pelo §281, I do BGB, bem como o descumprimento de deveres auxiliares restou disciplinado pelos §§280, III e 282 do BGB, como relata ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations*. In: BONELL, M. G. (diretto da). *Saggi, conferenze e seminari*, vol. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002. p. 21-22.

54 Jorge Cesa Ferreira da SILVA relata alguns exemplos fornecidos por Staub para demonstrar hipóteses de violação positiva do contrato: "O primeiro é o do fabricante e vendedor de material brilhante que vende o produto para um comerciante. O material continha composto explosivo, mas tal característica não é informada ao adquirente. Em face disso, o material explode na loja do comprador, produzindo vários danos. O segundo caso é o da empresa que presta à outra errônea informação sobre a solvibilidade de um de seus mais conhecidos clientes, provocando-lhe danos. Em ambos os casos, o interesse envolvido não se relacionava aos diretos fins do contrato, mas à proteção do patrimônio da outra parte" (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 221).

não se fazia possível a subsunção nem à impossibilidade absoluta nem à mora (entendida como o não cumprimento no tempo devido).⁵⁵

Diante da lacuna por ele identificada no BGB, Staub propôs a aplicação analógica do regime da mora (§ 326)⁵⁶ aos casos de prestação deficiente, argumentando que mesmo uma conduta positiva (prestação realizada no tempo devido) poderia ensejar a obrigação de ressarcir danos quando desrespeitadora de deveres laterais de conduta.⁵⁷ Nasceu, assim, a doutrina da violação positiva do contrato, cujo grande mérito parece ter sido o de apresentar uma resposta minimamente satisfatória a uma questão que se mostrava particularmente tormentosa em um sistema fechado de responsabilidade civil como o tedesco.

A construção de Staub não passou imune a críticas no âmbito do direito alemão. Com efeito, emergiram objeções as mais variadas à doutrina da violação positiva do contrato, desde a alegação de falta de unidade no tratamento proposto por Staub até a tese de ausência da suposta lacuna subjacente a todo o seu raciocínio.⁵⁸ Destacou-se, nesse contexto, a crítica formulada por Heinrich Stoll,⁵⁹ segundo o qual toda obrigação comportaria interesses de prestação e interesses de proteção, cuja violação poderia

55 Hermann STAUB sintetiza a sua preocupação em sistematizar as denominadas *violações positivas do contrato* (*die positiven Vertragsverletzungen*): “Segundo o §286 do BGB, o devedor deve ressarcir ao credor o dano causado pelo atraso. Está, então, em mora quem não cumpre uma prestação à qual está obrigado. Pôde-se, assim, prever, de modo claro e suficiente, todos os casos em que alguém não cumpre uma prestação omitindo aquilo que deveria fazer. O BGB não contém, todavia, uma análoga disposição para as numerosas hipóteses em que alguém viola uma obrigação mediante conduta positiva, fazendo alguma coisa que deveria omitir, ou executando a prestação devida, mas de modo inexacto” (*Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 39. Tradução livre da versão italiana).

56 STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*, op. cit., p. 55.

57 KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 226; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 107.

58 As principais críticas direcionadas à formulação de Hermann Staub são sintetizadas por Antônio Menezes CORDEIRO: “Censurou-se, assim, que, à designação unitária de violação do contrato se abrigavam, na realidade, fenômenos diferentes. A diversidade foi-se ampliando à medida que as investigações posteriores, impulsionadas pelas necessidades práticas, foram multiplicando as modalidades iniciais. [...] Outra crítica de relevo consistiu em negar a presença de uma lacuna, o que estava na origem de toda a construção subsequente: as várias realidades unificadas por Staub e seus seguidores reconduzir-se-iam a diversas disposições legais do BGB” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 596-597).

59 A crítica foi originalmente desenvolvida em STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Bd., 1932. p. 257-320. Como se nota, o título adotado pelo autor (“Despedida da doutrina da violação positiva do contrato”, em tradução livre) não deixa dúvida quanto à sua oposição direta à doutrina desenvolvida por Hermann Staub.

ensajar a configuração de mora ou de inadimplemento absoluto, sem que fosse necessário recorrer à categoria da violação positiva do contrato.⁶⁰

Sem embargo das críticas já formuladas no âmbito do próprio direito alemão – muitas das quais inspiraram a reforma da disciplina das obrigações no BGB no início deste século –,⁶¹ a doutrina da violação positiva do contrato tem recebido considerável acolhida no Brasil e alhures.⁶² Entre os principais argumentos que justificariam a adoção da referida doutrina no direito brasileiro, dois merecem especial destaque, ambos consistentes em se afirmar que a violação positiva serviria a colmatar a lacuna supostamente existente no conceito de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil. Argumenta-se, em primeiro lugar, que a menção ao “tempo, lugar e forma” não abrangeria o *modo* de cumprimento das obrigações, de modo que restariam não reguladas as hipóteses de cumprimento imperfeito das obrigações.⁶³

Ao lado da questão atinente ao *modo* de cumprimento das obrigações, afirma-se que o conceito legal de mora padeceria, ainda, de lacuna no tocante aos interesses de proteção. Partindo da distinção supramencionada entre interesses de prestação e de proteção, sustenta-se que a disciplina legal da mora se restringiria aos deveres imediatamente vinculados aos interesses de prestação, razão pela qual a doutrina da violação positiva do contrato apresentaria especial utilidade para a tutela dos deveres mais diretamente relacionados aos interesses de proteção.⁶⁴ Na sequência do

60 Para um relato detido acerca da construção teórica de Heinrich Stoll, um dos principais opositores à proposição de Hermann Staub, v. CORDEIRO, Antônio Menezes *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 586 e segs.

61 Pertinente, neste ponto, o relato de Aline TERRA: “Em 01.01.2002, entrou em vigor uma das mais profundas reformas do BGB desde sua sanção, a remodelar grande parte do direito das obrigações. [...] A reforma introduziu, ainda, a possibilidade legal de resolução do contrato diante do não cumprimento adequado da prestação pelo devedor, a abarcar, a um só tempo, os casos de infração de deveres acessórios que diretamente tenham relação com a prestação principal, bem como as situações em que o devedor infrinja deveres acessórios não vinculados à prestação principal em si mesma considerada” (A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, set./out. 2015. p. 8-9). Para uma análise mais detida da reforma, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations*, op. cit., p. 21 e ss.

62 Ilustrativamente, parte da doutrina de Portugal pugna pelo reconhecimento da doutrina da violação positiva do contrato. V., entre outros, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 602.

63 Assim se manifesta AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 126.

64 Nesse sentido, Gustavo HAICAL afirma: “Conforme se constata, a figura da violação positiva do crédito restringe-se somente aos deveres de proteção não ligados de modo direto aos deveres de prestação. Assim, não se pode sustentar a violação positiva do crédito quando se tratar do descumprimento de

raciocínio, afirma-se que a distinção entre interesses de prestação e de proteção justifica que a violação positiva do contrato (entendida como o descumprimento de deveres de proteção) apenas possa suscitar a indenização pelas perdas e danos, mas não a resolução do contrato, em razão de não estar em jogo a tutela imediata dos interesses de prestação.⁶⁵

De fato, interpretação tendencialmente mais literal e restritiva do art. 394 do Código Civil levaria às conclusões que se acaba de expor. Parece mais adequado, porém, reconhecer que referida linha de raciocínio findaria por reduzir os potenciais efeitos da noção contemporânea de obrigação e da cláusula geral de boa-fé objetiva sobre a disciplina do inadimplemento contratual. Constata-se, com efeito, não haver qualquer razão aparente no sistema que justifique a interpretação do art. 394 do Código Civil de modo a reduzi-lo à tutela dos denominados *interesses de prestação*. O inadimplemento relativo no direito civil brasileiro constitui categoria suficientemente ampla a englobar tanto os interesses de prestação quanto os interesses de proteção.

Tal como se pôde expor acima, não se justifica sequer a distinção rígida e estanque entre tais espécies de interesses e, tampouco, o subsequente tratamento apartado entre a violação a deveres anexos (ou “deveres de prestação”) e a violação a deveres de proteção. Isso porque ambos se relacionam, imediata ou mediatamente, às obrigações contratuais principais e secundárias. Parece mais adequado, portanto, reconhecer que a configuração do inadimplemento contratual dependerá sempre e necessariamente da demonstração de violação à causa (concreta) do contrato em análise.⁶⁶ Afasta-se, assim, a enunciação apriorística de que a frustração dos interesses de proteção não poderia deflagrar o direito à resolução

deveres ou primários, ou secundários, ou laterais, os quais formem o interesse de prestação do credor. Em ocorrendo essas hipóteses, pode-se afirmar a existência ou do inadimplemento absoluto ou do inadimplemento relativo.” (O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., pp. 57-58). Idêntica conclusão é alcançada por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 691.

65 Assim conclui Judith MARTINS-COSTA: “Abrangendo a figura da violação positiva do crédito tão somente o descumprimento de dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, inserto em interesse de proteção (e que, portanto, tem vinculação apenas mediata com o dever de prestação), o incumprimento gera direito às perdas e danos, e não à resolução, não tendo a violação positiva do crédito, de regra, a virtualidade de gerar o nascimento do direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 691)”. No mesmo sentido, v. HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 58.

66 Para uma análise mais detida da configuração do inadimplemento contratual segundo uma perspectiva funcional, remete-se ao item 4 deste estudo.

contratual e se consolida, ao revés, a imprescindibilidade da análise da causa em concreto para a configuração do inadimplemento contratual.

Todo o exposto parece levar a crer que o conceito amplo de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil permite a configuração do inadimplemento relativo não apenas diante do atraso culposo,⁶⁷ mas igualmente nas hipóteses de violação a deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. O limite da mencionada amplitude do conceito legal de mora coincidirá com a subsistência do interesse útil do credor, critério consagrado no sistema brasileiro para a distinção entre o inadimplemento relativo e o absoluto. Em suma, justamente em decorrência da adoção do aludido conceito amplo de mora parece não se justificar o acolhimento da doutrina da violação positiva do contrato no direito brasileiro.⁶⁸

Se tais considerações são verdadeiras, como parecem, não subsiste hipótese de cumprimento *imperfeito* no direito brasileiro que já não esteja abarcada pelo conceito amplo de inadimplemento do Código Civil, a afastar a necessidade da adoção da doutrina da violação positiva do contrato.⁶⁹ Com

67 Assim entendia Agostinho ALVIM ainda sob a égide do Código Civil de 1916, cujo art. 955 continha previsão semelhante à do atual art. 394: “[...] é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955 CC)” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Universitária, 1965. p. 29). Não se trata, porém, de entendimento unânime. Jorge Cesa Ferreira da SILVA, por exemplo, sustenta: “Apesar dos termos da definição legal, a mora no direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao tempo da prestação” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 146). Ainda a sustentar conceito restrito de mora, v. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014, pp. 153 e ss. Parece mais adequado, diversamente, entender que não se deve confundir o elemento “demora” como um dos pressupostos da mora com um equivocado *status* de único elemento caracterizador do inadimplemento relativo, como elucida TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 103-104.

68 FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

69 Ainda no que tange à controvérsia sobre a aplicabilidade da violação positiva no direito brasileiro, seus defensores alegam que “seria absolutamente contra a boa-fé” que o devedor que efetuasse sua prestação de modo imperfeito, mas antes do prazo de vencimento, respondesse pelo fortuito nos casos de perecimento da coisa, conforme determina o art. 399 do Código Civil. Assim, por exemplo, se um vendedor de automóveis, entregando o veículo ao comprador, não lhe entrega o manual do sistema de som do carro (conforme prometido na contratação), haveria inadimplemento, mas o fato de ainda ser possível realizar a prestação posteriormente impediria a responsabilidade pelo fortuito, como imperativo da boa-fé (são os argumentos, por exemplo, de Jorge Cesa Ferreira da SILVA. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 161). A tais argumentos responde Aline de Miranda Valverde TERRA: “A ponderação do autor é de todo procedente. De fato, não parece razoável atribuir ao vendedor os riscos da impossibilidade da prestação por estar em mora em relação à entrega do manual do equipamento de som do veículo. Entretanto, para se explicar a exceção à aplicação da regra do art. 399, não se faz necessário

efeito, ao lado das obrigações contratuais principais e secundárias, também o descumprimento de deveres laterais de conduta deve ser enquadrado, no direito brasileiro, no âmbito da disciplina geral do inadimplemento contratual, como se passa a expor na sequência.

3 A RENOVADA CONFIGURAÇÃO DO (IN)ADIMPLEMENTO CONTRATUAL

O inadimplemento contratual, tal como concebido e regulado pelo direito brasileiro, abrange as hipóteses de descumprimento de deveres laterais de conduta que vieram a originar a doutrina tedesca da violação positiva do contrato. Percebe-se, com efeito, que as aparentes lacunas do BGB que impulsionaram o desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato não se verificam no Código Civil brasileiro.⁷⁰ Tal conclusão decorre, fundamentalmente, de duas constatações. Em primeiro lugar, o conceito de mora adotado pelo legislador brasileiro (CC, art. 394) expressamente abrange, além do tempo, o lugar e a forma devidos. Diante disso, as situações que, no direito alemão, poderiam vir a configurar violação positiva do contrato, no direito pátrio não traduzem mais do que o cumprimento imperfeito da obrigação, suscetível de caracterizar o inadimplemento absoluto ou relativo – conforme pereça ou subsista o interesse útil do credor.⁷¹

Em segundo lugar, não bastasse o referido conceito amplo de mora adotado pelo codificador brasileiro, o enquadramento dogmático dos deveres laterais de conduta na disciplina geral do inadimplemento decorre da releitura funcional que se tem conferido à matéria na civilística contemporânea. De fato, a ascensão da análise funcional reclama do intérprete-aplicador do direito, na seara contratual, o reconhecimento da complexidade obrigacional e, sobretudo, da finalidade ínsita a todas as situações jurídicas subjetivas eventualmente titularizadas pelos

lançar mão de uma terceira espécie de inadimplemento. A solução já existe no ordenamento brasileiro: embora esteja configurada a mora no adimplemento da prestação devida, a regra do art. 399 não incide sobre a hipótese formulada, porque a ela se aplica a teoria do adimplemento substancial” (*Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 113-114).

70 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 126.

71 Na tentativa de melhor compreender o critério distintivo entre o inadimplemento absoluto e o relativo, Anderson SCHREIBER afirma: “[...] o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato, que se constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que lhe é atribuída pela própria autonomia negocial)” (*A triplíce transformação do adimplemento*, cit., p. 107).

contratantes.⁷² Desse modo, não se pode reputar plenamente adimplido um contrato apenas com base na análise estrutural do cumprimento da obrigação contratual principal,⁷³ assim como não é possível afirmar o inadimplemento em hipótese na qual o descumprimento de alguma dessas obrigações não tenha acarretado qualquer prejuízo à satisfação do interesse útil do credor.⁷⁴

A análise funcional do adimplemento reclama, em suma, a promoção da causa contratual concreta.⁷⁵ Com efeito, superadas as concepções que restringiam a análise do cumprimento da obrigação à satisfação do interesse psicológico do credor,⁷⁶ bem como as proposições que findavam por reduzir o inadimplemento à noção de impossibilidade da prestação,⁷⁷ deve-se

72 “A perspectiva funcional significa reconhecer que a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza: o adimplemento. Todos os direitos, subjetivos e potestativos, ônus e deveres, poderes e faculdades, toda a situação jurídica complexa têm existência temporária orientada a atingir um fim objetivamente considerado, que deve concretizar-se em um conjunto de interesses merecedor de tutela” (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 222). Em que pese a diversidade de conclusão no tocante à qualificação do descumprimento dos deveres laterais de conduta, faz-se de grande pertinência a lição de Hermann STAUB, a destacar a importância de promoção do que denominou *escopo contratual*: “Quem pratica atos positivos de inadimplemento, que comprometam o alcance do escopo do contrato, deve suportar que as consequências jurídicas dessa violação da obrigação sejam valoradas tal como aquelas violações de quem, com a própria conduta negativa, prejudica o alcance do escopo contratual mediante o atraso culpável da prestação devida” (*Le violazioni positive del contratto*, op. cit., p. 55-56. Tradução livre da versão italiana).

73 No sentido da superação da perspectiva meramente estrutural da obrigação, v. SILVA, op. cit., p. 65-66.

74 SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, op. cit., p. 109-110.

75 Nesse sentido, Anderson SCHREIBER identifica o adimplemento com o atendimento da função concreta do contrato: “[...] o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato [...]. Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor” (A tríplice transformação do adimplemento, op. cit., p. 107). O autor arremata: “É o atendimento a essa função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea” (Ibid., p. 108).

76 “Não se trata dos motivos ou desejos que, eventualmente, o animavam, mas da expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 133). Assim como não importam, em regra, os aspectos subjetivos do credor, afigura-se irrelevante, de outra parte, qualquer investigação sobre a recusa subjetiva do devedor ao cumprimento: “O elemento vocacional, - o devedor querer ou não querer pagar, o dolo contratual, traduzido pela relutância consciente em não cumprir o avençado, nada disso deve servir para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto. O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica, na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interesse” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 48).

77 A ilustrar tal posição, veja-se a lição de Agostinho ALVIM: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, op. cit., p. 15).

reconhecer que a noção de adimplemento sob uma perspectiva funcional remete, inexoravelmente, à causa negocial concreta,⁷⁸ compreendida em seu dúplice sentido de complexo dos interesses tangenciados pelo contrato e de síntese dos efeitos essenciais decorrentes de um dado regulamento contratual.⁷⁹

Configurar-se-á inadimplemento, portanto, quando restar violada a causa contratual em concreto,⁸⁰ não podendo a investigação do intérprete se limitar à análise estrutural do cumprimento ou descumprimento das obrigações principais e secundárias. Não adimple verdadeiramente o contrato a parte que, nada obstante respeite as obrigações contratuais expressas, atua em sentido manifestamente contrário ao resultado útil do contrato. Em suma, adimplir o contrato não se resume a cumprir prestações “principais”.⁸¹

No âmbito dessa releitura funcional do adimplemento contratual, adquirem especial relevo os deveres laterais de conduta. Integrados ao

78 A destacar a relevância da análise da causa contratual concreta, v. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., pp. 107-108.

79 Assim conclui Eduardo Nunes de SOUZA: “Apenas nessa perspectiva, em aparente paronímia dogmática, poder-se-ia dizer que o termo *causa* atende a, pelo menos, dois conceitos distintos, funcionando como chave de acesso, tanto à síntese dos interesses tangenciados pelo negócio, quanto à sua mínima unidade de efeitos – afinal, são estes os fatores que se revelam quando se analisa dinamicamente um ato de autonomia privada. Contudo, no âmbito (anterior) de uma epistemologia da hermenêutica jurídica (da qual a causa, agora sim, constitui objeto de estudo), a suposta dicotomia conceitual se dissolve: aqui, a causa pode ser compreendida simplesmente como a representação dinâmica do negócio jurídico, em superação da visão exclusivamente estruturalista” (Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr. 2013. p. 84).

80 Maria Celina BODIN DE MORAES demonstra a complementariedade entre função negocial abstrata e concreta: da primeira “[...] se extrai o conteúdo mínimo do negócio, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode, em concreto – ainda que assim se tenha idealizado –, ter aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. [...] Já a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criado pelas partes, e não se pode, *a priori*, estabelecer, naquele particular negócio, quais efeitos são essenciais e quais não o são. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual, porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato” (A causa dos contratos, cit., p. 13).

81 Semelhante conclusão é alcançada por Aline de Miranda Valverde TERRA: “A ampliação do conceito de adimplemento, diante dos deveres de conduta impostos ao devedor, implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Vale dizer, se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação e/ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a não realização da *prestação devida*, e não apenas o descumprimento da prestação principal” (Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial, cit., p. 6).

regulamento negocial por imposição da cláusula geral de boa-fé objetiva,⁸² tais deveres visam à promoção de certos interesses (de prestação e de proteção)⁸³ que, ao fim e ao cabo, incorporam o complexo de interesses e a síntese de efeitos essenciais de que se constitui a causa contratual.⁸⁴ Desse modo, o descumprimento dos deveres laterais de conduta, por influenciar a promoção da causa em concreto, tem o condão de deflagrar a caracterização de inadimplemento contratual.⁸⁵

Todo o exposto repercute, ainda, sobre o próprio critério distintivo entre o inadimplemento contratual absoluto e o relativo. O *interesse útil do credor*,⁸⁶ de longa data apontado como a medida exata da distinção,⁸⁷ recebe os influxos da releitura funcional do adimplemento e passa a coincidir com a noção de causa.⁸⁸ Tem-se, em consequência, que a satisfação do interesse útil do credor (*rectius*: de qualquer dos titulares de situações jurídicas subjetivas afetas ao contrato) corresponde à promoção dos interesses merecedores de tutela e à concretização dos efeitos essenciais contidos no concreto regulamento contratual.⁸⁹

82 Pertinente, no ponto, a síntese de Stefano RODOTÀ sobre o fenômeno da heterointegração dos contratos: “De fato, com a heterointegração [...] se alude a formas de intervenção sobre o contrato que vão além do amplo desenvolvimento da lógica da declaração e que, portanto, se acrescentam à atividade das partes na construção do definitivo regulamento contratual” (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1969. p. 9. Tradução livre do original). Em sentido semelhante, v. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014. p. 71.

83 No item anterior deste estudo, teve-se a oportunidade de analisar criticamente a utilidade da classificação que aparta os interesses de prestação dos interesses de proteção, bem como os cognatos deveres laterais de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção).

84 SOUZA, Eduardo Nunes de. *Função negocial e função social do contrato*, op. cit., p. 84.

85 HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, op. cit. p. 64.

86 A adoção do critério do interesse útil do credor encontra fundamento positivo mais imediato no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, *verbis*: “Art. 395. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

87 V., por todos, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 132; FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 83-84.

88 Pode soar, à primeira vista, que a distinção entre inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo ostenta certo caráter estrutural, vez que pautada na subsistência ou não do interesse útil do credor. Nada obstante, somente uma análise funcional permitirá afirmar, à luz da causa do contrato e dos interesses concretamente envolvidos, se o não cumprimento por parte do devedor teve o condão de acarretar a definitiva perda de interesse útil do credor. Em suma, embora a adoção do interesse útil do credor como critério distintivo entre as espécies de inadimplemento aparente traduzir resquício do estruturalismo no direito civil pátrio, não se pode prescindir da análise funcional da relação obrigacional para a configuração da própria noção de *interesse útil* – a coincidir com a preservação da função originária da relação contratual concretamente estabelecida.

89 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e violação positiva do contrato*, op. cit., p. 69.

Diante de tais constatações, pode-se concluir que a resolução do contrato, ao contrário do que sugere a literalidade do art. 475 do Código Civil, não constitui medida sujeita ao puro arbítrio do lesado. Afirma-se que a resolução deve ser encarada, ao revés, como medida extrema na disciplina contratual, sob pena de desvirtuamento da seriedade do vínculo obrigacional em prol de um subjetivismo injustificável.⁹⁰ Neste ponto, cumpre advertir que a encontradiza afirmação de que a resolução constitui medida extrema (ou subsidiária)⁹¹ em relação à execução específica pode gerar mais dúvidas do que esclarecimentos, por gerar a equivocada impressão de que tais medidas poderiam vir a estar simultaneamente postas à disposição do vitimado pelo inadimplemento.⁹²

Com efeito, uma conclusão nesse sentido não se sustentaria logicamente, diante das premissas ora analisadas. Isso porque as medidas em comento (resolução e execução específica) não podem ser postas alternativamente à disposição do lesado, em decorrência da constatação basilar acerca da impossibilidade de verificação simultânea do inadimplemento absoluto e da mora (inadimplemento relativo). Reconhecido que ambas as espécies de inadimplemento se distinguem fundamentalmente com base na subsistência ou não do interesse útil do credor, não parece possível admitir a atribuição simultânea este, em caráter alternativo, das pretensões de resolução e de execução específica da obrigação.⁹³

90 Nesse sentido, v., entre outros, FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 119.

91 “Não se deve, porém, dizer, como regra geral e absoluta, que a prestação devida e não cumprida se transforma nas perdas e danos, porque às vezes assim se passa, mas outras vezes as duas sobrevivem – a *res debita* e as perdas e danos – sem que em uma se sub-roguem as outras. É claro que a *sub rogatio* é satisfação subsidiária do credor” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II. 24. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 307).

92 Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR sintetiza: “O exercício do direito formativo extintivo não é ‘subsidiário’ da pretensão e da ação de execução da obrigação” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 52).

93 Gabriel Rocha FURTADO identifica abusividade no exercício da pretensão resolutória quando não restar definitivamente afetada a causa contratual em concreto: “[...] em uma leitura que englobe a noção de função negocial, entende-se que enquanto a prestação ainda for útil ao credor, por realizável o fim do contrato, o pleito de resolução contratual com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil deve ser tido por abusivo, por exceder os limites impostos pela função negocial” (*Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 58). Sem embargo da concordância quanto à adoção de perspectiva funcional para a compreensão da problemática, parece desnecessário o recurso ao controle valorativo do abuso do direito nas hipóteses de subsistência do interesse útil do credor. Isso porque, em realidade, sempre que subsistir o aludido *interesse útil* (necessariamente configurado à luz da causa contratual em concreto), não se estará diante de inadimplemento absoluto e, portanto, sequer se cogitará de *direito* à resolução contratual. Não faria sentido, em suma, cogitar da abusividade do exercício de um direito que sequer é reconhecido, nessa hipótese, pelo ordenamento jurídico, vez que somente se confere ao credor o direito à resolução contratual quando restar comprovado o abalo irreversível da causa contratual em concreto – ou, na linguagem do legislador brasileiro, a perda do interesse útil do credor.

Em realidade, enquanto subsistir o interesse útil do credor, estar-se-á diante de inadimplemento relativo e caberão, conforme cada caso, as técnicas de execução específica da obrigação; por outro lado, quando se verificar a perda do interesse útil do credor (correspondente ao descumprimento que afete a causa contratual em concreto), restará configurado o inadimplemento absoluto e assistirá ao credor a faculdade de pleitear a resolução do contrato.⁹⁴ A questão se resume, com efeito, a uma problemática de qualificação do inadimplemento – se absoluto, a justificar a resolução, ou se relativo, a possibilitar a execução específica.⁹⁵

As premissas ora assentadas permitem delimitar, ainda, o objeto da restituição que opera em decorrência da resolução por inadimplemento contratual. Como se sabe, a resolução contratual tem por efeito, entre outros, o retorno das partes ao estado em que estariam caso não houvesse ocorrido o inadimplemento. A dúvida que se coloca diz respeito, então, à definição da pretensão que pode ser pleiteada pelo contratante lesado pelo inadimplemento, de modo a definir se o lesado deve ser conduzido à situação em que estaria caso não houvesse celebrado contrato, ou se àquela em que estaria caso o contrato fosse regularmente celebrado e adimplido.⁹⁶ De uma parte, cogita-se da indenização dos danos tendo por referência as vantagens que decorreriam do regular cumprimento do contrato; fala-se, aqui, em *interesse contratual positivo* (ou *interesse no cumprimento*).⁹⁷ De outra parte, vislumbra-se a restituição de todas as despesas suportadas com a contratação bem como a indenização dos danos decorrentes da

94 Nesse sentido, Anderson SCHREIBER afirma que a resolução do vínculo traduz medida extrema, a ser aplicada somente quando restar irreversivelmente afetada a função concreta do negócio jurídico (A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 115). O autor arremata: “Nesse contexto, o direito à resolução do contrato, laconicamente mencionado no art. 475 do Código Civil de 2002, perde a feição (que lhe vem normalmente atribuída) de uma alternativa ao arbítrio do credor para se converter em *ratio extrema*, cujo exercício pode ser obstado sempre que remédios menos nocivos estiverem ao alcance do seu titular. O poder de extinguir a relação obrigacional deve mesmo ser reservado ao inadimplemento que afete a função concreta do negócio celebrado, não bastando a simples irrealização da prestação principal, tomada em abstrato e sob o aspecto puramente estrutural” (Ibid., p. 116).

95 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro*, op. cit., p. 17.

96 Para uma análise detida da contraposição entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo, v. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vs. I-II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*; e LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernandez Rodríguez. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 89 e segs.

97 “O ‘interesse positivo’ – também conhecido como ‘interesse no cumprimento’ ou, ainda, por ‘dano positivo’ – é o que resulta, para o credor, o cumprimento exato do contrato. A indenização do interesse positivo destina-se, então, a colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido da maneira correta” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 126).

celebração do contrato;⁹⁸ fala-se, nesse caso, em *interesse contratual negativo* (ou *interesse de confiança*).⁹⁹

A dúvida quanto ao interesse tutelável parece colocar-se, em realidade, prioritariamente na seara da responsabilidade pré-contratual.¹⁰⁰ Com efeito, uma vez que o contrato (enquanto *ato*) não chega a se formalizar, afigura-se possível, em tese, tutelar a parte lesada de modo a reconduzi-la à situação em que estaria caso não realizadas despesas nas negociações (*interesse contratual negativo*) ou, diversamente, levá-la à situação em que deveria se encontrar caso o contrato fosse celebrado e regularmente adimplido (*interesse contratual positivo*).¹⁰¹ Ao contrário do que pode suceder na responsabilidade pré-contratual, na hipótese de resolução por inadimplemento contratual parece não haver espaço para o interesse contratual positivo.¹⁰² Isso porque

98 “O interesse negativo engloba, com efeito, o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse confiado que a manifestação de vontade do ofensor produziria o efeito que dela se esperava: o adimplemento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 211).

99 Karl LARENZ sustenta a limitação do interesse negativo à extensão do interesse contratual positivo: “Sem embargo, este dano – o chamado ‘interesse negativo’, o ‘dano derivado da confiança’ – somente é indenizável até onde chegue a extensão do interesse que o prejudicado tem na validade do contrato) o chamado interesse no cumprimento ou ‘positivo’” (*Derecho de obligaciones*, t. I, op. cit., p. 106. Tradução livre da versão espanhola). Em sentido diverso, Aline de Miranda Valverde TERRA afirma: “Cumprir ressaltar, ainda, que não há, no direito brasileiro, norma que impeça que a indenização pelo interesse negativo seja superior àquela pelo interesse positivo. O problema da existência e alcance das perdas e danos se liga diretamente à análise do nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato que o origina. Desde que demonstrado o dano em toda a sua extensão e o nexo causal direto e imediato, impõe-se a indenização” (*Cláusula resolutiva expressa*, op. cit., p. 214).

100 A elucidar que a seara onde mais propriamente se cogita do interesse contratual positivo é a responsabilidade pré-contratual – comumente referida por *culpa in contrahendo* –, v. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, cit., pp. 106-111. O autor chega a se referir ao instituto expressamente como “*responsabilidad por culpa antes y al celebrarse el contrato* (*culpa in contrahendo*)” (Ibid., p. 109).

101 Paulo Mota PINTO evidencia que a cogitação acerca do interesse contratual positivo, conquanto excepcional, deve se restringir à responsabilidade pré-contratual: “[...] entendemos que, em princípio, no caso de não conclusão ou de recusa de celebração do contrato, o comportamento que conduz à indenização é apenas a criação da confiança, e não a violação de qualquer dever de contratar ou a própria ruptura. A indenização corresponderá, pois em regra, ao interesse contratual negativo. [...] Só em casos assumidamente excepcionais, quando se possa afirmar a existência de um verdadeiro dever de conclusão do contrato – ou, de outra perspectiva, um direito a essa conclusão –, a obrigação de indenização de quem rompeu as negociações, recusando-se a essa conclusão, ou de quem se recusou a celebrar o contrato, poderá corresponder ao interesse positivo (na conclusão do contrato)” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. II, op. cit., p. 1.34-1.346).

102 Pertinente, no ponto, a lição de Gisela Sampaio da Cruz GUEDES: “Assim é que, quem demanda indenização pelo interesse contratual positivo não está, propriamente, a desistir do negócio jurídico válido, como ocorreria no caso de resolução. Reclama o credor, ao contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efetivo, que se tornou impossível ou não é mais de seu interesse, exija outro objeto,

a noção de *interesse no cumprimento* colide frontalmente com o pressuposto – indispensável à configuração do inadimplemento contratual absoluto – de *perda do interesse útil*.¹⁰³ Em suma, ou bem subsiste interesse útil e se está diante de inadimplemento relativo – a afastar a hipótese de resolução –, ou bem perdeu-se irreversivelmente o interesse útil do credor e resta configurado inadimplemento contratual absoluto.¹⁰⁴ Ao fim e ao cabo, a resolução por inadimplemento mostra-se compatível tão somente com a tutela do interesse contratual negativo, por atenção ao próprio critério distintivo do interesse útil que o direito brasileiro consagra para diferenciação das duas modalidades de inadimplemento contratual.¹⁰⁵

Reconhecida a noção contemporânea de adimplemento, sob uma perspectiva funcional que se revela ampla o suficiente para abarcar a cláusula geral de boa-fé objetiva, pode-se compreender, por fim, a já mencionada tendência a que se esvazie de utilidade, no direito brasileiro, a doutrina da violação positiva do contrato.¹⁰⁶ Parece não haver, enfim, razão prática ou metodológica que justifique a adoção daquilo que findaria por traduzir uma terceira categoria de inadimplemento.¹⁰⁷ A conclusão possivelmente haveria de ser diversa caso aventada sob a égide de um direito civil mais arraigado à lógica estruturalista – preocupada com a mera contraposição

subsidiária da prestação principal” (*Lucros cessantes*, cit., p. 127). A autora vai além e rejeita o critério do interesse positivo também em sede de responsabilidade pré-contratual (*Ibid.*, p. 139).

103 “De fato, se o credor optar pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do contrato” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 133-134).

104 Semelhante conclusão é alcançada por Aline de Miranda Valverde TERRA (*Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 212), embora a autora fundamente o raciocínio na circunstância de ser indevida a cumulação entre os interesses positivo e negativo – quando, em realidade, a regra geral deve ser a vedação geral a referida cumulação. Parece mais seguro, portanto, afastar a tutela do interesse positivo na hipótese de resolução por inadimplemento contratual diante da incompatibilidade desse interesse com o pressuposto de perda do interesse útil do credor – sem o qual sequer há de se cogitar de inadimplemento absoluto e resolução contratual.

105 “A indenização deve, então, atuar na mesma direção, e conduzir o credor à situação em que estaria se não tivesse concluído o contrato (interesse negativo)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 212). No mesmo sentido, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, op. cit., p. 138-141.

106 V., por todos, SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 109; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro, cit., *passim*; e SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*, cit., p. 80-82.

107 Em sentido contrário à conclusão ora exposta, a propor o reconhecimento da violação positiva do contrato como uma terceira categoria de inadimplemento, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 140; e STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual*, op. cit., p. 256.

entre crédito e débito –, hipótese da qual a civilística contemporânea se distancia a largos passos.¹⁰⁸

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Os influxos de uma análise funcional e da cláusula geral de boa-fé objetiva sobre o adimplemento contratual revelam que esta categoria apresenta amplitude vasta o suficiente para tornar despicinda a adoção, no âmbito do direito brasileiro, da doutrina da violação positiva do contrato. Nesse renovado panorama metodológico, o adimplemento contratual, associado à promoção da causa negocial concreta, assume contornos inexoravelmente integrados pelos deveres laterais de conduta. Sem embargo das classificações comumente dirigidas aos deveres atribuídos aos contratantes (como as que apartam as obrigações contratuais principais das secundárias, ou os deveres laterais de prestação dos de proteção), o fundamental é a investigação, em cada caso, da compatibilidade das condutas individuais com o complexo de interesses e a síntese de efeitos essenciais de que se constitui a causa contratual em concreto.

A tarefa é complexa e torna dispensáveis eventuais tentativas de delimitação apriorística dos contornos exatos dos deveres laterais de conduta, em particular, e da noção de adimplemento, em geral. Espera-se que o presente estudo, então, possa contribuir para a sistematização de critérios aptos a guiar o intérprete na aplicação da boa-fé objetiva, com vistas à elaboração de decisões passíveis de “um controle jurídico racional”, sem o qual “seremos condenados ao voluntarismo do intérprete e ao abuso judicial, tornando a boa-fé no seu oposto”.¹⁰⁹

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995. p. 20-27.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

108 A adoção do instituto da violação positiva do crédito faria sentido aos olhares da perspectiva tradicional do adimplemento, em que este se resume ao cumprimento da prestação principal. “Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional”, ensina Anderson SCHREIBER, “[...] na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente” (A tríplice transformação do inadimplemento, op. cit., p. 109).

109 NEGREIROS, op. cit., p. 253.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica. com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out./dez. 2013.

_____. *Notas sobre a promessa de doação*. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900, out. 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, abr./jun. 2012.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, jul./set. 2010.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 1, jan./abr. 2015.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, maio/jun. 2015.

LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernandez Rodríguez. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II. 24. ed. Atualizada. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- _____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. I-II. Coimbra: Coimbra, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1969.
- ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, abr./jun. 2012.

_____. Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, abr./jun. 2015.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr. 2013.

STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014.

STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Bd., 1932.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, set./out. 2015.

_____. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

_____. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/clausularesolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial/>>.

_____. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Pádua: CEDAM, 2013.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I. 10. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations. In: BONELL, M. G. (diretto da). *Saggi, conferenze e seminari*, v. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.