

Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil.

Rafael Peteffi da Silva, Coordenador do Curso de Direito da Unisul, professor de Direito Civil, Mestre em Direito pela UFRGS, Doutorando em Direito pela USP, advogado em Florianópolis.

Sumário:

Introdução

Parte I - Teoria do adimplemento

1. Evolução do conceito
2. A coerência entre o novo Código Civil e a moderna doutrina obrigacional.
3. Natureza jurídica do adimplemento.

Parte II- Modalidades de inadimplemento

1. Inadimplemento absoluto
 - 1.a) Impossibilidade
 - 1.a.1) Impossibilidade imputável ao devedor
 - 1.a.2) Impossibilidade imputável ao devedor
 1. Inadimplemento relativo
 - 2.a) Mora
 - 2.b) Impossibilidade relativa
 1. Do inadimplemento absoluto ao relativo - critérios e efeitos jurídicos
 4. Violação positiva do contrato

INTRODUÇÃO

A doutrina que versa sobre o tema do presente trabalho, bem como os textos legislativos de diversos países, utilizam-se de expressões distintas ao

mencionar o momento no qual se dá a extinção do vínculo obrigacional mediante a prestação do credor, culminando com a satisfação do interesse do credor.

Com efeito, encontramos as expressões adimplemento, cumprimento e pagamento. Empregaremos os três termos referidos como sinônimos, sem deixar de expressar a nossa preferência pelos dois primeiros, tendo em vista o significado restrito que o termo pagamento goza junto ao senso comum, capaz de gerar confusões terminológicas.¹

Porém, não são somente as expressões utilizadas para aludir ao objeto desse estudo que variam, mas a própria noção de adimplemento, concebido como a “atuação”² das obrigação - portanto inexoravelmente ligado a noção de vínculo e conteúdo obrigacional - observa mudanças muito significativa durante o desenvolvimento da dogmática jurídica no último século.

Podemos dizer que o contrato é a veste jurídica das operações econômicas³, pela qual as partes programam o futuro. Deste modo, a obrigação não tem um fim em si mesma, mas justifica-se pelo adimplemento e a conseqüente satisfação do interesse do credor (daí falar-se em programa obrigacional como programa de cumprimento).

A noção subjetiva do conteúdo obrigacional observada no direito romano e no período clássico encontrou a sua antítese nas doutrinas objetivas, capitaneadas pelos juristas germânicos. Atualmente, nota-se a

¹ Nesse sentido, Timm, Luciano, Da prestação de serviços, Porto Alegre, Editora Síntese, 1998, p.91; e Heredia e Castaño, José Beltran de, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 15

² Da Silva, João Calvão da, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Coimbra, Almedina, 1987, p. 69.

³ Roppo, Enzo, O contrato, Coimbra, Almedina, 1988, p.9

harmonização e a complementação das correntes aludidas, em uma fusão dos seus principais elementos.⁴

Essa nova visão caminha unida com os grandes princípios que regem a moderna teoria do adimplemento, a saber, princípio da pontualidade (corolário da autonomia da vontade) e o princípio da boa-fé objetiva⁵.

A aplicação desses dois princípios coaduna-se com os conceitos de relação obrigacional complexa e orgânica, polarizando o adimplemento para a satisfação objetiva do credor.⁶

Notaremos que o novo Código Civil contém, mormente na parte obrigacional, os princípios ordenadores capazes de respaldar e conferir estrutura positiva para o entendimento que a moderna doutrina já vinha expressando, mas que não encontrava acolhida tão flagrante no Código de 1916.

Além do moderno conceito de adimplemento cumpre analisarmos a sua natureza jurídica, visto que a doutrina não oferece opiniões uníssonas, navegando entre os conceitos “ponteanos” de ato-fato, ato jurídico e negócio jurídico.

Como complemento lógico dessa análise, trataremos do “outro lado da moeda” do adimplemento, ou seja, as modalidades de adimplemento, bem como as suas conseqüências jurídicas.

⁴ Da Silva, ob. cit., p. 77

⁵ Aguiar Jr., Ruy Rosado de. A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; resolução. Rio de Janeiro : Aide, 1991, p. 91; e Varela, João de matos Antunes, Das obrigações em geral vol. II, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1980 p. 7 e seguintes

⁶ Couto e Silva, Clóvis V. do, Obrigação como processo, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 5 e seguintes. e Almeida Costa, Mário Júlio de, Direito das Obrigações, 4ª edição, Coimbra Editora, 1984, p. 46

Restará evidente as mudanças ressaltadas pela doutrina em relação as modalidades de inadimplemento, ocasionadas pela evolução do conceito de obrigação e, obrigatoriamente, de adimplemento, tendo em vista que o adimplemento constitui-se em mais uma fase da relação obrigacional como um processo.⁷

PARTE I- TEORIA DO ADIMPLEMENTO

1) Evolução do conceito

De acordo como o exposto até o presente momento, temos que a adimplemento é a realização do conteúdo da obrigação. Assim, imperioso efetuarmos a análise do conceito de obrigação de acordo com a evolução doutrinária, para chegarmos à uma noção clara da completa significação do termo adimplemento.

A concepção romanística de vínculo obrigacional era bastante mais estreita que concepção aceita atualmente. Com efeito, os romanos enxergavam a obrigação como um poder do credor sobre a pessoa do devedor, aumentando de forma drástica a importância do fator responsabilidade em relação ao débito⁸. Somente após a Lex petelia papilia o patrimônio do devedor passou a responder de forma exclusiva pelas dívidas não pagas.⁹ Essa visão amplamente subjetiva do vínculo obrigacional fazia com que o adimplemento fosse considerado uma

⁷ Couto e Silva, ob. cit., p. 9

⁸ Betti, Emilio, Teoria General de las Obligaciones, Tomo I, Madri, Editoria Revista de Derecho Privado, 1969, p.346 e 357

⁹ Heredia e Castaño, ob. cit., p. 21

atividade de caráter pessoal, cuja essência era a qualificação do comportamento do devedor.¹⁰

No dizer de Betti,¹¹ a visão romana deixou de lado um dos elementos fundamentais da obrigação: o seu destino econômico social. Essa visão subjetiva continuou viva até a idade moderna, suportada pelas novas ideologias iluministas¹² e aparece positivada na maioria dos códigos latinos.¹³

Entretanto, alguns autores acreditam na antítese entre as idéias romanas de vínculo contratual e a os conceitos defendidos pela teoria contratual clássica dos oitocentos, pois afirmam a existência num conceito mais objetivo do conteúdo obrigacional em Roma.¹⁴

Mas, mudança por todos notada nos doutrinadores clássicos em relação à escola romana foi, com base na escolástica franciscana¹⁵, a

¹⁰ Timm, ob. cit., p. 95

¹¹ Betti, ob. cit., p.363

¹² Timm, ob. cit., p. 95

¹³ Heredia e Castaño, ob. cit., p. 22: “*Este sentido subjetivo del contenido de la obligación, según el cual el derecho de crédito sería solamente un derecho a la prestación, considerada como deber del deudor, es el predominante en los Códigos civiles de tipo latino, preocupados de cualificar el comportamiento del deudor, de exigir un tipo especial de diligencia durante la vida de la obligación y de reducir el concepto de culpabilidad (dolo y culpa) en materia de incumplimiento a los elementos puramente subjetivos y no a la simple falta del resultado de la prestación*”

¹⁴ Nesse sentido Martins Costa, Judith in Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileira, Ver. *Ajuris*, vol. 56, 1992, p. 57 Mas essa opinião não é unanime, além do já citado Heredia e Castaño, a professora Cláudia Lima Marques assim se manifesta: “*Segundo Puig Peña, o pactum ou conventio, no direito romano, significava um simples acordo que por si só não gerava uma actio, nem vínculo obrigacional, sendo necessário um plus (causa civilis) para se transformar em contractus: a forma especial, ou mais tarde, a execução por uma das partes. De outro lado, se Roma possuía um conceito mais objetivo de contrato e diferenciado do atual, isso não impede que alguns doutrinadores visualizem na relação de forças entre o disposto na lex e as instituições do ius (incluindo aqui os atos jurídicos) um conceito de **autonomia privada** bastante semelhante do atual, como espaço reservado para auto-determinação dos indivíduos.*” Marques, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.40.

¹⁵ Martins Costa, ob. cit. p. 60

importância capital que obteve um dos elementos formadores do vínculo: a autonomia da vontade.

Com efeito, por consequência da teoria do direito natural, baseado nas idéias de Kant; das teorias sociais, baseadas na noção de contrato social desenvolvida por Rosseau; das teorias econômicas e do liberalismo, a vontade do cidadão era tida como valor supremo do ordenamento jurídico, restando exemplarmente positivada no Código de Napoleão.¹⁶ Deste modo, vigia o famoso brocado: “qui dit contractuelle, dit juste”, ou seja, a simples expressão livre da vontade demonstrava a equidade intrínseca do pacto celebrado.¹⁷

Assim, acreditava-se que ao Estado não era lícito intervir na livre negociação das partes, já que todos os cidadãos estavam em igualdade de condições para negociar e regular seus interesses privados. Este paradigma ideológico e jurídico determinou uma configuração das teorias da fontes contratuais bastante restrita, ou seja, somente aquilo que advém da vontade das partes pode ser exigido, não comportando uma análise objetiva da obrigação com a respectiva análise do seu aspecto teleológico e social¹⁸. Não poderia o juiz considerar outros elementos que não estivessem expressos pela vontade das partes, sendo os únicos a constituírem o vínculo obrigacional.¹⁹

Como resposta à concepção clássica de conteúdo obrigacional, observou-se o surgimento das doutrinas objetivas. Essas doutrinas apresentavam uma visão diametralmente oposta do conceito clássico,

¹⁶ Marques, ob. cit., p. 43 e seguintes

¹⁷ Atiyah, P.S., an introduction to the Law of contract, fifth edition, Oxford, Clarendon Press, 1995, p.8: “it would, however, be wrong to conclude that the judges of this period were uninterested in justice: they thought that it was just to enforce contractual duties strictly according to the letter.”

¹⁸ Nesse sentido Atiyah, ob. cit. p. 8 e seguintes

¹⁹ Nesse sentido Couto e Silva, ob. cit., p.74

deslocando o eixo da relação obrigacional para a satisfação do interesse do credor. Destarte, o elemento decisivo para se considerar a ocorrência do adimplemento é patrimonial e não pessoal, ou seja, o conteúdo da obrigação é o bem devido e não o dever de prestar.²⁰

Hartman apresenta-se como um dos expoentes da corrente objetiva, classificando a obrigação como a relação de tensão que está orientada, como meio jurídico, a lograr uma finalidade. Deste modo, a prestação à que está obrigado o devedor tem o simples papel de meio que, apesar de normal, não é o único meio de realizar a referida finalidade. Assim, a corrente objetiva considera a prestação efetuada por terceiro, bem como a execução forçada, como espécies de adimplemento, pois verificada a realização do caráter puramente patrimonial da obrigação.²¹

Alguns autores mais extremistas chegaram a formular teorias que consideravam o credor como titular de um direito ao valor econômico da coisa devida²², ou que consideravam a relação obrigacional como uma relação entre dois patrimônios.²³

Deste modo, Heredia e Castaño afirma que a concepção objetiva continuou a conferir grande importância ao elemento responsabilidade, pois, o devedor “deve a prestação, mas, acima de tudo, responde se não a realiza; responde com seus bens. Este dever de prestação tem, portanto, uma importância subordinada.”²⁴ A coação posta a disposição do credor não se

²⁰ No dizer de Betti, quando fala da teoria objetiva “*Su objeto no es tanto la actitud de cooperación del deudor cuanto la prestación en sí misma, en su consistencia objetiva, aunque de posible cumplimiento por otro, considerada como idonea para conferir una típica utilidad de la vida de relación*” ob. cit., p.365

²¹ Betti, ob. cit., p.363

²² Nesse sentido Koppen, apud Betti, ob. cit. p.366

²³ Nesse sentido Polaco - obbligazioni, apud, Heredia e Castaño, ob. cit., p. 25

²⁴ Heredia e Castaño, ob. cit., p.26

destina ao cumprimento específico da obrigação, mas a realização do patrimônio do devedor.²⁵

Como evolução do conceito de adimplemento, observamos o surgimento da concepção contemporânea, a qual pode ser considerada como uma mescla das duas correntes expostas até o presente momento.²⁶

Destarte, atualmente considera-se o adimplemento como a realização do conteúdo da obrigação pelo devedor. Para tanto, faz-se necessário a atividade solutória do devedor, ou seja, os atos materiais previstos no contrato, bem como a satisfação dos interesses do credor, analisados de maneira objetiva, de acordo com a tipicidade da obrigação.²⁷

Podemos dizer que tanto o elemento pessoal como o elemento patrimonial são essenciais para o perfeito adimplemento da obrigação. Portanto, o credor tem um direito a uma prestação útil por parte do devedor, e somente em uma possível fase executiva é que o direito do credor recai sobre o patrimônio do devedor.²⁸ Mas, apesar da alteração de seu objeto, a relação obrigacional não perde a sua identidade, pois vista a obrigação como um processo, esta prossegue até conseguir o seu objetivo: a satisfação do interesse do credor.²⁹

Essa visão está de acordo como a idéia de adimplemento como cumprimento do programa obrigacional propugnada por Heck. De acordo

²⁵ Betti assim considera a concepção objetiva da obrigação em relação aos elementos de débito e responsabilidade: “*En derecho moderno, gracias a la elasticidad de los medios de ejecución forzosa, los dos aspectos de la obligación: débito e responsabilidad, tienden a corresponder-se , a conjugar-se orgánicamente y a adecuarse perfectamente: la responsabilidad tiende a ser - hasta donde sea posible - deida y adecuada al débito, no excesiva, ni deficiente.*” Ob. cit., p. 355

²⁶ Timm, ob. cit., p. 96

²⁷ Aguiar Jr., ob. cit., p. 91

²⁸ Heredia e Castaño. Ob. cit., p.40

²⁹ da Silva, ob. cit., p. 71, ver também Couto e Silva, ob. cit., p. 2

com o aludido autor germânico, o adimplemento deverá alcançar o fim objetivamente perseguido, mas de acordo com o procedimento programado no ato constitutivo da obrigação.³⁰ Como decorrência do até aqui exposto temos de concluir no sentido de não considerar a execução forçada nem a prestação por terceiros como adimplemento.

O professor João Calvão da Silva nos traz interessante visão do interesse do credor quando afirma que pode separá-lo em duas partes complementares. Primeiramente temos o interesse do credor como interesse a uma conduta ou ação de prestar, para depois analisarmos o interesse no resultado da prestação ou prestação como resultado.³¹ A ação de prestar representa o objeto imediato da obrigação, demonstrando aspecto pessoal do vínculo. Como objeto mediato temos a expectativa do credor em relação ao bem que passará a integrar o seu patrimônio através da conduta do devedor. Deste modo, somente teremos propriamente adimplemento quando ***“a atuação da prestação pelo devedor implementa o programa obrigacional enquanto resultado a proporcionar ao credor.”***³²

Mas é evidente que todas essas profundas modificações nos direitos obrigacionais que acabaram transformando o conceito de adimplemento não surgiram gratuitamente, mas foram fruto de profundas modificações sociais e ideológicas que trouxeram respaldo às mudanças dogmáticas.

Com efeito, desde o começo do século, um fenômeno social até então desconhecido começou a ser observado com maior clareza: a sociedade de massas. Nesse novo contexto social, as trocas econômicas, revestidas juridicamente pelos contrato, sofreram um aumento enorme no seu volume.³³

³⁰ Heredia e Castaño, ob. cit., p. 42

³¹ da Silva, ob. cit., p. 77

³² da Silva, ob. cit., p.78

³³ Roppo, ob. cit., p. 298

Deste modo, o caráter pessoal com que eram desenvolvidas as negociações já não mais ocorria em uma nova sociedade mais complexa e dinâmica, que exigia modelos fixos para a maioria dos contratos, culminando com a criação das condições gerais dos negócios, também chamadas de contratos de adesão.³⁴

Note-se que a standartização e a impessoalidade que marcam as trocas efetuadas atualmente não se coadunam com o caráter quase místico que era conferido a vontade dos contratantes, obrigando a uma objetivação da relação contratual.

Com efeito, o caráter complexo e massificado conferiu uma disparidade em relação aos contratantes, existindo uma parte visivelmente mais forte e com maior poder de barganha. Para poder garantir a normal continuidade das relações contratuais se fez necessário uma resposta do poder estatal, com vistas a adequar o sistema às novas exigências da economia industrial do nosso século.³⁵

Com efeito, passamos a notar o papel do legislador na intenção de harmonizar o princípio da autonomia da vontade com os novos parâmetros de equilíbrio contratual. Para tanto, “a lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa fé das partes contratantes.”³⁶

No campo da dogmática, a obra de Bulow e a teoria preceptiva de Emilio Betti começaram a abrir o caminho para se considerar o contrato como um ato social condicionado pela lei, ao invés de puro ato de vontade das

³⁴ Marques, ob. cit., p. 52. Segundo a autora, a primeira expressão é utilizada pela doutrina germânica enquanto o termo contratos de adesão originou-se na França.

³⁵ Roppo, ob. cit., p. 309

³⁶ Marques, ob. cit., p.101

partes.³⁷ Assim, a dogmática não mais fornece a roupagem jurídica para as transações econômicas de maneira pacífica, sendo apenas a sua “tradução lógico formal”, mas é terreno fértil para os desígnios das políticas estatais no sentido de restabelecer o equilíbrio contratual.³⁸ Vale lembrar que esses desígnios estatais estavam direcionados para um Estado Social (Welfare State) que procurava relativizar os direitos subjetivos, conferindo-lhes uma função social.

Deste modo, a nova ordem conceitual introduziu a teoria da confiança (Treu und Glauben), segundo a qual as partes não mais ocupam posição antagônicas, mas devem proceder no sentido de cooperar com a outra parte com vistas ao adimplemento. No Brasil a aludida teoria encontrou grande vigor com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.³⁹

Note-se que a intervenção estatal no campo obrigacional, anteriormente considerado como exclusivamente determinado pelos privados, pode ocorrer através de disposições específicas, como notamos no catálogo de cláusulas abusivas contido no art. 51 do CDC, bem como através de princípios e cláusulas-gerais, como ocorre com a boa-fé objetiva, positivada, entre outros locais, no inciso IV do citado art. 51 do CDC.

³⁷ Martins Costa, ob. cit.. Nas precisas palavras da prof. Judith Martins Costa: “*Segundo as premissas aí lançadas a lei dota de eficácia jurídica os atos de auto-regulamentação dos interesses privados, desde que realizados nas condições permitidas pelo ordenamento e nos limites por estes traçados - inclusive, ajunto, e com particular relevância, pelo princípio da boa-fé e dos deveres, de ordem obrigacional, que decorrem de sua incidência*”p.65

³⁸ Roppo, ob. cit., p.22 e 23 “*Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos - longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão (como afirmavam os seguidores do direito natural) - constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo)*”

³⁹ Fradera, Vera M.J. de, A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no código de defesa do consumidor, Revista de direito do consumidor, vol. 4 “*A recepção, pelo Código de Defesa do Consumidor, da idéia de credo/ confiança é de grande relevância, porquanto nos sistemas latinos, de modo geral, todo o ordenamento jurídico resulta da lei e a “revolução jurídica” faz-se por meio dela.*”p.179.

Imperioso salientar que, de acordo com a referida complexidade e dinamicidade que a sociedade passou a demonstrar, principalmente após as duas grandes guerras, o próprio estilo de legislar teve de ser modificado, tendo em vista que o socorro legislativo para cada problema apontado pelas novas formas de utilização dos meios jurídicos obrigacionais observou-se inadequado, pois sempre defasado e ensejador de uma incrível inflação legislativa.⁴⁰

Deste modo, notamos a utilização de modelos jurídicos mais abertos e flexíveis, através da utilização de princípios jurídicos, conceitos indeterminados e cláusulas-gerais. De acordo com esse novo sistema, o juiz ganha mais poder criador, devendo harmonizar as soluções concretas de acordo com os valores e padrões sociais vigentes, amenizando o rigorismo lógico- dedutivo que marcava o século XIX.⁴¹

A crise das fontes é exatamente a consideração desses fatores até então tidos como meta-jurídicos como integrantes do vínculo obrigacional.⁴² O elemento mais conhecido para a contribuição dessa abertura e maleabilidade do sistema é o princípio da boa-fé objetiva.

⁴⁰ Andrade, Fábio S., Da Codificação - crônica de um conceito, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1997. ver também Couto e Silva in O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, Revista da Ajuris, vol. 40

⁴¹ Couto e Silva, ob. cit., p.42. A prof. Judith Martins Costa assim nos ensina quando trata das cláusulas gerais - *...as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas parcialmente em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e pautas de valoração. É, portanto, o aplicador da lei, direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas a concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta*” in O direito privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileira, Revista dos Tribunais, vol.753, 1988, p.32

⁴² Couto e Silva, ob. cit., p. 74

O princípio da boa-fé serve para temperar, de acordo com os valores vigentes em determinada época, o desenvolvimento estrito ou abusivo da relação obrigacional. Assim, pode-se ampliar, modificar ou restringir o conteúdo atribuído à prestação pela vontade das partes.⁴³ Com efeito, as duas atividades principais do princípio da boa fé são a funcionalização dos direitos subjetivos, impondo-lhes limites, e a criação de deveres secundários de conduta.⁴⁴

Nesse mister de equacionar o conteúdo da obrigação, o princípio da boa-fé é fonte autônoma de deveres anexos e independentes, criando um verdadeiro feixe de deveres e obrigações recíprocas entre os contratantes.

A intensidade desses deveres secundários, nas palavras do prof. Clóvis do Couto e Silva, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas não estamos nos referindo ao motivo psicológico, “mas de um plus que integra o fim da atribuição e que está com ela intimamente relacionado.”⁴⁵

Esse feixe de deveres e obrigações entre as partes confere um caráter orgânico e complexo ao vínculo obrigacional. Destarte, mesmo que satisfeito o dever principal e mesmo antes do termo inicial da obrigação, a

⁴³ Almeida Costa, ob. cit. p.73 e seguintes

⁴⁴ Almeida Costa, ob. cit. p. 73 e seguintes. Temos com exemplos os deveres de “*cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de proteção e cuidado relativos a pessoa a ao patrimônio da contraparte*”. In Aguiar Jr., ob. cit.,p.245

⁴⁵ Couto e Silva, ob. cit., p.40. para ilustrar essa afirmação o prof. Clóvis utiliza-se do seguinte exemplo:” *A, comerciante, convencionou com B a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso para efeitos de propaganda. B fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco freqüentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda de produtos. Em tal hipótese, A não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. B deveria levar em consideração que quem contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade.*”p.40 e 41

relação jurídica pode se mostrar atuante de acordo com algum dever de conduta que deve ser respeitado pelas partes.⁴⁶

Deste modo, para se alcançar o conceito de adimplemento, levando-se em conta o interesse objetivo do credor, ou, melhor dizendo, o fim da obrigação, necessário a apreciação do ditames sempre mutáveis da boa fé objetiva.

É evidente que as decisões jurisprudenciais que se utilizam do princípio da boa-fé necessitam de um certo lapso temporal para sistematizar uma orientação. Atualmente já contamos com algumas figuras que são consequência da aplicação reiterada desse princípio, tais como o *venire contra factum proprium*, *exceptio doli*, *exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractis, tu quoque, supressio e surrectio*⁴⁷ e, a mais importante para o presente estudo, a figura do adimplemento substancial.⁴⁸

Note-se que o princípio da autonomia da vontade não foi esquecido, mostrando-se ainda essencial a teoria contratual, na verdade, as transformações referidas tentam preservar a essência do princípio, atualizando-o aos novos clamores sociais.⁴⁹

⁴⁶ Nesse sentido a brilhante exposição do prof. Clóvis do Couto e Silva. Das precisas palavras de Claudia Limas Marques retiramos a seguinte lição ; “*Esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta a crise da teoria das fontes dos direitos das obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal . Em outras palavras o contrato não envolve só a obrigação de prestar, mas envolve também uma obrigação de conduta!*” ob. cit., p.108

⁴⁷ Martins Costa, O direito privado....

⁴⁸ Becker, Anelise, A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol.9, 1993.

⁴⁹ Benjamim, Antonio Herman, na apresentação da obra de Marques, ob. cit.

Alguns autores facilitam o trabalho dos estudiosos quando tentam colocar a visão moderna de adimplemento como sendo consequência da obediência a dois grandes princípios ordenadores:⁵⁰ o princípio da pontualidade e o princípio da boa-fé.⁵¹

É necessário explicitar que o princípio da pontualidade determina que o devedor deve obedecer todos os pontos da obrigação devida, não se limitando ao seu aspecto temporal.

2) A coerência entre o novo Código Civil e a moderna doutrina obrigacional.

A seção antecedente serviu para demonstrar as importantíssimas mudanças pelas quais passou a noção de adimplemento, razão de ser de todo vínculo obrigacional. Destarte, observou-se que o adimplemento somente poderá ser declarado perfeito e adequado se todas as fontes obrigacionais forem consideradas, ou seja, a vontade das partes deve ser colmatada pelos princípios ordenadores da relação jurídica obrigacional, como a boa-fé e a função social dos contratos.

Em atenção às relações de consumo, onde existe claro desequilíbrio entre as partes contratantes -- seja econômico, social ou cultural -- o legislador já havia modernizado a legislação. O Código de Defesa do Consumidor apresenta, através de disposições casuísticas e pontuais ou de

⁵⁰ Nesse sentido, Varela, ob. cit. p. 7-13, Aguiar Jr., ob. cit., p. 91 e Almeida Costa, ob. cit., p. 74

⁵¹ Com relação ao princípio da boa fé, para arrematar tudo o que já foi analisado, podemos dizer que é *“uma causa ou uma fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes através dela. As partes não se devem só aquilo que elas mesma estipularam ou estritamente aquilo que determina o texto legal, mas tudo aquilo que em cada situação impõem a boa fé”* Luiz Diéz Picazo, prólogo de “El principio general de la buena fé” de Franz Wiacker, apud Aguiar Jr., ob. cit., p. 91

normas abertas, a positivação da maioria dos preceitos necessários para banir a noção clássica de obrigação, obrigando os contratantes a seguirem padrões éticos de conduta, impedindo o exercício inadmissível de posições jurídicas, bem como exigindo a observação dos deveres anexos ao dever principal da relação obrigacional.

O Código de 1916, inserido no contexto liberal e individualista da época, seguia a linha do Código de Napoleão e da maioria dos Códigos latinos do século XIX e início do século XX, considerando a autonomia da vontade como valor supremo. O novo Código Civil contém as normas necessárias para respaldar a noção de adimplemento anteriormente exposta, analisando o interesse do credor, de forma objetiva, em função do viés econômico-social do vínculo anteriormente firmado, garantindo o respeito somente às expectativas legítimas do credor.

A legitimidade das expectativas do credor será critério utilizado pelo juiz quando, na concretização do princípio da boa-fé, exigir a atenção dos deveres anexos de conduta, mesmo que não expressamente incluídos no instrumento contratual ou contemplados em alguma norma casuística. Do mesmo modo, ainda na tarefa de concretizar o princípio da boa-fé objetiva, o juiz poderá limitar o exercício de posições jurídicas quando estes se configurem abusivos, mesmo que expressamente dispostos no contrato.

É verdade que o novo Código Civil já se mostra ultrapassado em alguns aspectos -- tendo em vista que, apesar de promulgado em 2002, é legatário de um projeto elaborado na década de setenta -- ainda mais quando comparado com um diploma mais ousado com o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, em relação ao objeto do nosso trabalho, a promulgação do novo Código confere um **sistema ordenador**⁵² do direito

⁵² Para um noção aprofundada do sistema de direito privado contido no novo Código consultar Martins-Costa, O direito privado..., ob. cit.

obrigacional favorável ao acolhimento dos entendimentos defendidos no presente estudo.

É também verdade que a melhor doutrina pátria e estrangeira já trabalhava com as inovações só agora positivados, confirmando a afirmação que o novo Código não veio inovar o “Direito Civil”, mas apenas a legislação nacional. Entretanto, essa crítica não retira a importância do novo diploma, tendo em vista que a nossa tradição jurídica é extremamente positivista e, como afirma Vera Maria Jacob de Fradera, “*nos sistemas latinos, de modo geral, todo o ordenamento jurídico resulta da lei e a “revolução jurídica” faz-se por meio dela*”⁵³.

Com efeito, normas como o art. 187, que dispõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pelo boa-fé ou pelos bons costumes”, são evidentes proibições ao exercício abusivo de direitos.

Na mesma esteira andam os artigos 421 (A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato) e 422 (Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.)

⁵³ Ver nota 39

O próprio legislador do novo Código incluiu algumas hipóteses legislativas, dentro do capítulo do adimplemento, que concretizam a aplicação dos princípios dos artigos supra referidos. Na seção concernente ao lugar do pagamento, o art. 330 dispõe que “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.”

Aqui, notamos uma clara vedação do abuso do direito do credor, pois seria contrario à confiança que existe entre as partes que um direito que nunca foi exercido, por grande lapso temporal, fosse inadvertidamente exigido, contrariando a esperada continuidade das relações jurídicas. Esse tipo de situação pode ser conduzida a um catálogo de casos, configuradores de um tratamento típico de exercícios inadmissíveis⁵⁴. Dentro desse tratamento típico, podemos encontrar vários institutos⁵⁵ como a *supressio* ou *surrectio*, cujo conceito abarca o caso em tela. Com efeito, a *supressio* é caracterizada como “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé.”⁵⁶

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve oportunidade de aplicar este instituto, através de um julgado cuja ementa agora transcrevemos,

“Administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mútuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Cláusula contratual. Princípio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. "Supressio". 1. A "supressio" constitui-se em limitação ao

⁵⁴ Nesse sentido ver Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e, Da boa fé no direito civil, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 719 e seguintes.

⁵⁵ Para um inventário completo de todos os tratamentos típicos do abuso de direito ver Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 719 -861.

⁵⁶ Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 797

exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para a sua configuração exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro.⁵⁷

A *surrectio*, por outro lado, “aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento”⁵⁸, ou seja, temos a mesma situação fática, analisada pelo ângulo do ofendido.

Pelo exposto até o momento, notamos que o novo Código Civil nacional confere estrutura dogmática e sistemática eficientes para a aplicação das modernas noções de adimplemento, protegendo apenas as legítimas expectativas do credor.

3) Natureza jurídica do adimplemento

Cumpramos analisar a natureza jurídica do adimplemento segundo as categorias que Pontes de Miranda tornou melhor conhecidas para o direito pátrio, a saber: negócio jurídico, ato jurídico e ato-fato jurídico.

Note-se que o principal fator para a adequação da natureza jurídica do adimplemento em uma das três categorias supra mencionadas é a participação da vontade das partes no suporte fático do adimplemento.⁵⁹

⁵⁷ TJRS, Ap. Civ. 70001123561, j. 28/06/2000, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Sousa.

⁵⁸ Martins-Costa, Judith e Branco, Gerson Luiz Carlos, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, p. 218.

⁵⁹ Timm, ob. cit., p. 101

As teorias negociais predominavam nos primeiros tempos de vigência do BGB e acreditavam na necessidade de todos os elementos constituintes dos negócios jurídicos para a configuração do adimplemento válido. Com efeito, pensava-se na necessidade de uma “contrato de cumprimento”,⁶⁰ sendo necessário a vontade de adimplir por parte do devedor, bem como a vontade de aceitar o adimplemento por parte do credor.⁶¹

As teses negociais foram ultrapassadas, tendo em vista que atualmente, para a grande maioria dos casos, considera-se que o adimplemento necessita apenas da atuação dos atos materiais previstos no ato constitutivo da obrigação⁶². Para provar o a artificialidade das teses negociais, Luciano Timm formula o seguinte exemplo: “o adimplemento de uma obrigação médica, com a receita de um tratamento, depende do prévio aceite do paciente para se perfectibilizar? Naturalmente que não, pois o pagamento dessa obrigação se dá com o cumprimento das regras técnicas médicas, mesmo que o paciente, sem embasamento, não se submeta ao tratamento”⁶³

Mesmo as teses que defendiam a natureza do adimplemento como ato jurídico já não contam com prestígio considerável. Note-se que para ocorrer o adimplemento só é necessário o objetivo cumprimento dos atos devidos, não importando a vontade do devedor no momento da sua execução. Para comprovação casuística desses argumentos, Pontes de Miranda fornece o exemplo do louco que realiza a limpeza em uma casa, tendo obrigado-se quando ainda era capaz, adimplindo com perfeição a sua obrigação.⁶⁴

⁶⁰ da Silva, ob. cit., p. 90

⁶¹ Heredia e Castaño, ob. cit., p. 50

⁶² De acordo Timm, ob. cit., p. 103; Couto e Silva, obrigação p. 57; Da Silva, ob. cit., p.90 e Heredia e Castaño, ob. cit.

⁶³ Timm, ob. cit., p. 102

⁶⁴ Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo XXIV, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 3ª reimpressão, pag.78

Neste caso, de uma maneira geral, poderíamos dizer a natureza jurídica do adimplemento é o ato-fato jurídico⁶⁵, tendo em vista que a vontade do devedor não compõe o suporte fático do adimplemento, ou seja, o *animus solvendi* não é necessário para a caracterização do adimplemento.⁶⁶

Entretanto, a matéria não é totalmente pacífica. Encontramos uma grande divergência doutrinária ocasionada por uma teoria que ocupa uma posição intermediária, acreditando que a natureza jurídica do adimplemento não se apresenta estática e imutável, mas varia de acordo com o conteúdo da obrigação devida, apesar de considerar maioria dos casos como ato-fato jurídico.⁶⁷ Deste modo, nos casos em que o objeto da obrigação constitui-se em um ato material ou uma omissão, não temos problemas em encontrar uma só voz na doutrina, a favor da conceituação do adimplemento como ato-fato.

Clóvis do Couto e Silva seleciona o pré-contrato para realização de posterior contrato definitivo como o exemplo mais importante dos casos em que o adimplemento pode constituir um negócio jurídico. O aludido autor afirma que os contratantes obrigam-se a emitir a declaração de vontade no momento do contrato definitivo.⁶⁸

⁶⁵ Vale conferir a classificação de ato-fato jurídico contida na obra de Marcos Bernardes de Mello “Há outras espécies em que o fato para existir necessita, essencialmente, de um ato humano, mas a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato humano é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não vontade em praticá-lo.” Teoria do Fato Jurídico, São Paulo, Saraiva, 1988, p.137

⁶⁶ Nesse sentido, Pontes de Miranda, ob. cit e Timm, ob. cit., p. 104

⁶⁷ Nesse sentido, Couto e Silva, ob. cit. p. 57 e seguintes, Diez Picazo e Pereira, apud, Timm, ob. cit., p. 104

⁶⁸ Couto e Silva, ob. cit. p. 58 “*Aí, apesar de poder-se considerar como implícita no plano psicológico a vontade de adimplir, juridicamente, em vista do o objeto do ato ser a feitura de um negócio, à sua conclusão é necessário que se manifeste a vontade. Cuida-se aí de uma obrigação de fazer, de realizar o negócio jurídico, e a obrigação é de emitir vontade de declará-la. Por esse motivo, não se pode considerar como co-declarada no pré-contrato.*”

As críticas à essa doutrina são severas e numerosas. Com efeito, o professor João Calvão da Silva afirma que a vontade negocial já encontra-se declarada na constituição do pré contrato, sendo o contrato definitivo mero ato-real de prestação, para o qual a vontade das partes é irrelevante.⁶⁹ Deste modo, o negócio jurídico já encontra-se no conteúdo da obrigação e não se confunde com a natureza jurídica do adimplemento.⁷⁰

Pontes de Miranda assevera que é necessário abstrair o resultado da prestação da natureza jurídica do adimplemento dizendo que, “não há pressuposto necessário da vontade de extinção nem é necessária, a priori, a aceitação, se há negócio jurídico, é plus”⁷¹. Entretanto, afirma que a capacidade negocial é necessária para a consecução das obrigações dessa espécie.⁷²

Em nossa opinião o artificialismo dessa doutrina aparece em alguns casos concretos. Apesar de demonstrar a impossibilidade de se aceitar as

⁶⁹ Da Silva, ob. cit., “*Não se pode, por isso, confundir-se o cumprimento em si do contrato-promessa e o negócio jurídico resultado da actuação ou realização real da prestação debitória. Através da celebração do negócio jurídico prometido, cumpre-se a obrigação derivada do contrato-promessa e, enquanto momento-instrumento de realização real da prestação debitória, o negócio jurídico prometido é acto jurídico devido.*”p.104

⁷⁰ Pontes de Miranda para justificar a sua afirmação o eminente mestre formula o seguinte exemplo “*Deve A à B a casa, que foi objeto da promessa, na compra-e-venda; mas A ignora o que se passou entre o seu mandatário e B, ao contrair aquele a obrigação como mandatário do devedor; e A doa a B a casa. Há adimplemento da obrigação do vendedor? A resposta é afirmativa, o que exclui ser o adimplemento, necessariamente, negócio jurídico e, até, ato jurídico strictu sensu.*”ob. cit. P.77 e 78 Ora, não podemos concordar com o autor citado, tendo em vista que a doação referida não estaria de acordo com as normas técnicas de cumprimento, pois não implementa o “programa da obrigação” fazendo coisa diversa do pactuado, que seria a conclusão do contrato definitivo. Assim, somente teríamos a satisfação do interesse do credor, mas sem a “atuação” do conteúdo obrigacional.

⁷¹ Pontes de Miranda, ob. cit., p.77. Vale ainda transcrever as seguintes palavras do autor citado “*Se o resultado da prestação somente pode ser atingido por meio de negócio jurídico, esse negócio jurídico não é o ato de adimplir: o devedor adimple com prestação que consiste em negócio jurídico como poderia consistir apenas em dação*”p.79

⁷² Nesse sentido também Varela, ob. cit..p. 19 e 20

teses negociais de forma completa, a redução de todas as formas de adimplemento na categoria de ato-fato jurídico nos parece incorreta.

Ora, se o negócio jurídico é plus, ou seja, não é essencial ao adimplemento de um pré-contrato, poderia um louco adimplir satisfatoriamente um pré-contrato que ele havia se obrigado quando ainda era capaz? Que ato-fato é esse que exige capacidade negocial?

Deste modo, filiamo-nos a doutrina da teoria contratual limitada⁷³, por estar mais de acordo com a natureza das coisas, acreditando que a natureza jurídica do adimplemento não pode ser reduzida a uma só categoria, variando conforme a natureza da obrigação.

PARTE II- MODALIDADES DE INADIMPLEMENTO.

Segundo a lição de Antunes Varela, o inadimplemento é “a situação objetiva de não realização da prestação devida”⁷⁴. Assim, após termos definido o conceito de adimplemento, passamos a tratar dos diferentes modos que o inadimplemento pode se manifestar, bem como os efeitos jurídicos decorrentes dessas diferenças.

Destarte, para a maioria da doutrina, o inadimplemento apresenta-se diferenciado quanto a causa em: imputável e não imputável ao devedor⁷⁵ e quanto aos efeitos em: definitivo (inadimplemento absoluto) e não definitivo (inadimplemento relativo).⁷⁶

⁷³ Expressão cunhada por Da Silva, ob. cit., p. 92

⁷⁴ Ob. cit., p. 60

⁷⁵ Assim Varela, ob. cit., p. 64 e 87; Aguiar Jr., ob. cit., p. 94 e Almeida Costa, ob. cit., p. 729

⁷⁶ Assim, Assis, Arakem de, Resolução do contrato por inadimplemento, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 94 e seguintes

Deste modo, a teoria clássica utiliza-se das figuras do inadimplemento absoluto de um lado e da mora e da impossibilidade temporária de outro, para classificar os diversos tipos de inadimplemento. Entretanto, devido à evolução do conceito de adimplemento anteriormente analisada, observou-se o aparecimento de uma terceira categoria de incumprimento: o cumprimento imperfeito⁷⁷ ou quebra positiva do contrato. Assim, essa nova figura não se restringe às classificações clássicas, constituindo-se em verdadeiro *terciun genus*.⁷⁸

Faremos a nossa análise estudando o inadimplemento absoluto e o relativo, bem como a violação positiva do contrato. Entretanto, o Código Civil de 1916 não sistematiza essa classificação, como faz o BGB alemão⁷⁹. Com efeito, o antigo diploma civil nacional apenas contém disposições esparsas que versam sobre o dever de indenizar decorrente do inadimplemento e sobre o possível aparecimento do direito formativo de resolução.

O Código Civil de 2002 apresenta melhor sistematização em matéria de adimplemento, conferindo título exclusivo para tratamento do instituto. Anteriormente, toda a matéria de inadimplemento restava inserida em diversos títulos do Livro III. No atual Código de 2002, reservou-se todo o título IV do Livro I da parte especial para o inadimplemento. No aludido título encontram-se regulados, além das disposições gerais sobre a inexecução das obrigações, a mora, as perdas e danos, os juros legais, a cláusula penal e as arras ou sinal. Entretanto, o inadimplemento, na esteira a do Código Civil francês, continuou sendo tratado dentro das hipóteses do dever de indenizar, conforme o art. 1056 do CC/1916 e do artigo 389 do

⁷⁷ Almeida costa, ob. cit., p. 730

⁷⁸ Almeida Costa, ob. cit., p. 730

⁷⁹ Ferreira da Silva, Jorge Cesa, A boa-fé e a violação positiva do contrato, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p.126

CC/2002. Este tipo de disposição dificulta a acolhida das hipóteses de inadimplemento inimputável, apesar do artigo 393 parecer incluir estas hipóteses no sistema nacional de inadimplemento. Nas precisas palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva temos que *“inegavelmente, disposições como estas facilitam sobremaneira o trato da questão do dever de indenizar decorrente do inadimplemento. Contudo é também inegável que tendem a dificultar a inclusão do aspecto objetivo do inadimplemento, da mesma forma que restringem a preocupação do intérprete com a distinção interna das hipóteses de descumprimento obrigacional”*.⁸⁰

Com efeito, o estudo do operador do direito torna-se mais lógico e sistemático quando tem a disposição todas as matérias referentes ao inadimplemento em um único título. Entretanto, do mesmo modo que o Código antigo, o presente diploma civil não confere disposições sistemáticas sobre as grandes classes de inadimplemento, como a diferença entre inadimplemento imputável e inimputável e entre inadimplemento absoluto ou relativo. É ainda a análise criteriosa da doutrina sobre os vários artigos do Código que agrupará e sistematizará as grandes modalidades de inadimplemento e suas conseqüências.

1. Inadimplemento absoluto

⁸⁰ Nesse sentido Ferreira da Silva, ob. cit. p. 128. Em nota e rodapé o autor ainda afirma que *“O Projeto do Código Civil prevê um título específico, o IV do Livro dedicado ao Direito das Obrigações, sobre o Inadimplemento das Obrigações. Contudo, apesar da maior sistematicidade propiciada pela formulação unitária, o conjunto das disposições não se afasta do espírito geral encontrado no Código de 1916. Assim como neste, o Projeto orienta a figura do inadimplemento por meio da responsabilidade civil (art. 389).”*

Vale destacar que o inadimplemento definitivo decorre de impossibilidade ou da falta de interesse de credor em aceitar a prestação, quando esta se apresenta ainda possível.⁸¹

1.a) Da impossibilidade

A impossibilidade ocorre quando existe “obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”⁸².

Em nosso ordenamento encontramos o mesmo regime jurídico aplicado à impossibilidade relativa - que é impossível somente para a pessoa do devedor (temos como exemplo um carpinteiro que venha a ter os dois braços decepados) - e à impossibilidade absoluta, que é impossível para todos (temos como exemplo os fatos da natureza, como um terremoto).⁸³

A impossibilidade relativa não se confunde com a *difficultas prestandi*, ou seja, a prestação deve tornar-se verdadeiramente impossível, seja através de intervenção legislativa, seja por forças da natureza ou por ação humana.⁸⁴ A prestação que se tornou simplesmente mais onerosa ou excessivamente difícil não libera o devedor, tendo em vista a não aceitação da doutrina germânica do limite do sacrifício.⁸⁵

Deste modo, a impossibilidade verifica-se nos casos de caso fortuito, força maior, ato do credor, ato de terceiro ou ato do próprio devedor.⁸⁶

⁸¹ Alvim, Agostinho, Da inexecução da obrigações e suas consequências, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 37 e seguintes

⁸² Aguiar Jr., ob. cit., p.96

⁸³ Couto e Silva, ob. cit., p.121

⁸⁴ Varela, ob. cit., p. 67

⁸⁵ Com esta posição Aguiar Jr., ob. cit., p. 98 e Aguiar Dias, José de, Da responsabilidade civil, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p.688

⁸⁶ Aguiar Jr., ob. cit., p. 101

Mister ressaltar que somente estamos tratando da impossibilidade superveniente, tendo em vista que a impossibilidade originária nulifica o negócio jurídico, desde de que se trate de impossibilidade objetiva, pois a relativa ainda pode vir a se realizar em momento futuro.⁸⁷

Note-se que a impossibilidade pode verificar-se de maneira a englobar a relação obrigacional em sua totalidade, como de maneira parcial. Nesse último caso faz-se necessário a análise do objetivo interesse do credor para se determinar se há inadimplemento absoluto ou relativo.

1.a.1) Impossibilidade inimputável ao devedor⁸⁸

Quando ocorre a impossibilidade superveniente inimputável ao devedor, a relação obrigacional extingui-se *ipso iure*. Como consequência, o devedor libera-se de sua obrigação e não encontra-se adstrito ao pagamento de perdas e danos,⁸⁹ , conforme o artigo 963 do Código Civil 1916 e o art. 396 do novo diploma civil

A maioria dos casos de impossibilidade inimputável encontram-se dentro da categoria de força maior e caso fortuito, as quais podem ser empregadas como sinônimas⁹⁰. Essas categorias contém conceitos que

⁸⁷ Couto e Silva, ob. cit., p. 121 e 1222

⁸⁸ Antunes Varela não considera as modalidades de falta de cumprimento sem culpa como inadimplemento. Segundo o mestre português pode-se definir o não cumprimento como “*a não realização da prestação devida, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional*” p.61 Em sentido contrário, Aguiar Jr., ob. cit., p.94 e Assis, que assim se manifesta “*Entra no circuito do inadimplemento, acreditando-se no asserto acima, além do descumprimento derivado de fato ou ato imputáveis ao obrigado, cuja tônica radica no aspecto subjetivo, também a situação objetiva decorrente de caso fortuito ou de força maior, que rompem o nexo de imputabilidade.*” Ob. cit., p.84

⁸⁹ Aguiar Jr., ob. cit., p. 99

⁹⁰ Nesse sentido Aguiar Dias, ob. cit., p.686

podem e devem moldar-se às novas exigências da sociedade e das novas tecnologias; desta forma, o que hoje considera-se como caso fortuito, amanhã poderá ser considerado algo previsível e superável, “em virtude do progresso da ciência e da maior previdência humana.”⁹¹

Algumas vezes a impossibilidade pode originar-se de atos do credor, com a extinção *ex vi legis* da obrigação. Exemplo clássico encontramos nos casos de frustração dos fins da prestação, e.g., como no caso do professor contratado para dar aulas de música ao aluno que ensurdece.⁹²

Também ocorre a impossibilidade inimputável quando o fim da obrigação é alcançado de maneira natural antes da atuação do devedor, como no caso do doente que contrata um médico para lhe operar e acaba curando-se de forma natural, antes da intervenção cirúrgica.⁹³

1.a.2) Impossibilidade imputável do devedor

Apesar do grande número de situações em que se pode observar a impossibilidade inimputável, a maioria dos casos de incumprimento se dão por causas imputáveis ao devedor.⁹⁴ Nesse tipo de impossibilidade a relação obrigacional não se extingue *ipso iure*, como ocorria no caso precedente. Aqui, a ocorrência de fato que caracterize a impossibilidade imputável ao devedor gera para o credor duas opções.

Primeiramente, o credor poderá manter o vínculo e exigir a execução pelo equivalente (art. 865 do CC/1916 e art. 234 do CC/2002) ou, com base

⁹¹ Arnaldo de Medeiros, apud. Aguiar Dias, ob. cit., p.687.

⁹² Varela, ob. cit., p; 73 e 74

⁹³ Idem, p. 74

⁹⁴ Idem, p. 88

no art. 1092 do CC/1916 e do art. 475 do CC/2002, optar pela resolução contratual. Vale lembrar que nos casos de inadimplemento imputável ao devedor, o credor sempre fará jus às perdas e danos.⁹⁵

Para que ocorra a impossibilidade imputável é necessário que a conduta do devedor seja culposa, ilícita, cause certos prejuízos ao credor e mantenha um nexo de causalidade com estes prejuízos.⁹⁶ A conduta do devedor é considerada culposa quando não observa os ditames determinados pelo ato constitutivo da obrigação, sendo considerados os deveres advindos da vontade das partes, bem como os gerados pelo princípio da boa-fé. Entretanto, para que ocorra a imputabilidade também devemos contar com a ilicitude do ato, ou seja, a conduta do devedor deve estar contrária ao ordenamento jurídico como um todo.⁹⁷

2. Inadimplemento relativo

No inadimplemento relativo a prestação a que o devedor estava adstrito, mesmo após o inadimplemento, continua despertando o desejo do credor, ou seja, a prestação continua útil para o credor. O inadimplemento relativo dividi-se em mora e impossibilidade temporária.

2.a) Mora

⁹⁵ Aguiar Jr., ob. cit., p. 103

⁹⁶ Varela, ob. cit., p. 91 e seguintes

⁹⁷ Aguiar Jr., ob. cit., p. 106

A mora é a espécie de inadimplemento relativo que contém a idéia de imputabilidade do devedor, ou seja, segundo a grande maioria da doutrina, para a caracterização da mora é necessário a conduta culposa.⁹⁸

A mora é considerada apenas como representativa do retardamento temporal da prestação por parte do devedor. Note-se que essa concepção está de acordo com a maior parte dos Códigos da Família Romano-Germânica, os quais limitam a mora aos casos de atraso na prestação⁹⁹. Entretanto, em nosso ordenamento, devido a redação do art. 955 do Código Civil de 1916, a mora adquire um caráter bastante amplo, abrangendo grande parte das espécies de inadimplemento relativo culposo, como os defeitos no tempo, lugar e forma convencionados para o cumprimento da obrigação.¹⁰⁰ Essa interpretação da mora não foi modificada pelo novo Código Civil que, no seu art. 394, acabou por repetir os termos essenciais do citado artigo 955.

Porém, o fator lugar e modo continuam relacionados ao fator tempo, pois mesmo nos casos de falha qualitativa ou de local da prestação, o fator a ser analisado será o tempo necessário para que a prestação possa ser cumprida de maneira exata¹⁰¹, período que envolverá o estado de mora.

Quando da ocorrência da mora, o credor poderá executar o contrato para forçar o devedor a prestar, sempre com a possibilidade de cumulação do pedido de perdas e danos.

⁹⁸ Nesse sentido Couto e Silva, ob. cit., p. 123 e Aguiar Jr., ob. cit., p. 120. Assis elenca Antônio Chaves, Agostinho Alvim, Orlando Gomes, João Franzen de Lima, Clóvis Beviláqua e Silvio Rodrigues, como defensores da idéia de que em nosso ordenamento só se pode falar de mora com culpa, além de citar o aresto RE 86.800-SC do STF, também considerou o elemento culpa como indispensável para a mora, in ob. cit., p. 99. Em sentido contrário, o eminente Pontes de Miranda, ob. cit., Tomo XXIII P.99

⁹⁹ Ferreira da Silva, ob. cit., p. 144

¹⁰⁰ Assis, ob. cit., p. 98 e Alvim, ob. cit., p. 52

¹⁰¹ Ferreira da Silva, ob. cit. “ As hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora.”p.145 e 146

Entretanto, de acordo com o art. 956 do Código Civil de 1916, no caso da prestação, por causa da mora, tornar-se inútil para o credor, este poderá enjeitá-la pedindo a resolução do negócio com a possibilidade da cumulação de perdas e danos. Parece-nos que aqui o Código de 2002 também não inovou, pois o art. 395 não destoa do preceito contido no aludido art. 956

2.b) Impossibilidade temporária

A impossibilidade temporária abarca todos os casos de inadimplemento relativo, quando a conduta do réu não se encontrar dentro das categorias de culpabilidade e ilicitude. Ou seja, se um caso de inadimplemento relativo não enquadrar-se no conceito de mora, automaticamente poder-se-á dizer que se trata de impossibilidade temporária.

Como o próprio nome revela, a impossibilidade sob análise não se enquadra na moldura do inadimplemento absoluto ou definitivo, visto que não impossibilita futura prestação, pois temporária.

Entretanto, em relação a impossibilidade temporária podemos aplicar todos os conceitos e noções analisados quando da análise das impossibilidades no ponto 1.a, ou seja, conceito, igualdade de tratamento entre impossibilidade objetiva e subjetiva, diferença da *difficultas prestandi*, etc..

Conforme ocorre com a mora, impossibilidade temporária pode se transformar em absoluta quando a prestação, por causa do atraso no

cumprimento, se tornar inútil para o credor.¹⁰² Deste modo, será facultado ao credor a resolução do contrato, mas sem o direito de pleitear perdas e danos.

3. Do inadimplemento relativo ao absoluto - critérios e efeitos jurídicos

A presente análise reveste-se de grande importância prática, tendo em vista que irá determinar os efeitos do inadimplemento. Com efeito, de acordo com a nossa doutrina mais abalizada, somente com o adimplemento absoluto existe a possibilidade de resolução do contrato. Caso contrário, ao credor somente restará a opção pela ação de cumprimento, cumulada com o pagamento de perdas e danos pelo efeitos da mora, no caso de existência desta.

A condição de inadimplemento relativo não é jamais estática e imutável, podendo transformar-se em inadimplemento absoluto. Assim, não apenas a impossibilidade definitiva, fática ou jurídica, caracteriza o inadimplemento absoluto, mas também a prestação que ainda pode ser faticamente realizada pelo devedor, mas já não mais representa nenhuma utilidade para o credor.¹⁰³ Como salienta Almeida Costa, não poderia se admitir que a mora se prolongasse infinitamente, sem nunca representar inadimplemento definitivo.¹⁰⁴

Note-se que o momento do “ponto de mutação” entre inadimplemento relativo para o absoluto é questão muitas vezes complicada de se determinar. Porém, em algumas espécies de obrigações, como as obrigações de não fazer - como no caso de alguém que se obrigou a não revelar um segredo, e acaba por revelá-lo - a matéria é bastante simplificada, tendo em

¹⁰² Aguiar Jr., ob. cit., p. 119

¹⁰³ Nesse sentido, Alvim, ob. cit., Aguiar Jr. ob. cit. p. 114 e Assis, ob. cit., p. 104

¹⁰⁴ Almeida Costa, ob. cit., p. 740

vista a inexistência de inadimplemento relativo, pois a prestação nunca se mostra possível de realização futura.¹⁰⁵

Para simplificar a nossa análise, mister consultarmos os estudos do professor Agostinho Alvim, que, de forma brilhante, unificou os critérios para se determinar o inadimplemento absoluto. Assim podemos usar o único critério da impossibilidade da prestação, mas observando a impossibilidade da ótica do credor, ou seja, a prestação não é mais possível de ser recebida, seja por impossibilidade fática ou legal de realização da prestação ou pela perda de interesse do credor.¹⁰⁶ Assim, podemos dizer, embasados no art. 956¹⁰⁷ do Código Civil de 1916, bem como no art. 395 do Código de 2002, que a impossibilidade deve ser encarada como um impossibilidade de receber, por parte do credor.¹⁰⁸

Com efeito, a análise não pode ser realizada pela avaliação exclusiva da duração da mora, nem da intenção do devedor. Esses critérios até podem ser usados, mas somente como elementos que compõem um conceito maior, ou seja, um critério de ordem econômica.¹⁰⁹

A inutilidade de que falam os aludidos arts. 956 e 395 somente é observada quando o inadimplemento do devedor atingir de modo global a economia do contrato¹¹⁰, tornando a relação desvantajosa. Vale ressaltar que

¹⁰⁵ Alvim, ob. cit., p. 39 e 40 citando Giorgi

¹⁰⁶ Alvim, ob. cit., p. 41

¹⁰⁷ art. 956 - “Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa.

Parágrafo único: Se a prestação, por causa da mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

¹⁰⁸ Alvim, ob. cit. “Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor e sim, ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente.”p.41

¹⁰⁹ Alvim, ob. cit. “Ora, o que precipuamente interessa ao credor, economicamente falando, é saber se há meios de receber a prestação prometida, isto é, se a execução direta é possível.”p.43

a incerteza quanto ao adimplemento futuro também pode causar a quebra do interesse do credor em manter o vínculo¹¹¹.

O referido interesse do credor, de acordo com o art. 25 da convenção de Viena de 1980, é composto de dados objetivos, derivados da tipicidade da obrigação e da experiência comum¹¹², bem como de dados subjetivos, originados da necessidade do credor de receber a prestação, baseado em uma expectativa legítima.¹¹³Tendo em vista a elasticidade do termo inutilidade, caberá ao juiz, na análise concreta de cada caso, a decisão final sobre a utilidade da prestação¹¹⁴.

Mister construirmos um exemplo. Imaginemos que alguém contrate uma empresa especializada na fabricação e utilização de fogos de artifício para que realize um show pirotécnico na noite de passagem de ano, por ocasião de uma festa em sua casa. Se a aludida empresa não realizar o show pirotécnico na data apazada é evidente que ela tem a possibilidade física e técnica de realizá-lo em data posterior. Entretanto, o credor encontra-se impossibilitado de receber tal prestação pois já não lhe é mais útil, pois ele não mais possui interesse em realizar um show pirotécnico em um dia comum.

Com a análise efetuada até o presente momento soma-se a teoria do adimplemento substancial (*substancial performance*). Com efeito, esse fruto do direito inglês teve a sua origem na diferenciação das prestações dependentes (*condition*), aquelas que são responsáveis pela manutenção do

¹¹⁰ Carneiro, Athos Gusmão, parecer: Ação de rescisão contratual - doutrina da gravidae suficiente do inadimplemento - faculdade discricionária do juiz, Revista Forense, vol.329.

¹¹¹ Assis, ob. cit., p. 96 e 108

¹¹² Timm, ob. cit. , p. 97

¹¹³ Aguiar Jr., ob. cit., p.133, que esclarece o conteúdo da expectativa, “Não os motivos ou dos desejos que, eventualmente, o animavam, mas a expectativa resultante de dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima”

¹¹⁴ Alvim, ob. cit., p. 53 e seguintes

sinalagma, e das prestações independentes do contrato (*warranty*), aquelas acessórias ou secundárias.¹¹⁵ Desta maneira, apenas o desrespeito às cláusulas dependentes poderia causar a resolução contratual.

Atualmente, a jurisprudência inglesa evoluiu conceitualmente e passou a aplicar um conceito mais amplo de “quebra fundamental” das expectativas para caracterizar o inadimplemento definitivo, não mais preocupando-se com a “natureza do dever violado, mas com a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo incumprimento”.¹¹⁶ Esse conceito é composto por três parâmetros: insignificância do inadimplemento, satisfação do interesse do credor e diligência por parte do devedor.

A recepção da doutrina da *substantial performance* nos países de direito continental dá-se em diversos países por disposições contidas nos Códigos Civis, quando dispõem no sentido de não conferir o direito de resolução ao credor devido a inadimplemento de pouca importância (no direito italiano, *inadempimento de scarza importanza*) e pelo princípio da boa fé.

Note-se que o sistema legal do Código Civil de 1916, especialmente o art. 1092 parágrafo único, quando sistematiza a resolução, não apresenta nenhuma caracterização para o adimplemento que poderá ensejar a resolução do vínculo. Nesse sentido é necessário a utilização dos critérios aqui já comentados, exarados no art. 956, para que apenas a prestação que tenha ferido os interesses do credor de forma substancial possa originar o direito formativo de resolução contratual¹¹⁷, do contrário, mister a aplicação do art. 1056 do Código Civil, para que o vínculo contratual seja preservado e o devedor condenado a pagar perdas e danos. Entretanto, note-se que o

¹¹⁵ Becker, ob. cit., p. 61

¹¹⁶ Becker, ob. cit., p.67

¹¹⁷ Aguiar Jr., ob. cit., p. 114 e 132

referido artigo 956 somente diz respeito ao inadimplemento culposo (mora). Portanto, imperiosa a aplicação analógica do art. 866¹¹⁸ do mesmo diploma, para possibilitar a resolução por falta de interesse do credor, mesmo que inimputável ao devedor.¹¹⁹

O art. 475 do novo Código Civil também não oferece qualquer tipo de empecilho para a resolução contratual, nos moldes do citado art. 1092. Deste modo, poderíamos pensar que o novo diploma libera o credor para pedir a resolução sempre que lhe aprouver. Porém, o art. 395 do novo Código contém o mesmo preceito do artigo 956 do CC/1916, deixando inalterada a disciplina reinante no antigo diploma. O mesmo ocorre com a resolução em caso de inadimplemento inimputável, tendo em vista a igualdade de conteúdo entre os artigos 866 do CC/1916 e 235 do CC/2002.

O princípio da boa-fé age realizando a interpretação integradora dos referidos artigos, bem como na funcionalização dos direitos das partes. Destarte, como fundamento de ética da relação¹²⁰, o princípio da boa fé limita o poder conferido ao credor de resolver o contrato, conferindo mais um exemplo de exercício inadmissível de posições jurídicas.

Ora, na hipótese de ocorrer o adimplemento substancial da obrigação, o credor não terá nenhuma expectativa legítima na resolução do vínculo, pois teve o seu interesse substancialmente satisfeito. Entretanto, a resolução abusiva trará prejuízos ao devedor, que terá de voltar ao *status quo ante*.¹²¹

¹¹⁸ “ art. 866 - Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu”

¹¹⁹ Aguiar Jr., ob. cit., p. 115

¹²⁰ Carneiro, ob. cit., p. 174

¹²¹ Becker, ob. cit., p. 70 A autora adverte para os casos de resolução onde a restituição da prestação já efetuada não pode ocorrer de forma satisfatória, acarretando graves prejuízos para o devedor que já havia prestado de forma substancial e gerando um enriquecimento injusto por parte do credor. Nessas situações o abuso do direito resolutivo resta mais explícito, devendo ser coibido pela boa-fé objetiva.

4. Violação positiva do contrato

Até o presente momento nos limitamos a observar as categorias de inadimplemento que estiveram presentes desde o tempo da concepção clássica do vínculo obrigacional. Entretanto, como bem tentamos demonstrar na primeira parte do presente estudo, a maneira de se encarar o vínculo obrigacional e o seu adimplemento não é mais a mesma. Desta forma, a aludida evolução fez surgir a categoria da violação positiva do contrato, tendo em vista que a impossibilidade e a mora já não comportavam todas as hipóteses de inadimplemento.

Com efeito, após a introdução do princípio da boa fé objetiva como um dos pilares da relação obrigacional, temos o surgimento dos deveres laterais de conduta, criando o aludido feixe de direitos e deveres entre os contratantes. Assim, esses deveres laterais começaram a ser levados em conta quando da avaliação do inadimplemento.

O primeiro a notar a necessidade de adequação das modalidades de inadimplemento à nova teoria de adimplemento, foi o advogado berlinense Hermann Staub, logo após a promulgação do BGB¹²². O referido jurista acreditou que poderiam compor o suporte fático da violação positiva do contrato no direito alemão: *“os incontáveis casos nos quais alguém descumpra uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa.”*¹²³

¹²² Fradera, Quebra positiva do contrato. Revista da Ajuris, n. 44, 1988.

¹²³ Staub, apud Ferreira da Silva, ob. cit., p.13

Assim, temos que essas atuações positivas ou o cumprimento defeituoso causam danos a parte, devido a não observância de um dever lateral de conduta, advindo do princípio da boa-fé, principalmente do seu vetor confiança.¹²⁴

O nome de violação positiva do contrato foi bastante criticado, mas agora já encontra-se consagrado¹²⁵. Entretanto, alguns autores preferem utilizar termos como “cumprimento defeituoso”¹²⁶ ou “cumprimento imperfeito”.

Assim a violação positiva do contrato agiria de forma subsidiária, abarcando todos os casos que não se enquadrariam no conceito de impossibilidade e de mora dentro da doutrina alemã.

¹²⁴ Ferreira da Silva, ob. cit., p. 270

¹²⁵ Aguiar Jr., ob. cit., p. 125

¹²⁶ Essa foi a opção da doutrina portuguesa, ver Almeida Costa, ob. cit., p.742 e Antunes Varela, ob. cit., p. 119.

Entretanto, o sistema definido pelo Código Civil pátrio, conferindo à mora um conceito amplo, bem como gozando de uma teoria dos vícios, faz com que não se possa importar a teoria alemão em sua íntegra.¹²⁷ Com efeito, esse sistema mais flexível implica na distinção entre os diferentes tipos de deveres laterais, fazendo com que aqueles que dizem respeito a realização da prestação principal, ou seja, aqueles convencionados e os seus acessórios, sejam enquadrados dentro das categorias tradicionais.

Assim, apenas a quebra daqueles deveres laterais provenientes exclusivamente do princípio da boa-fé, não guardando relação com a tipicidade da prestação principal, caracterizam-se como violação positiva do contrato, com especial destaque para os deveres de proteção.¹²⁸

Em relação aos deveres de proteção temos o seguinte exemplo: “o pintor contratado para pintar as paredes internas de um determinado edifício. Não obstante realizar o serviço para o que foi contratado de forma exemplar, passa constantemente a importunar os moradores, solicitando dinheiro emprestado, olhando de alguma forma ameaçadora as jovens do prédio e sendo grosseiro com as crianças.”¹²⁹

No exemplo citado o devedor realizou a prestação de forma perfeita, tanto do tempo, lugar e modo, entretanto, descuidou-se quanto aos deveres de proteção à pessoa do credor e ao seu patrimônio.

¹²⁷ Para uma análise mais aprofundada desses assuntos, imperiosa a leitura do magnífico trabalho de Ferreira da Silva. Nesse sentido Timm, ob. cit., p. 107 e Aguiar Jr., ob. cit., p. 126

¹²⁸ Nesse sentido Ferreira da Silva, p. 273

¹²⁹ Ferreira da Silva, ob. cit., p.242 e 243

Notamos o mesmo tipo de falta em outros exemplos. Primeiramente vale destacar os danos provenientes do mau cumprimento da prestação¹³⁰. Como exemplo desse tipo de infração temos o de um fornecedor habitual de forragem, que entrega um lote de forragem com grãos venenosos que causam a morte de animais, ou do comerciante que recebe um lote de maçãs estragadas que passam a estragar a maçãs boas.

Observa-se que nesses casos teremos não apenas a afronta aos deveres laterais, mas também ao próprio dever principal da prestação. Entretanto, podemos observar que do mesmo ato surgem dois tipos de danos, os primeiros dizem respeito aos tipicamente causados pela não realização da prestação e são abarcados pelas categorias da mora e do inadimplemento absoluto¹³¹; os segundos são causados pelo infração do dever lateral de proteção (a desídia com o restante do patrimônio do credor, ou seja, os animais que morreram e as maçãs que vieram a apodrecer). A diferença que notamos para com o exemplo do pintor é que naquele caso, os atos causadores do dano não estavam vinculados como os atos necessários para a prestação da obrigação principal.¹³²

¹³⁰ Essas são as hipóteses mais comuns nos países que adotam uma classificação ampla para a violação positiva do contrato, com na Alemanha e em Portugal.

¹³¹ Interessante a comparação entre os casos citados para caracterizar dessa espécie de violação positiva do contrato e o exemplo confeccionado por Clóvis do Couto e Silva, supra citado. Note-se que naquele caso não ocorreu a violação de deveres laterais de proteção, mas a infração dos deveres laterais ligados ao dever de prestar, ou seja, os danos provenientes da conduta do devedor foram típicos danos de uma não-prestação ou de uma prestação qualitativamente inferior, não havia danos positivos ao patrimônio e a pessoa do credor. Em sentido contrário, acreditando que esse exemplo representa violação positiva do contrato, Assis, ob. cit., p. 105 e 106

O terceiro caso de aplicação da teoria em nosso direito consubstancia-se nas hipóteses de obrigações duradoura, que ocorrem, exemplificativamente, nos contratos de fornecimento e nos contratos de trabalho. Essas obrigações são adimplidas permanentemente, “e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia”¹³³. Como existe essa relação duradoura, mais importante torna-se a relação de confiança entre as partes, sustentada pelo princípio da boa-fé objetiva.

Deste modo, o inadimplemento das prestações singulares, além de gerar os dever de reparar os danos abarcados pela mora, podendo inclusive gerar o inadimplemento absoluto, pode também abalar a relação de confiança que existia entre as partes em relação ao possível inadimplemento das obrigações futuras. Deste modo, parece que além dos danos causados pela não-prestação, pode nascer o direito de resilir o contrato, proveniente da quebra dos deveres laterais da boa-fé objetiva, principalmente do seu vetor confiança¹³⁴.

¹³² Ferreira da Silva, ob. cit. “ *Uma série de motivações justificam esta compreensão. Em primeiro lugar, trata-se de interesses absolutamente distintos. Um deles é o interesse em obter a prestação (as maçãs, a forragem) em contraprestação a um valor pago ou a pagar. Outro é o interesse em manter o estado de seus próprios bens, pessoais ou patrimoniais. Em segundo lugar, características típicas dos deveres laterais mostram-se presentes, tal qual a manutenção do dever mesmo em face da nulidade do contrato. Veja-se que, se por qualquer motivo fosse inválido o contrato de compra e venda, não perderia a eficácia o dever de, exemplificativamente, avisar o comprador dos possíveis danos decorrentes da utilização do objeto pretensamente adquirido. Em terceiro lugar, a imposição doutrinária da necessidade de danos típicos, distintos dos danos ordinários decorrentes da mora e do inadimplemento absoluto, bem dá conta de que não se trata de um normal descumprimento. Ao contrário, extrapola-se o plano da ordinaryness, agregando-se a ela elementos característicos decorrentes de outras fontes.*”p.247

¹³³ Couto e Silva, Obrigação..., p.211

¹³⁴ Nesse sentido Ferreira da Silva, ob. cit, p. 254 e 255. Embora esse exemplo seja defendido pela doutrina mais abalisada como um exemplo de violação positiva do contrato, temos algumas dúvidas se a hipótese de inadimplemento da obrigação duradoura poderia ser encaixado nos conceitos de mora e inadimplemento absoluto por falta de interesse do credor, quando o não cumprimento das prestações singulares quebrasse a economia do contrato.

Finalmente, como quarta hipótese de incidência da violação positiva do contrato em nosso direito temos a quebra antecipada do contrato. Esse instituto teve a sua origem no *antecipated breach of contract* do direito anglo saxão¹³⁵, mas atualmente tem o seu reconhecimento solidificado nos países de direito continental, restando positivado no art. 72 da Convenção de Viena, que estabelece: “Se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.”¹³⁶

Assim temos que a quebra antecipada do contrato pode se dar pela recusa expressa do devedor, bem como por sua conduta concludente em relação ao inadimplemento.¹³⁷ Note-se que não observa-se a violação aos deveres principais e acessórios da obrigação principal, apenas teremos a violação positiva do contrato quando o devedor se portar contrariamente a um dever lateral, no sentido de atacar a relação de confiança entre as partes.¹³⁸

Deste modo, pela análise das quatro hipóteses da violação positiva do contrato no direito brasileiro, concordamos com a classificação efetuada por Jorge Cesa Ferreira da Silva: “*pode-se definir a violação positiva do contrato como o inadimplemento decorrente do descumprimento culposos de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação.*”¹³⁹

¹³⁵ Fradera, Quebra..., ob. cit.

¹³⁶ Aguiar Jr., ob. cit. p.128

¹³⁷ Ferreira da Silva, ob. cit., p. 256 e seguintes

¹³⁸ Idem, p. 264

¹³⁹ Idem, p.268

Vale lembrar que em nosso ordenamento, muitos dos danos proveniente da violação positiva do contrato poderiam ser compreendidos dentro da cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, consubstanciada no art. 159 do Código Civil¹⁴⁰. Entretanto, quando ao deslocar o espectro da violação dos direitos laterais para o campo extracontratual, estaríamos privados de lançar mão de figuras como a resolução contratual e a exceção de contrato não cumprido¹⁴¹, sendo necessário o ajuizamento de uma demanda reparatória toda vez que ocorresse uma infração desse tipo por parte do devedor.

Finalmente, resta-nos acrescentar que na maioria dos casos de ocorrência de violação positiva do contrato, os danos daí provenientes podem ser capazes de resolver o contrato, pois aviltam substancialmente os interesses do credor; bem como apenas ensejar perdas e danos, mantendo-se o vínculo obrigacional principal.¹⁴²

BIBLIOGRAFIA

Aguiar Dias, José de, Da responsabilidade civil, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

Aguiar Jr., Ruy Rosado de. A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; resolução. Rio de Janeiro : Aide, 1991

¹⁴⁰ Ferreira da Silva, ob. cit. “ *Como bem salientou STAUB ao cunhar a sua teoria, a consequência indenizatória é tão vinculada ao nosso sentimento de justiça que, muito dificilmente, alguém restaria não-indenizado ante a ocorrência de um dano proveniente do descumprimento de um dever lateral*” p.273

¹⁴¹ Ferreira da Silva, ob. cit. 273

¹⁴² Aguiar Jr., ob. cit., p. 126

Almeida Costa, Mário Júlio de, Direito das Obrigações, 4ª edição, Coimbra Editora, 1984.

Alvim, Agostinho, Da inexecução da obrigações e suas conseqüências, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1980.

Andrade, Fábio S., Da Codificação - crônica de um conceito, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1997.

Assis, Arakem de, Resolução do contrato por inadimplemento, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

Atiyah, P.S., an introduction to the Law of contract, fifth edition, Oxford, Clarendon Press, 1995

Betti, Emilio, Teoria General de las Obligaciones, Tomo I, Madri, Editoria Revista de Derecho Privado, 1969.

Becker, Anelise, A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol.9, 1993.

Carneiro, Athos Gusmão, parecer: Ação de rescisão contratual - doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento - faculdade discricionária do juiz, Revista Forense, vol.329.

Couto e Silva, Clóvis V. do, Obrigação como processo, São Paulo, Bushatsky, 1976.

_____ O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, Revista da Ajuris, vol. 40.

Da Silva, João Calvão da, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória, Coimbra, Almedina, 1987.

Ferreira da Silva, Jorge Cesa, A boa-fé e a violação positiva do contrato, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002.

Fradera, Vera M.J. de, A interpretação da proibição de publicidade enganosa ou abusiva à luz do princípio da boa fé: o dever de informar no código de defesa do consumidor, Revista de direito do consumidor, vol. 4

_____ Quebra positiva do contrato. Revista da Ajuris, n. 44, 1988

Heredia e Castaño, José Beltran de, Madri, Editorial Revista de Direito Privado, 1956.

Marques, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999

Martins-Costa, Judith e Branco, Gerson Luiz Carlos, Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

Martins Costa, Judith, Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro, Revista da Ajuris, vol. 56, 1992.

_____ O direito privado como um sistema em construção - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileira, Revista dos Tribunais, vol.753, 1988.

Mello, Marcos Bernardes de, Teoria do Fato Jurídico, São Paulo, Saraiva, 1988, p.137

Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e, Da boa fé no direito civil, Coimbra, Livraria Almedina, 1997

Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo XXIV, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 3ª reimpressão

_____ ob. cit., Tomo XXIII

Roppo, Enzo, O contrato, Coimbra, Almedina, 1988

Timm, Luciano, Da prestação de serviços, Porto Alegre, Editora Síntese, 1998.

Varela, João de matos Antunes, Das obrigações em geral vol. II, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1980.