

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E TUTELA DA CONFIANÇA: DEVERES ANEXOS E CONSEQUÊNCIAS DO SEU DESCUMPRIMENTO

Alunos: Juliana Esteves Wanderley, Karina Riccio Ribeiro e Raquel P. Feijão

Orientadores: Aline de Miranda Valverde Terra e Carlos Nelson Konder

Introdução

Em um país que atravessa momentos de completa insegurança jurídica, o estudo da “tutela da confiança” torna-se cada vez mais necessário. Com raízes no Direito Consumerista, a boa-fé objetiva transformou-se e desgarrou-se da exclusiva proteção à hipossuficiência do consumidor para alcançar as relações paritárias e redefinir a clássica concepção de “inadimplemento das obrigações”.

Para além da própria prestação principal, o credor de uma obrigação – seja qual for a sua natureza – pretende o adimplemento da prestação satisfativa, que comporta todas as condutas que se pode esperar de um devedor diligente no alcance pleno do adimplemento. Portanto, o que se quer e o que se deve não é apenas o objeto principal do contrato, mas todos os comportamentos que possibilitam o seu alcance. Ser adimplente deixou de ser uma tarefa fácil.

Esta ressignificação das obrigações nos negócios jurídicos contemporâneos advém da necessária solidariedade entre as partes. O que significa dizer que, por meio da boa-fé objetiva, tanto o credor quanto o devedor são sujeitos ativos e passivos no vínculo jurídico; com efeito, não há mais que se falar apenas de sujeições de um lado e poderes do outro¹, e sim de uma parceria que tem por objetivo a ampla satisfação dos interesses jurídicos que figuram naquela avença.

Indaga-se, portanto, quais seriam as funções deste instituto de tamanha abrangência. Nas palavras de Judith Martins-Costa, a doutrina atribui à boa-fé objetiva, com finalidade meramente didática,² três funções relevantes, quais sejam a de “cânone hermenêutico-integrativo do contrato, norma de criação de deveres jurídicos e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”.³ Nessa perspectiva, boa-fé subjetiva e objetiva diferenciam-se na medida em que a primeira corresponde ao aspecto psicológico do agente quando da realização de suas condutas, sendo um estado que se contrapõe à má-fé, enquanto que a segunda é a observância de padrões objetivos de comportamento, é uma norma de conduta imposta de acordo com as legítimas expectativas da outra parte.

Esta tríplice função da boa-fé objetiva encontra-se dispersa pelo ordenamento jurídico. Tratando-se do Código Civil, que é a Lei sobre a qual recaiu a maior parte dos estudos deste Projeto, pode-se dizer que compreende a função hermenêutica, no seu artigo 113, a função limitadora do exercício de direitos, no artigo 187, e a função criadora de deveres anexos, no seu artigo 422, senão vejamos:

¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, v. 101, p. 181-205, 2015.

² Embora haja essa tripartição, Teresa Negreiros constata que “na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que “tipo” a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140).

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no sistema obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 427-428.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A presente pesquisa tem por objetivo o aprofundamento desta terceira função da boa-fé objetiva, que é a de criação de deveres anexos à prestação principal. Contraindo-se à famosa regra de que “o acessório segue o principal”, estes deveres se alastram para as fases pré e pós-contratual e criam novos requisitos e consequências jurídicas distintos dos comumente atrelados aos conceitos de mora e inadimplemento absoluto.

Essas duas espécies de descumprimento das obrigações são delimitadas no Código Civil brasileiro de forma a melhor proteger o credor dos riscos do descumprimento.⁴ De um lado, tem-se o inadimplemento relativo (ou mora), que não significa apenas o retardo do devedor no cumprimento da prestação principal, abrangendo também a inobservância do seu modo e lugar, o que está expressamente disposto no artigo 394, do Código Civil. De outro, o inadimplemento absoluto, que requer a análise da possibilidade da prestação para o devedor – em um aspecto objetivo que também considera tempo, modo e lugar – e da sua utilidade, que é um pressuposto vinculado ao credor.⁵

Desta forma, a boa-fé objetiva, por conta de seus deveres anexos, surge para dar novos contornos à teoria do inadimplemento das obrigações, na medida em que o adimplemento satisfativo passa a transcender o simples cumprimento da prestação principal para englobar todos os deveres laterais de informação, cuidado, sigilo, cooperação e tantos outros que surgirem a partir das nuances do caso concreto.

Desta nova concepção das relações jurídicas contratuais, diversas outras figuras são criadas pela doutrina civilista pautadas neste ideal de “tutela da confiança”, dentre elas, a chamada violação positiva do contrato, objeto de análise mais pormenorizada pelo Grupo com o objetivo de avaliar se a sua criação no direito brasileiro é realmente necessária, tendo em vista a existência de outros mecanismos fortemente eficazes no ordenamento jurídico pátrio para salvaguardar o credor do descumprimento, tais como os vícios redibitórios, o próprio Código de Defesa do Consumidor e os novos conceitos de mora e de inadimplemento absoluto das obrigações.

Este foi o ponto de partida do Grupo, que ao longo do Projeto esteve, muitas vezes, diante de perguntas para as quais não há resposta correta, mas que, à luz do caso concreto, pode ser a mais adequada. Mesmo com a perplexidade de não encontrar, na Jurisprudência, a aplicação correta da boa-fé objetiva e de suas figuras parcelares, o Grupo elaborou o presente trabalho com o objetivo de avaliar a necessidade da aplicação da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro cotejando-a com a conceituação abrangente de deveres anexos decorrentes da prestação principal.

⁴ Para Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería, a obrigação “deve ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. *A Funcionalização das Relações Obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. Diálogos sobre Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 267).

⁵ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965. p. 37-62.

Objetivos

A pesquisa teve como objetivo principal analisar as construções doutrinárias acerca da boa-fé objetiva, sobretudo dos deveres anexos dela decorrentes e as consequências de seu descumprimento. A este respeito, o grupo se propôs a investigar especialmente se é necessária, à luz da legislação brasileira, a criação de uma terceira via de descumprimento contratual, doutrinariamente denominada “violação positiva do contrato”, ou se suas figuras usuais (mora ou inadimplemento absoluto) já absorvem o descumprimento dos deveres anexos. Ademais, buscou-se analisar como a jurisprudência se posiciona acerca do tema.

A despeito da maior parte dos acórdãos encontrados na pesquisa de jurisprudência tratar de litígios consumeristas, o grupo concentrou sua análise nos processos que envolviam relações paritárias, disciplinados apenas pelo Código Civil.

Metodologia

Inicialmente, o grupo foi formado com o intuito de pesquisar os principais institutos relacionados com a responsabilidade contratual e tutela da confiança, quais sejam: (i) deveres anexos; (ii) violação positiva do contrato, (iii) teoria da aparência; e (iv) dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Contudo, na medida em que os estudos foram sendo aprofundados, houve a necessidade de, para melhor sistematizar os resultados, dividir a pesquisa em dois blocos: “Deveres Anexos e Consequências do seu Descumprimento” e “Uma Análise da Mitigação dos Próprios Prejuízos e da Tutela da Aparência no Direito Brasileiro”.

A pesquisa se deu em duas fases. Na primeira, ocorreram encontros quinzenais nos quais os orientadores encaminhavam ao menos dois textos a respeito do tema escolhido com posições divergentes, complementares ou provenientes de momentos históricos diferentes para que os alunos pudessem compará-los e analisá-los à luz do Código Civil de 2002 e dos casos concretos. Em primeiro lugar, cada aluno fazia breves comentários a respeito dos textos encaminhados para, em seguida, iniciar-se um debate com questionamentos e propostas interpretativas, sempre em face de casos trazidos pelos orientadores.

Em um segundo momento, foram analisadas decisões de Tribunais brasileiros acerca dos institutos relacionados ao tema da responsabilidade contratual e tutela da confiança. Os julgados que mais chamaram a atenção dos alunos foram adicionados a uma planilha, posteriormente encaminhada aos orientadores. Ao final, os alunos tiveram a oportunidade de apresentar e debater os julgados de maior relevância.

Resultados da Pesquisa

1. Os deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva

Para entender o que são deveres anexos e a sua importância no Direito Civil Contemporâneo, é necessário enxergar a relação obrigacional de maneira complexa.⁶ Isso significa dizer que, em uma relação obrigacional, não há apenas uma prestação final, um dever principal, mas toda uma cadeia de obrigações interdependentes, em que ambos os sujeitos do vínculo são credores e devedores reciprocamente na persecução do resultado útil programado.⁷

⁶ Atribui-se a Karl Larenz esta concepção de relação obrigacional complexa, que abrange, além dos deveres de prestação, os deveres de conduta. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 20.

⁷ MARTINS-COSTA, 1999, p. 440.

Também chamados de deveres instrumentais, ou laterais, os deveres anexos decorrem da boa-fé objetiva, pois não foram estipulados expressamente pelas partes, mas, por uma interpretação do aspecto finalístico contratual, surgem de maneira implícita para a melhor tutela dos interesses ali representados. Em outras palavras, seria exigir demais das partes contratantes que pormenorizassem todas as condutas que esperam umas das outras naquele contrato. Sendo assim, por meio do princípio da boa-fé objetiva, surgem deveres jurídicos tais como o dever de proteção, de informação, de sigilo e tantos outros que sucedem do objeto contratual e dos aspectos do caso concreto.

Tais deveres traduzem-se em padrões de conduta esperados por ambas as partes da relação contratual,⁸ são *standards* que se alastram para além dos interesses subjetivos do credor e que nascem e se modificam com o decorrer do tempo.⁹ É impossível conceber uma prestação de serviços médicos de estética sem a devida informação sobre os possíveis efeitos colaterais daquela intervenção, ou até mesmo um contrato de compra e venda de gado em que parte do rebanho está adoecida. Estes são apenas alguns exemplos de deveres de conduta que estão de tal forma ligados ao conteúdo útil programado que se tornam necessários para a completa satisfação do credor.

Neste sentido, resta evidente a posição de extrema relevância que estes deveres ocupam na redefinição do conceito de inadimplemento das obrigações.¹⁰ A partir do momento em que o devedor descumpre um dever anexo à prestação principal, pode-se estar diante de um inadimplemento relativo (ou mora) e, até mesmo, de um inadimplemento absoluto, em que a prestação se torna inútil para o credor ou impossível para o devedor, por fato a ele imputável. Note-se que se todas as informações a respeito dos possíveis efeitos negativos da cirurgia plástica tivessem sido fornecidas, a(o) paciente jamais teria se submetido àquele procedimento ou poderia se prevenir da ocorrência desses efeitos, ou o adquirente dos bovinos jamais os teria comprado sabendo de sua enfermidade.

Nas palavras de Vera Maria Jacob de Fradera:

O ponto de partida para a compreensão do dever anexo ou secundário é analisar a relação jurídica vista como uma “totalidade” e o vínculo jurídico que une os participantes da relação entre si, como “ordem de cooperação”, de que resulta uma unidade. Assim visualizada a relação obrigacional, credor e devedor deixam de ser antagonistas para se volverem em colaboradores na consecução do adimplemento, fim que polariza as atividades de ambos os sujeitos da relação.¹¹

Para aprofundar os estudos sobre o tema, o Grupo, em suas pesquisas jurisprudenciais, tentou encontrar acórdãos em que a causa de decidir fosse pautada na violação de um dever anexo à prestação principal. Entretanto, constatou-se que, por mais que tenha havido um

⁸ “Não se exige que as partes procurem realizar os interesses individuais da contraparte em detrimento de seus próprios interesses ou de posições contratuais para si mais vantajosas. É inerente à relação contratual a busca por situação mais favorável à realização de seus objetivos. O que se veda por meio da boa-fé é que essa disputa em prol da realização dos interesses contrapostos viole a lealdade e a honestidade, que devem governar, também, as relações contratuais” (TERRA, 2009, p. 36).

⁹ Além de complexa, a relação obrigacional é também um processo.

¹⁰ Para Aline de Miranda Valverde Terra, “a alteração do conceito de adimplemento implica, na mesma medida, a evolução da noção de inadimplemento: se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa dizer que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a inexecução da *prestação satisfativa*, e não o mero descumprimento da prestação principal”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 103.)

¹¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O dever de informar do fabricante. apud MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no sistema obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

descumprimento contratual, na verdade, foi a própria prestação principal o que se violou, e não os seus deveres anexos. Tome-se de exemplo o REsp 1.655.139, sob a relatoria da ministra Nancy Andrighi:

Sob tal perspectiva, verifica-se que, na espécie, as recorridas chegaram atrasadas para o coquetel de lançamento, por sua culpa, e dele saíram, inesperadamente, antes do combinado; deixaram o hotel na madrugada seguinte, sem comunicar previamente os recorrentes; ausentaram-se do desfile de abertura, comprovando apenas minutos antes a impossibilidade de fazê-lo; e deixaram de comparecer ao desfile de encerramento sem qualquer motivação razoável.

(...)

Desse cenário extrai-se que o comportamento das recorridas revela absoluta inobservância dos deveres de informação e lealdade na execução do contrato, deveres esses aos quais, por força do art. 422 do CC/02, estavam vinculadas enquanto contratantes, mesmo que não escritos.¹²

Neste julgado, a modelo Caroline Bittencourt, contratada para participar de um coquetel e de um desfile de abertura e encerramento de um festival de noivas como “noiva símbolo”, chegou atrasada e saiu mais cedo no primeiro evento e deixou de comparecer ao desfile, enviando, dez minutos antes de seu início, um atestado médico concluindo pela impossibilidade de a modelo comparecer por razões de saúde; quando, na verdade, a mesma teria dado prioridade a outro compromisso a se realizar em outra cidade. O acórdão atribui o descumprimento contratual às violações dos deveres anexos de informação e lealdade por parte da modelo.¹³ Ocorre que, em verdade, a prestação principal, por si só, foi descumprida, não havendo necessidade de se recorrer ao instituto da boa-fé objetiva para justificar o inadimplemento contratual neste caso, o que se fez apenas em recurso de retórica.

Em outras palavras, o que por vezes se aponta, genericamente, como violação dos deveres de lealdade e informação, e, portanto, de deveres anexos, é, em verdade, uma violação da própria prestação principal, que é exatamente o caso da modelo. A obrigação de comparecer ao desfile e ao coquetel é a prestação principal, e não decorre de deveres de conduta oriundos da boa-fé objetiva, como seria, por exemplo, o dever de não desrespeitar os convidados.

Sendo assim, o que notamos neste, e em tantos outros julgados encontrados,¹⁴ foi que o princípio da boa-fé objetiva é amplamente utilizado pelos Tribunais para embasar descumprimentos contratuais. Entretanto, é preciso atentar para o fato de que quando a

¹² STJ, REsp 1.655.139/DF. Relatora: Mini. Nancy Andrighi. Julgamento: 05.12.2017. Órgão Julgador: 3ª Turma.

¹³ “Pelo dever de informação, estavam as recorridas obrigadas a alertar os recorrentes, de imediato, sobre o fato superveniente – doença – que impossibilitou o devido cumprimento da prestação, assim evitando ou minorando os danos causados à parte contrária. Pelo dever de lealdade, cabia às recorridas não defraudar a confiança dos recorrentes no fiel cumprimento da palavra dada, especialmente com relação ao comparecimento da modelo no desfile de encerramento, já que o atestado médico apresentado vigia apenas até a véspera desse evento. Basta dizer que, segundo o TJ/DFT, a resposta dada pelas recorridas (Agência de modelos) para justificar essa ausência, foi a de que “a profissional já estava envolvida com outros compromissos” (fl. 831, e-STJ), quando havia assumido com os recorrentes a obrigação de desfilar como “noiva símbolo” da 14ª edição do Fest Noivas de 2007 no dia 03/06/2007. Assim, tem-se como caracterizado o inadimplemento das recorridas”.

¹⁴ STJ, REsp 758.518/PR. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Julgamento: 17.06.2010. Órgão Julgador: 3ª Turma / TJRS, Embargos Infringentes nº 70057149429. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julgamento: 22.11.2013: Órgão Julgador: Quinto Grupo Cível / TJMG, Apelação Cível nº 1.0000.17.044850-0/002. Relator: Des. Alberto Diniz Junior. Julgamento: 29.11.2017. Órgão Julgador: 11ª Câmara Cível. / TJDF, Apelação Cível nº 2030110292967APC. Relatora: Maria Ivatônia. Julgamento: 28.05.2015: Órgão Julgador: 1ª Turma Cível.

própria prestação principal é violada, estar-se-á diante de uma mora ou de um inadimplemento absoluto – a depender do caso – antes mesmo de se falar em violação de deveres de conduta.

Abstratamente, o Grupo pôde conceber algumas situações em que existiria uma violação de deveres anexos com o adimplemento da prestação principal, o que demonstra a autonomia destes deveres. Tome-se como exemplo o farmacêutico contratado pelo laboratório “X” para desenvolver medicamento capaz de curar determinada doença, mas que, uma vez alcançada a fórmula, a revela para outro laboratório concorrente. Outro exemplo é o caso de uma joalheria internacional que contrata uma empresa de *outdoors* para divulgar sua nova joia. Entretanto, esta empresa aloca os referidos *outdoors* apenas em locais extremamente ermos e sem iluminação.

Note-se que, nos casos acima, a prestação principal foi cumprida: a cura para a doença foi produzida e os *outdoors* foram perfeitamente fabricados. Entretanto, deveres laterais, de condição *sine qua non* para o alcance do resultado útil programado, não foram observados, quais sejam o de lealdade e sigilo, com relação à divulgação da fórmula para a concorrência, e o de cooperação, tratando-se da disposição dos *outdoors* em locais sem qualquer possibilidade de visualização pelo público alvo da joalheria.

Foi a partir desta constatação - de que existem cenários em que a prestação principal é cumprida, mas seus deveres anexos não -, que surgiu para o Direito um novo instituto jurídico denominado “violação positiva do contrato”. Com raízes na Alemanha,¹⁵ a violação positiva do contrato é um dos institutos jurídicos que decorrem da boa-fé objetiva e que possui enorme aceitação nos Tribunais Nacionais, que, por sua vez, a concebem na maior parte das vezes em que se reconhece a violação de deveres anexos.

Diante do exposto, passa-se agora a explorar este instituto, ponderando-se se ele deve ser recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro ou se sua existência é desnecessária frente aos outros recursos que se pode lançar mão para alcançar os mesmos resultados, quais sejam a mora e o inadimplemento absoluto das obrigações.

2. A Violação Positiva do Contrato

Em estreita relação com o conceito de deveres anexos encontra-se o instituto denominado violação positiva do contrato, idealizado na Alemanha por Hermann Staub.¹⁶ O conceito versa, essencialmente, sobre o inadimplemento dos deveres anexos à obrigação principal. Nesse sentido, ainda que prestação principal seja devidamente adimplida, a inobservância de determinado dever anexo é capaz de gerar danos àquele que teve seu direito ou mesmo expectativa violados.¹⁷

A violação positiva do contrato pode ser resultado da ação ou omissão de qualquer um dos signatários do contrato uma vez que os deveres anexos permeiam a relação contratual como um todo, e não uma prestação específica, devida por este ou aquele.¹⁸ O mais comum, entretanto, é a que a violação se dê por meio de omissão. Isso porque, salienta-se aqui a falta da prestação de algum dos deveres anexos, como, dentre outros, o de informação e o de cooperação.¹⁹

¹⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 595.

¹⁶ *Ibid.* p. 595.

¹⁷ Confira-se o entendimento de Renata C. Steiner: “Sublinhe-se, portanto, que, no caso de violação positiva por quebra de deveres laterais, houve cumprimento da prestação de forma perfeita, não havendo de se falar em vícios ou danos causados por fato desta. Os danos, aqui, são oriundos de um comportamento violador da boa-fé objetiva, em especial pela quebra dos deveres anexos laterais decorrentes e já estudados em capítulo anterior.” (STEINER, Renata C. *Descumprimento Contratual: Boa-fé e Violação Positiva do Contrato*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2014.p. 232)

¹⁸ *Ibid.* p. 235.

¹⁹ *Ibid.* p. 235.

Aqueles que defendem a incorporação do instituto ao direito pátrio o fazem por entenderem que se trata de um instituto complementar à mora e ao inadimplemento absoluto uma vez que se aplica apenas aos descumprimentos dos deveres anexos, e não dos principais, o que diferencia e especializa o instituto.²⁰ Entendem, ainda, que a violação positiva do contrato estaria, de certo modo, compreendida no art. 389 do Código Civil, na parte onde se lê: “*não cumprida a obrigação*”.²¹

A corrente doutrinária contrária à necessidade da implementação do instituto da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro o faz por, principalmente, entender que as situações em que esta teria lugar poderiam, sem quaisquer prejuízos, ser resolvidas por espécies de inadimplemento já existentes, como a mora e o inadimplemento absoluto.²²

De acordo com os que defendem tal posicionamento, a violação dos deveres anexos relaciona-se, diretamente, com o adimplemento ou não da obrigação principal, de forma que, somados, eles devem ser entendidos como uma prestação única (para fins de efeitos do inadimplemento). Dessa forma, haveria espaço para a aplicação dos institutos – já conhecidos e positivados – de inadimplemento. A ressalva feita aqui é a de que a modulação dos efeitos da violação apenas dos deveres anexos seria aspecto primordial para a qualificação do descumprimento como mora, inadimplemento absoluto ou qualquer outro instituto previsto no ordenamento brasileiro.²³

Apesar do fato de a violação positiva do contrato não encontrar, na legislação nacional, qualquer forma de positivação, os Tribunais brasileiros, já familiarizados com o conceito amplamente discutido pela doutrina, vêm aplicando a violação positiva em suas decisões. Uma primeira análise dos acórdãos que citam o termo ‘violação positiva’ no STJ, TJRJ, TJRS, TJMG e TJDF já é suficiente para demonstrar a aplicação confusa e atécnica de tal instituto.²⁴

Jorge Cesa Ferreira da Silva identificou cinco situações em que a violação positiva do contrato teria utilidade no Brasil, que seriam: (i) o descumprimento de obrigações negativas; (ii) o descumprimento de deveres laterais; (iii) o mau cumprimento de deveres de prestação gerando danos distintos dos causados pela mora ou pelo inadimplemento absoluto; (iv)

²⁰ Veja-se, por exemplo, Eduardo e Graziela Righi: “Evidencia-se, assim, a necessidade de alargamento do modelo dicotômico de inadimplemento para nele incluir uma terceira hipótese: a violação positiva do contrato. Tal afirmação prende-se ao fato de que tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora relacionam-se à prestação principal, restando carente de regulamentação os deveres laterais que visam otimizar o vínculo contratual.” (RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, vol. 395, Rio de Janeiro, jan./fev., 2008. p.146)

²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 302.

²² Nesse sentido, Aline de Miranda Valverde Terra leciona que: “Por todo o exposto, nota-se que a tentativa de adotar a violação positiva do contrato como terceira espécie de inadimplemento não se justifica diante da pluralidade de institutos previstos pelo legislador nacional - notadamente inadimplemento absoluto, mora, vícios redibitórios, vício do produto, vício do serviço, acidente de consumo, cobrança indevida -, e dos vários suportes fáticos sobre os quais cada uma dessas figuras pode incidir. Impõe-se, assim, ao aplicador do direito, debruçar-se sobre o ordenamento jurídico pátrio a fim de identificar, dentre todas as possíveis soluções oferecidas pelo sistema, aquela que melhor se coaduna ao concreto conflito de interesses, furtando-se de importar, a técnica e desnecessariamente, a teoria estrangeira.” (TERRA, 2015, p. 8.)

²³ Novamente, Aline de Miranda Valverde Terra: “A violação de tais deveres, qualquer deles, repercute, em maior ou menor grau, sobre a prestação devida e, conseqüentemente, sobre o interesse do credor na prestação. E será esse “maior ou menor grau” que definirá os efeitos do inadimplemento. Sendo assim, não importa se o que resta violado é um dever de conduta ou um dever de prestação principal, já que todos eles se incluem no mais amplo conceito de prestação devida. O descumprimento configurará mora desde que seu cumprimento se afigure possível ao devedor e útil ao credor, enquanto encerrará inadimplemento absoluto se a prestação restar impossível para o devedor ou imprestável para o credor.” (TERRA, 2015. p. 9.)

²⁴ A despeito do número considerável de decisões encontradas, a grande maioria delas foi proferida no âmbito de relações de consumo, e não em relações paritárias, objeto do presente estudo.

descumprimento de dever(es) de entrega em contrato de fornecimento sucessivo: as obrigações duradouras; e, por fim, (v) a recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação.²⁵

Todavia, é importante notar que, em todos os casos encontrados, a caracterização da violação positiva do contrato só era realizada nas situações em que deveres anexos eram descumpridos. Casos envolvendo as outras hipóteses de aplicação do instituto não foram encontrados nos Tribunais analisados.

Analisando as decisões encontradas, foi possível identificar que os deveres anexos mais aludidos quando se menciona a violação positiva do contrato foram o de lealdade, boa-fé, fidúcia e transparência. Com fins ilustrativos, destaca-se, aqui, o seguinte trecho decisão proferida pelo TJRJ:

Assim, observa-se que a ré vulnerou o princípio da boa-fé objetiva, do qual se extraem os chamados deveres anexos ou laterais de conduta, tais como os deveres de colaboração, fidúcia, respeito, honestidade e transparência, que devem estar presentes nas relações contratuais como a que ora se examina. Por certo, quando ignorados ou afrontados os deveres anexos da boa-fé, instaura-se a violação positiva do contrato ou cumprimento defeituoso, onde não se observa o descumprimento da totalidade do avençado, mas sim dos deveres laterais do mesmo, caracterizando hipótese de inadimplemento à luz do Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil.²⁶

Dentre os acórdãos estudados, um dos poucos que aplicou as diretrizes estabelecidas pela doutrina defensora da violação positiva do contrato e que mereceu um aprofundamento dos estudos do Grupo foi a Apelação Cível nº 70029885506 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO ESTÉTICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DEVER ANEXO DO MÉDICO DE INFORMAR OS RISCOS DE RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO. OBRIGAÇÃO NÃO ATENDIDA. DANO ESTÉTICO VERIFICADO. JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES A CONTAR DA DATA DO ILÍCITO. I. A contratação de cirurgia plástica estética configura espécie de obrigação de resultado, a qual comporta deveres anexos, primordialmente o dever de informar a parte de eventuais riscos de resultado diverso do pretendido. II. Uma vez demonstrado nos autos o descumprimento, pelo cirurgião médico demandado, do dever de informar à autora acerca dos riscos do serviço por aquele oferecido, e verificadas imperfeições decorrentes da intervenção cirúrgica de lipoaspiração, concernentes na assimetria das mamas e do abdômen, resta caracterizada a violação positiva do contrato, por descumprimento do dever anexo (*Nebenpflichten*) de informação, o qual, em se tratando de relação de consumo, encontra previsão expressa no art. 30 do CDC. Corolário lógico é o cabimento da indenização por prejuízo extrapatrimonial da espécie dano estético. III. Os juros de mora, neste caso, devem ser contados a partir do evento danoso a teor do que dispõe a súmula n.º 54 do STJ, por se tratar de responsabilidade extracontratual. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.²⁷

²⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

²⁶ TJRJ, apelação nº 0008577-10.2015.8.19.0204, Des. Marcos Alcino De Azevedo Torres, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor. Julgamento: 08/06/2016.

²⁷ TJRS, Apelação Cível nº 70041956384, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 10/11/2011.

No caso em questão, a autora do processo se submeteu a cirurgias estéticas realizadas pelo réu, que, após o procedimento, agiu de forma negligente com os exames pós-operatórios de sua paciente. Com o agravamento dos efeitos colaterais de sua cirurgia, a autora teve que se submeter a uma nova intervenção cirúrgica, que tampouco alcançou os resultados desejados. Todavia, o médico, novamente deixou de cumprir com seu dever de informação quanto aos riscos da cirurgia e também dos cuidados que posteriormente deveriam ser tomados.

Diante de tais circunstâncias, os desembargadores do TJRS, ao analisarem o pleito da paciente, entenderam que, apesar de a obrigação principal contratada entre as partes (cirurgia plástica estética) ter sido devidamente adimplida, a inobservância de um de seus deveres anexos (dever de informação) caracterizaria a violação positiva do contrato. Tal entendimento resultou na condenação do médico ao pagamento da indenização pedida pela autora da ação, cumulado, ainda, ao pagamento de danos morais.

Diante dos resultados das pesquisas do Grupo aqui elencadas, pôde-se constatar que a não positividade da violação positiva do contrato no ordenamento brasileiro causa insegurança não só quanto à sua existência, mas também à sua aplicação. Isso porque, a falta de definição e delimitação do instituto acaba gerando “rivalidade” doutrinária no que concerne à necessidade de uma nova forma de inadimplemento. Tal rivalidade é refletida, ainda, na aplicação confusa do conceito pelos Tribunais do país.

Conclusões

Na qualidade de princípio e, conseqüentemente, fonte do Direito, a boa-fé objetiva assume posição de enorme relevância no Direito Civil Contemporâneo, provocando toda uma revolução nas concepções de adimplemento e inadimplemento das obrigações. As relações obrigacionais passam a ostentar caráter complexo e funcional, abrigando deveres que persistem para além do tempo contratual e para fora do contrato. Os deveres anexos surgem não apenas para tutelar os interesses do credor, mas para que ambos os sujeitos do vínculo rumem juntos em direção ao adimplemento e ao que se chama de resultado útil programado.

A boa-fé objetiva age em função do interesse coletivo e se pauta na busca pela cooperação, promovendo, assim, o valor constitucional da solidariedade. Diante desta ressignificação das posições contratuais e sob o olhar de que credor e devedor são ambos sujeitos ativos e passivos em busca do adimplemento, surge a discussão sobre a necessidade de uma proteção mais específica dos chamados deveres anexos que, para parte da doutrina, não possuem contornos tão bem definidos pelo ordenamento. Para tanto, desenvolveu-se a chamada violação positiva do contrato.

Diante das três funções principais da boa-fé objetiva reconhecidas pela doutrina (*cânon* hermenêutico-interpretativo, criação de deveres anexos e limitação de direitos subjetivos), mais especificamente da função criadora de deveres anexos, a jurisprudência nacional tende a cometer certas “confusões conceituais”, enquadrando todo dever de cooperação, lealdade, informação, e tantos outros, no rol de deveres anexos. Ocorre que, como se demonstrou ao longo desta pesquisa, em muitos casos, a própria lealdade ou cooperação é nada menos do que a prestação principal, não sendo rigorosamente correto enquadrar esses descumprimentos na violação de deveres anexos, mas sim na violação da própria prestação principal.

Estritamente ligada aos deveres anexos está o conceito de violação positiva do contrato, oriundo da Alemanha e, como visto, objeto de extensas análises sobre a necessidade ou não de sua aplicação no direito brasileiro. Isso porque, ao abarcar situações nas quais a prestação principal fora devidamente cumprida, mas que, algum dos deveres anexos foi inobservado (gerando um dano), a violação positiva do contrato surge, na doutrina, como uma terceira forma de inadimplemento contratual.

Apesar de ter objeto mais restrito, visto que só abrange os deveres anexos, deve-se ter em conta o fato de que a doutrina, conforme exposto, entende o descumprimento contratual de modo amplo, como uma forma de sinergia entre deveres principais e anexos. Ou seja, para fins de qualificação do inadimplemento como mora ou inadimplemento absoluto, serão analisados os cumprimentos de todas as obrigações envolvidas no contrato, independentemente de sua natureza (principal ou anexa).

Não haveria, dessa forma, necessidade de um instituto que abarcasse uma parcela dessa obrigação 'global', que se traduz na ideia do que a violação positiva do contrato se dispõe a fazer. Os institutos da mora e do inadimplemento absoluto, já consagrados e positivados no ordenamento jurídico brasileiro seriam, por si só, capazes de solucionar situações em que houve o adimplemento da prestação principal com a concomitante inobservância dos deveres anexos que integram a relação contratual.

O referido entendimento resulta não só das discussões doutrinárias, mas também da análise das decisões dos Tribunais que versavam sobre o tema aqui analisado. Pôde-se perceber que as decisões muitas vezes aplicam os institutos decorrentes da boa-fé objetiva de forma confusa e atécnica. Isto é, eles são, de regra, mencionados apenas para dar suporte a uma ou outra conclusão, sem que seja feita análise jurídica mais profunda de suas nuances e do caso concreto.

Tal prática acaba por enfraquecer o princípio, e demonstra o longo caminho ainda a ser percorrido pela doutrina no sentido de definir com mais clareza seus limites, vale dizer, os casos em que deve ser aplicada, e os que dela prescindem. E assim, os julgados que justificam o inadimplemento ou a mora pela violação de um dever anexo, poderiam ser analisados pelo viés da prestação satisfativa – que engloba prestação principal e deveres anexos – que não foi adimplida, a configurar mora ou inadimplemento absoluto conforme a prestação ainda seja, ou não, possível para o devedor e útil para o credor, sem precisar criar um novo instituto para tutelar esse interesse, pois tem sido ineficaz em sua aplicação.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, vol. 12, out.-dez. 2002. p. 169-225.

COMPARATO, Fábio Konder. Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria. *Revista de Direito Mercantil*, nº 111, Ano XXXVI – jul.-set. 1998. p. 39-44.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. *A Funcionalização das Relações Obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. *Diálogos sobre Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2007

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. *Revista de Direito do Consumidor*. n.º 35. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 9-38.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no sistema obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, vol. XI, nº2, 2016. p. 77-88.
- POSNER, Richard A. Richard A. Posner, *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, 107 *Mich. L. Rev.* 1349, 1364 (2009). p. 1349-1364.
- RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, vol. 395, Rio de Janeiro, jan./fev., 2008.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.
- STEINER, Renata C. *Descumprimento Contratual: Boa-fé e Violação Positiva do Contrato*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 139-151.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 10/2015. Set-out/2015. p. 181-205.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.