

Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato

Raphael Manhães Martins
Advogado e Professor da UERJ.

“Cada época tem o Direito que merece”.
(R. C. van Caenegem)

1. DUAS LEIS, DOIS TEMPOS

Este início de século foi marcado pela promulgação de dois importantes diplomas legislativos:

Em 11 de outubro de 2001, foi aprovada, na Alemanha, a “Lei para modernização do Direito das Obrigações” (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), que, diante do atraso de seu arcabouço legislativo então vigente, propunha-se a reformular partes vitais de seu Código Civil. Poucos meses depois, em 10 de janeiro, o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406) foi promulgado, tendo como principal objetivo tornar o sistema civilístico nacional mais consentâneo com a realidade socioeconômica do país.

Embora a proximidade temporal das duas leis possa sugerir uma semelhança entre seus dispositivos, o que se sobressai de um cotejamento é a certeza de que esses diplomas encontram-se em

dois momentos distintos. Enquanto o alemão é uma verdadeira consolidação de quase um século de debates doutrinários e inovações judiciais, o Código brasileiro, em diversos momentos, parece ainda envolto de um inegável sabor do início do século passado...

Essa dissonância é mais evidente quando analisada a forma como os dois diplomas regulam a Teoria do Inadimplemento. Enquanto o legislador brasileiro tratou do não-cumprimento das obrigações através das clássicas figuras da mora e da impossibilidade da prestação, a lei alemã adotou, em substituição, o conceito de “perturbação da prestação”¹ (*Leistungstörungen*), cuja base encontra-se não no incumprimento do objeto principal da obrigação - onde o binômio mora/inadimplemento aplica-se de forma mais característica - mas na violação de um dever qualquer da relação jurídica.

Essa situação, que, infelizmente não se circunscreve ao tema do inadimplemento das obrigações, é apenas uma demonstração de que nosso Código Civil encontra-se em dissonância com o atual desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, principalmente na parte do Direito das Obrigações.

Por certo, não se trata de questionar a opção do legislador brasileiro, mas de constatar a inadequação entre nosso direito positivo e o paradigma atual do direito das obrigações. Isso, principalmente, uma vez que reconhecemos na adequação ao paradigma vigente uma condição *sine qua non* para um diploma que busque alcançar legitimidade científica e social.

Afinal, já se foi o tempo em que o direito das obrigações era concebido como algo imutável e aistórico, ou melhor, como uma correnteza tranqüila seguindo seu curso sem sobressaltos. Ao contrário, percebe-se que, como todo objeto que sofre a ação da história, o Direito das Obrigações foi alvo de tensões e distensões, sendo ora objeto de releituras técnicas por parte dos operadores do direito, ora um barco carregado pela correnteza dos influxos políticos e filosóficos dominantes.

¹ Conceito formulado, principalmente, por Heinrich Stoll, em sua obra “*Die Lehre von Leistungstörungen*”, de 1936. (Cf. SESSLER, Anke. *Die Lehre von den Leistungstörungen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*. Berlin: Duncker und Humboldt, 1994. p. 119 et seq.).

E, para uma compreensão destas mutações sofridas pelo Direito das Obrigações, será extremamente valiosa a referência aos paradigmas. Principalmente quando se reconhece nestes a “contraprova” da adequação de determinado ordenamento jurídico ao desenvolvimento científico atual².

O presente trabalho, portanto, busca analisar os contornos do que poderíamos chamar de Paradigma Contemporâneo do Direito das Obrigações, bem como apontar os novos problemas que este novo paradigma apresenta. Isto, claro, com o objetivo último de propor soluções interpretativas para as deficiências do Direito das Obrigações, em geral, e da Teoria do Inadimplemento, em particular, tal como foi regulada em nosso Código Civil.

2. O PARADIGMA CONTEMPORÂNEO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

No mundo hodierno, o Direito das Obrigações não possui a sua importância simplesmente pelo tráfico ou intercâmbio de bens. Embora, em determinados casos, a relevância do instituto limite-se a uma simples relação de trocas - como seria o caso de uma compra e venda à vista - seu escopo de atuação em muito sobeja esta função.

Reconhece-se, a esse propósito, que o direito das obrigações não só repercute no plano econômico, mas também no social. Afinal, quando o Direito das Obrigações estabelece a correlação entre direitos e deveres numa relação de cooperação ou parceria (*joint venture*), ou na relação entre seguradoras e segurados, “*se pone manifiesto especialmente la ‘misión social’ del derecho privado, a saber, establecer condiciones y dictar normas que hagan posible un equilibrio razonable de las fuerzas sociales y de los intereses*”

² Mesmo porque, conforme aponta Ronald Dworkin: “O papel que paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se [...]. Em decorrência desse papel especial, a relação entre a instituição e os paradigmas da época será estreita a ponto de estabelecer um novo tipo de atributo conceitual. Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário” (*O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 88-89).

de un grupo humano y tomen en consideración la necesidad de protección de los económicamente débiles.”³

Mas não se trata apenas de uma mudança de perspectiva, ocasionada por uma reavaliação do papel do Direito das Obrigações. Afinal, ainda que pensemos apenas nas trocas de bens e suas repercussões econômicas, a mesma Teoria Geral das Obrigações que regula a compra e venda de um bem móvel é aquela que estabelece os limites e regras do tráfico comercial de massa. Da mesma forma, a Teoria que se aplica à obrigação assumida por uma empresa, após longa negociação com um fornecedor, será aquela aplicável em um contrato de gaveta, em que a participação do consumidor resume-se à assinatura de um formulário pré-impresso.

Para se entender essa multiplicidade de situações, a antiga compreensão da relação jurídica obrigacional⁴ como uma correlação entre obrigação e “dever jurídico”, por meio da qual uma pessoa se sujeita a realizar determinada prestação simétrica à pretensão de outrem, não se mostra adequada.

Essa antiga correlação só desempenha um papel relevante, no estágio atual de nossa sociedade, caso se deseje destacar a relação entre direitos (*créditos*) e deveres (*dívidas*) que decorrem da relação jurídica, de forma que uma pessoa possa reclamar de outro determinado comportamento⁵.

Mas é forçoso aceitar que esses créditos e dívidas, que vêm à tona na análise do dever jurídico, se considerados isoladamente, não passam de conceitos ideais. Conceitos, aliás, frutos de um processo metodológico de abstração, em que se isola o vínculo obrigacional da causa que a produziu e do fim almejado pelas partes.

³ LARENZ, Karl. “*Derecho de Obligaciones*”. Tomo 1. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1964. p. 14.

⁴ V. nosso trabalho anterior MARTINS, Raphael Manhães. “*A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações*”. *Revista dos Tribunais*, v. 33, p. 250-289, jan.-mar./2008.

⁵ Conforme Diaz-Picazo, “*así considerada, la obligación no sólo es el deber jurídico, sino también un derecho subjetivo, perteniente a la categoría de los derechos personales o de crédito*” (DIEZ-PICAZO, Luiz, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*, v. II. 5ª ed. Madrid. Editorial Civitas, 1996. p. 49).

Mas, mesmo reconhecendo a validade de tal método para aquela finalidade, sua utilização da forma exclusiva implica a perda de conteúdo material do instituto. Afinal, uma compreensão global da relação obrigacional só é acessível a partir do momento em que ela é posta em contato com uma realidade subjacente. Realidade esta que, por sua vez, é mais completa, complexa e cambiante do que as abstrações do jurista.

Uma vez inserido nessa realidade, o conceito ideal, abstrato e generalizante, passa primeiramente a referir-se à causa que lhe deu origem. Mesmo porque as partes não praticam negócios jurídicos aleatoriamente, mas com interesses concretos na materialização de certos objetivos, sejam econômicos, sociais, morais ou ideais⁶. Isto porque a relação jurídica entre duas partes não simplesmente existe como um fim em si, mas constitui-se num instrumento à concretização de interesses.

Em contato com a causa que a originou e as finalidades concretas das partes envolvidas, tornar-se-á perceptível a “‘tensão’ ou ‘polaridade’ [existentes] entre os aspectos voluntaristas do contrato - aspecto subjetivo - e o seu meio econômico - aspecto institucional - o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente”⁷.

Assim, é necessário ver tais interesses traduzidos em um elemento concreto da relação jurídica, de forma que possam ser imbuídos de especial força para a própria determinação do conteúdo interno da relação obrigacional.

É verdade, entretanto, que não será qualquer finalidade que terá a força para transformar a relação obrigacional. Esse papel é atribuído apenas àquele escopo cuja relevância para a situação concreta demande que lhe seja conferido um caráter impositivo aos sujeitos.

Sendo assim, para alcançar tal qualificação, é necessário que a finalidade das partes possua objetividade e cognoscibilidade,

⁶ Cf. RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias. *Direito das Obrigações*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2001, p. 129.

⁷ SILVA, Clóvis do Couto e, “A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro”. *Revista dos Tribunais*, v. 655, p. 10, maio 1990.

atributos esses necessários para projetarem-se no ordenamento jurídico como reflexo da finalidade obrigacional. E, dito de outra forma, é necessário que haja uma “*ligação de causalidade-finalidade entre a necessidade económica correspondente à prestação que se efectiva e a utilidade que se visa colher da prestação*”⁸.

Daí ser compreensível que dois contratos de compra e venda de determinado bem, com a mesma estipulação de direitos e deveres, produzam relações jurídicas diversas⁹.

Nesse passo, a finalidade passa a ser compreendida como a “*missão concreta (da relação obrigacional), comum a todos os elementos singulares integrados no todo unitário (créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais etc.)*”¹⁰. E, ao assumir essa “missão”, a disciplina do direito das obrigações não se limitará ao mero direito de crédito, visto que do contato social surge uma série de deveres que passam a integrar a relação obrigacional, ao lado da própria prestação principal.

Sobre este ponto, Jorge Leite Areias Ribeiro de Farias já assinalava: “O que está em causa é que a relação obrigacional pode significar um ‘plano’ (legal ou contratual), que não decorre sempre de uma forma linear e precisa e que, por isso mesmo, é acompanhada de um complexo instrumentário de poderes e deveres, o qual propicia, de qualquer sorte, a realização desse plano em forma patrimonial adequada, mesmo que falhe a deslocação de bens inicialmente prevista.”¹¹

Os méritos do desenvolvimento inicial deste paradigma são devidos à doutrina alemã do início do século XX¹², que demonstrou

⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 316.

⁹ Por exemplo, seria este o caso do fabricante de *softwares* de informática que vende tanto para empresas de consultoria técnica, quanto para usuários domésticos. Embora exista, em ambos os casos, um dever de informação quanto à utilização e aos cuidados com o produto, para o usuário doméstico este cuidado é, sem dúvida, maior. Assim, numa situação concreta, a falta de uma informação poderá gerar direito de indenização apenas para o usuário doméstico e não para uma empresa de consultoria técnica que se presume já possuir mínimos conhecimentos sobre o produto.

¹⁰ *Ibidib.* p. 314-315.

¹¹ RIBEIRO DE FARIAS, Jorge Leite Areias. *Op. cit.* p.120.

¹² V. CORDEIRO. António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 587-589. Ainda, conforme Wieacker: “A relação obrigacional, equipa-

que, além do supra-referido conceito clássico de obrigação (doravante, designada de relação obrigacional simples), havia uma relação obrigacional complexa que compreende, justamente, a idéia de que “o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas, antes, vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem um realidade composta.”¹³

Para dar conta desta multiplicidade abarcada pelo vínculo obrigacional, diversas foram as formas encontradas pela doutrina para designá-lo: “organismo”; “relação-quadro”; “estrutura” ou “processo”; “complexidade intra-obrigacional”; etc.

Dada a importância de Karl Larenz para o desenvolvimento da obrigação como uma entidade complexa, torna-se relevante retomar as duas idéias apresentadas por ele, quais sejam, estrutura (*Gefüge*) e processo (*Prozeß*).

Com a idéia de “estrutura”, Larenz sustenta que a relação obrigacional complexa não seria a soma dos elementos que a compõem, tendo antes um sentido global¹⁴. A relação obrigacional não seria composta, portanto, segundo uma possível concepção lógico-formal própria dos esquemas matemáticos, de uma totalidade passível de ser dividida em suas partes e, posteriormente, quantificados e somados para a reconstrução do todo¹⁵. Ao revés, a totalidade do vínculo não pode ser captada, na sua unidade e

rada pelo BGB à pretensão do credor (ou a uma multiplicidade de pretensões) foi reconhecida pela prática e pela teoria como uma relação jurídica complexa (<<organismos>>) de contornos vastos e alastrantes, a partir da qual podem ser deduzidos não só múltiplos deveres acessórios e <<deveres de proteção>> de caráter geração, tanto do lado de uma das partes, como do lado da outra, mas também assunções de deveres pré-contratuais (*culpa in contrahendo*) e uma responsabilização contratual do respectivo credor (*culpa in exigendo*)” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 597).

¹³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé...* p. 586.

¹⁴ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil*. 1. Band. München: Beck, 1982, p. 27.

¹⁵ Conforme António Menezes Cordeiro aponta, a compreensão da relação obrigacional como simples soma das partes, embora favorecesse uma compreensão sistemática do termo, não permitiria alcançar suas potencialidades dogmáticas (*Ibid*, p. 590).

funcionalidade por esses processos, eis que a relação obrigacional complexa vai além da simplicidade destas operações por causa dos seus elementos causais e finalísticos¹⁶. Seu sentido global mostra-se a partir de uma análise que evidencie não apenas os múltiplos feixes que o compõe, mas também estes elementos que lhe atribuem coerência.

Como consequência, exsurge o segundo conceito de Larenz: a obrigação como um processo¹⁷. Para tanto, parte-se da idéia de que toda obrigação tem um começo e um término, que não estão desconectados entre si (salvo, talvez, no aspecto temporal), mas ligados pelo seu sentido final¹⁸ (*finaler Sinn*) ou escopo, qual seja, a satisfação do interesse do credor, de forma que a relação obrigacional torne-se não um fim em si, mas - como já aludido - um meio à concretização de um interesse.

Importante esclarecer que esse sentido permanece, ainda que no trajeto - que se inicia na criação do vínculo e termina com o efetivo adimplemento -, seus elementos sofram alterações, tendo em vista que não há prejuízos à identidade base da relação jurídica.¹⁹

2. 1. A boa-fé e a revolução copérnica no Direito das Obrigações

Feitas as considerações acima sobre a estrutura do vínculo nas relações obrigacionais complexas, faz-se necessário tecer breves comentários sobre o elemento que, ao romper com o paradigma anterior, completa, integra e funcionaliza

¹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 321.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p. 27.

¹⁸ Noção que inspirou o trabalho de Clóvis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*. Nele o indigitado autor já apontava: “Com a expressão ‘obrigação como processo’ tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência [...] K. Larenz chegou mesmo a definir a obrigação como um processo, embora no curso de sua exposição não se tenha utilizado, explicitamente, desse conceito. A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (*A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10).

¹⁹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p. 26.

o Paradigma Contemporâneo do Direito das Obrigações: a boa-fé objetiva²⁰.

Esse princípio começou a exercer sua influência a partir de estudos doutrinários do § 242, do BGB, que dispõe: “O devedor é obrigado a realizar a prestação do modo como o exige a boa-fé, levando em conta os usos de tráfico”.

Conforme Clóvis do Couto e Silva aponta, originariamente, esta cláusula não era aplicada para limitar o poder da vontade dos contratantes ou criar outros deveres às partes. Ele era um mero reforço ao § 152, que determinava a regra tradicional de interpretação do negócio jurídico segundo a boa-fé²¹ subjetiva, ou seja, segundo a crença de um sujeito na retidão de sua conduta.

Apesar dessa *mens legislatoris*, foi a partir do § 242, do BGB, que se fundamentou a construção da boa-fé objetiva.

Esta se consubstancia na obrigatoriedade da adoção de determinados comportamentos na relação jurídica específica, sendo, em última medida, uma obrigação de cooperação entre as partes²².

Isso porque a boa-fé objetiva é o que se qualifica como “cláusula geral” e, portanto, capaz de criar normas heterônomas e detectáveis pelo juiz quando diante de determinadas condutas típicas²³. A materialização dessas normas heterônomas

²⁰ Dada a complexidade que o tema da boa-fé apresenta, não será possível esboçá-la em todos os seus aspectos e funções. Neste ponto, embora reconheçamos as diversas funções atribuídas à boa-fé, quais sejam, a função hermenêutica-integrativa, a função de limitação de direitos e a de criação de deveres, ater-se-á apenas a este último aspecto (Sobre a tripartição ou tetrapartição da boa-fé, Cf. FABIAN, Chrispöth. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61 *et seq.*). Ressalvamos, entretanto, as observações da professora Teresa Negreiros: “A tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em ‘tipos ideais’. 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).

²¹ SILVA, Clóvis do Couto. “O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. **Estudos de Direito civil brasileiro e português: 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 46-47.

²² NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.* p. 122.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. “Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do Direito Privado brasileiro”. **Revista Forense**, v. 382, p. 128-129, nov./dez. 2005.

impõe um padrão de conduta às partes da relação obrigacional, de forma que, respeitando-se os interesses legítimos do outro, há a imposição de deveres ou mesmo limitações de direitos, objetivando sempre a concretização dos fins da relação obrigacional²⁴.

E mais. Por ser esta cláusula geral, sua concretização dar-se-á apenas no caso concreto, sendo inviável sua dogmatização doutrinária em abstrato²⁵. Afinal, lhe falta um conteúdo “imaneante”, a partir do qual o aplicador poderia tentar estabelecer contornos precisos. É, portanto, acurada sua qualificação como sendo um “parâmetro de conduta carente de concretização” (*konkretisierungsbedürftigen Maßstab*), uma vez que apenas é fornecida uma direção, a partir da qual deve-se buscar o que a boa-fé exige na circunstância concreta²⁶.

Por outro lado, a cláusula geral da boa-fé não deve ser entendida como um termo vazio, mas sim, como um termo vago, já que contém em si um conceito valorativo. Mas, ainda que se reconheça um conteúdo mínimo para a boa-fé, até mesmo a especificação desse conteúdo será feita, necessariamente, por meio de um exercício relacional entre os demais dados da realidade e da pré-compreensão do sujeito cognoscente²⁷.

Aprofundando ainda mais o conteúdo dos deveres da boa-fé, é necessário perceber que sua origem, diferente de outros deveres que compõem a relação obrigacional, não se encontra na lei ou na vontade das partes, ainda que essas criem disposições específicas

²⁴ NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.* p. 123.

²⁵ “A Boa-fé é uma cláusula geral carecida de preenchimento com valorações. Desta forma, sua dogmatização é inviável, pois a concretização da sua valoração e a formação de proposições jurídicas só podem ocorrer perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados típicos” (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002).

²⁶ Lehrbuch... p. 116. Isso, para desconsolo dos adeptos da técnica subsuntiva, implica no grande problema de que “não existe uma regra pronta, que nós teríamos como aplicar, em cada caso, quando diante de determinada hipótese, e com isto, encontrar a determinada solução” (*Ibid*, p. 116-117. Tradução Livre.)

²⁷ Os campos normativos... p. 128 (grifos no original).

tratando sobre o tema. Sua origem decorre antes do contato social²⁸.

Dessa forma, seu conteúdo deve ser analisado no caso concreto, uma vez que os contatos sociais possuem diversos graus e nuances.

E não é por outro motivo que Judith Martins-Costa apontou a boa-fé objetiva como o “topos subversivo do Direito Obrigacional”²⁹, uma vez que, enquanto no paradigma clássico o centro do Direito das Obrigações estava na vontade criadora dos sujeitos, por meio da boa-fé esse centro é deslocado para o comportamento dos sujeitos da relação.

Em suma, pode-se verificar que a boa-fé é responsável por reintroduzir, no direito das obrigações, duas noções fundamentais:

Primeiramente, a boa-fé impõe critérios éticos ao cumprimento e à atuação das partes no desenvolvimento das obrigações, em oposição ao mero dever de prestar, isto é, ao cumprimento como um mero dever formal.

Exemplo citado pela doutrina, nesse sentido, é o caso do devedor que se proponha a cumprir certas obrigações num dia em que sabe ter ocorrido uma verdadeira tragédia íntima ou familiar ao credor, com o escuso propósito de que este o libere da obrigação³⁰.

²⁸ Nas palavras da prof^a. Judith Martins-Costa: “[...] em cada caso, será preciso desvendar no universo imenso, plural, transversalizado e complexo... qual é a efetiva e concreta estrutura social que subjaz à relação jurídica, pois o conceito de estrutura importa o de função cujo papel crucial é o de fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas. Então (e só então) será lícito determinar - no quadro geral de uma Teoria do Negócio Jurídico cada vez mais polarizada pela ética da confiança e numa idéia de licitude civil como ‘integração de liberdades coexistentes’ - qual é, naquele caso, a operatividade da boa-fé como mandamento geral de lealdade e norma impositiva de deveres de cooperação e consideração aos legítimos interesses do alter” (**A boa fé no...** p. 400-401).

²⁹ **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 409. Este papel só é possível no Direito das Obrigações, eis que, conforme António Manuel Menezes Cordeiro, “Boa-fé tem, em si, os paradoxos, as conquistas e as aspirações da cultura jurídica contemporânea” (**Da Boa-fé...** p. 48).

³⁰ VARELA. João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**, v. 2. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 10-11.

Integrada à eticidade está a noção de cooperação na relação obrigacional. Os sujeitos - ativo e passivo - embora estejam numa relação polarizada, isto é, estejam em pólos diversos da relação obrigacional, de forma alguma estão numa situação de competição entre si. Ao contrário, a boa-fé atua impondo aos sujeitos que, diante dos fins da relação obrigacional, atuem em cooperação entre si. Isto ocorrerá, não apenas evitando medidas contrárias à consecução dos fins da relação, mas mesmo impondo a prática de atos necessários à consecução dos respectivos fins da relação.

2. 2. O conteúdo da relação jurídica obrigacional e a determinação dos deveres laterais

Complementando à análise deste novo paradigma do direito das obrigações, faz-se necessário examinar ainda o complexo de diversos direitos e deveres que compõem a relação obrigacional.

O primeiro elemento, a que normalmente a doutrina refere como “prestação principal”, são os direitos e deveres (créditos e débitos) que constituem o elemento central dessa relação. Além da centralidade que assume, a prestação principal é relevante para a determinação do tipo ao qual a relação contratual remete.

A prestação principal dirige-se a proporcionar ao credor um determinado benefício (seja um fazer, um não fazer ou um dar) e consubstancia-se em um direito do credor e obrigação do devedor. O seu cumprimento, na maioria dos casos, extinguirá a relação obrigacional, eis que esta atingiu o seu fim.

Além da prestação principal, existem ou podem existir deveres secundários, que a doutrina divide em: i) deveres secundários, acessórios e assecuratórios da prestação principal; e ii) deveres secundários com prestação autônoma.

Os deveres secundários, acessórios e assecuratórios da prestação principal não possuem autonomia em relação à prestação principal e estão dirigidos à realização do interesse desta. Exemplos dessa espécie de deveres secundários seriam: o dever de custodiar um objeto até a entrega, o de embalar o produto ou mesmo de transportar algo que foi comprado pelo credor, entregando no local combinado.

Os deveres secundários com prestação autônoma são aqueles deveres obrigacionais que, não se confundindo com a prestação principal, colocam-se como: i) seu sucedâneo (a indenização de perdas e danos por inadimplemento culposo do devedor); ou ii) coexistentes à prestação principal, mas nunca substituindo-a (indenização, em caso de mora, ou na hipótese de cumprimento defeituoso da prestação principal).

Esta multiplicidade (prestação principal e deveres secundários), contudo, não quebra a unidade da relação obrigacional. Afinal, a separação entre prestação principal e deveres secundários com prestação autônoma nada mais é do que um mero esforço de interpretação das fontes da obrigação. E a existência de deveres secundários, acessórios à prestação principal, decorre, em última análise, de um mero problema lingüístico, fruto da necessidade de retratar de modo composto uma operação, em si, unitária³¹.

Sem mais se deter sobre a prestação principal e os deveres secundários, é importante destacar um terceiro elemento³² que integra o vínculo obrigacional, os “deveres laterais”.

Conforme já exposto, as normas heterônomas produzidas pela boa-fé³³ no caso concreto e que implicam na imposição de deveres aos sujeitos são esses “deveres laterais”³⁴. Elas surgiram da observação de que o simples cumprimento da prestação principal e dos deveres secundários podem não ser capazes de satisfazer os interesses globais das partes, em determinada relação obrigacional, sendo necessário, para tanto, haver determinadas condutas de colaboração entre as partes.

³¹ Nesse sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé...* p. 591.

³² Não se sustenta, no presente trabalho, que a relação obrigacional limite-se a esses três elementos. Ao contrário, lado da prestação principal, dos deveres secundários e dos deveres laterais coexistem ônus, expectativas, sujeições, direitos potestativos, etc. A análise destes outros elementos fogem aos limites deste trabalho.

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 345-346.

³⁴ Não existe um consenso da doutrina sobre a denominação dos ditos deveres, sendo possível encontrar referências a: “deveres laterais”, “deveres anexos”, “deveres instrumentais”, “deveres secundários”, “deveres acessórios” etc. Com exceção de “deveres secundários” e “deveres acessórios”, que comumente são utilizados para designar os aqui denominados deveres secundários, os demais se mostram adequados.

Nesse sentido, os deveres laterais não são orientados ao cumprimento do dever principal da prestação. Seu papel é auxiliar a realização positiva do fim da relação obrigacional, principalmente protegendo as pessoas envolvidas ou os bens da outra parte da relação contra os riscos de danos concomitantes.

Tanto o é que esses deveres laterais podem existir de forma independente à prestação principal³⁵ (e.g. deveres pré e pós-contratuais) ou se estender a terceiros (e.g. o que a doutrina alemã denomina de “contratos com eficácia em relação a terceiros”).

Também é por causa dessa independência em relação à prestação principal que os ditos deveres existem tanto para o devedor, quanto para o credor, ainda que em proporções diferentes. Afinal, seu objetivo é satisfazer os interesses globais envolvidos³⁶ na relação obrigacional: “[Os deveres laterais] Servem, ao menos as suas mais típicas manifestações, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afectados em conexão com o contrato (*Erhaltungsinteresse*), independentemente do interesse no cumprimento. Trata-se de deveres de adopção de determinados comportamentos impostos pela boa-fé em vista do fim [da obrigação]..., dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação.”³⁷

Desse excerto da obra de Carlos Alberto da Mota Pinto, surge um ponto importante: os deveres laterais possuem autonomia em relação à vontade das partes contratuais, isto é, existem de forma independente de estipulação contratual, uma vez que sua fonte é o contato social entre essas partes.

Afinal, quando os sujeitos da relação obrigacional entram em contato - não qualquer contato, por óbvio, mas apenas aquele

³⁵ Em importante estudo, Claus Wilhelm-Canaris demonstra-nos que mesmo havendo a anulação do contrato, tal fato não afeta a existência dos deveres laterais, uma vez que sua fonte não se encontra naqueles, mas no contato social. (CANARIS, Claus Wilhelm. “Ansprüche wegen, ‘positiver Vertragsverletzung’ und ‘Schutzwirkung für Dritte’ bei nichtigen Verträgen”. *Juristenzeitung*, Tübingen, p. 475-482, 1964).

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa fé...* p. 440.

³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p, 339.

contato relevante para o direito - ou praticam alguma negociação, eles devem esperar um comportamento leal da outra parte.

E quanto mais intenso esse contato social, mais relevante tornam-se os deveres decorrentes da boa-fé. Daí decorre que a importância e a força dos deveres laterais dependerão da natureza da relação entre as partes e da intensidade do contato social.

Assim, o conteúdo destes deveres pode ser determinado conforme os riscos que aquela relação gera, sendo sua extensão ampliada na proporção em que uma das partes entra na zona de interesse da outra, ou melhor, quanto mais uma delas “abre a sua esfera de interesses à outra”. E, na medida em que se criam particulares condições de dano ou de risco de dano, como se sucede nas relações pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, então se devem admitir os deveres laterais.

Mas note-se que esta maleabilidade quanto à forma e à eficácia dos deveres laterais não impede que possam ser determinados num dado momento temporal, visto que, estando os deveres laterais existentes, potencialmente, desde o início da relação obrigacional, eles vão atualizando-se à medida que se verificam as situações que põem em risco a consecução do interesse do contrato.

Em cada momento, portanto, é possível saber qual a resposta - qual o *standard* de conduta - que é exigido do sujeito em cada situação³⁸, sendo necessário, para tanto, apenas recorrer ao que a doutrina denominou de “chave do deveres laterais”, isto é, o fim da obrigação.

Nesse sentido: “Não existindo, pois, desde o início, em número e com um conteúdo fixo, dependendo o seu surgimento e a sua superação da situação material concreta, como emanações do princípio da boa fé, segundo o fim do contrato, carecendo dum fim próprio, diverso do auxílio à consecução do interesse contratual e do impedimento de conseqüências laterais indesejáveis, surgem-nos, segundo a sua essência, como algo de funcional, como ele-

³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Op. cit.* p. 346-347.

mentos de um processo em desenvolvimento para um determinado fim. Nesse papel instrumental, não estão, todavia, isolados, antes a sua funcionalidade deve ser transposta para o quadro ou o sistema que, em conexão com outros elementos (créditos, débitos, direitos potestativos, deveres acessórios, sujeições, ónus) integram: a relação contratual. Com efeito, também esta, produto de uma conexão de elementos ligados por uma comunidade de direcção final, deve ser caracterizada como um processo. [...] a chave dos deveres laterais é o fim do contrato [i. e. da obrigação], ao serviço do qual se encontram; a finalidade do dever de prestação, sendo imediatamente o fim do contrato, é directamente a satisfação do interesse na prestação; os deveres laterais criam as condições para uma consecução, sem estorvo, do fim visado.”³⁹

Ante esta ausência de um conteúdo fixo para os ditos deveres e a impossibilidade de determiná-los *a priori*, em *numerus clausus* e com conteúdo fixo, a doutrina não tem conseguido quantificar a amplitude destes deveres laterais⁴⁰.

Tendo o parágrafo anterior como uma espécie de ressalva, podemos, sem medo de errar por muito, adotar como base a boa síntese feita por Judith Martins Costa⁴¹, que classificou os deveres anexos em: a) deveres de cuidado, previdência, segurança, proteção e cuidado com a pessoa e o património da contraparte; b) deveres de aviso, esclarecimento, informação e de prestar contas; c) deveres de colaboração e cooperação; d) deveres de lealdade; e e) deveres de segredo e de omissão.

2.3. A superação da dicotomia mora/inadimplemento absoluto

Em matéria de inadimplemento, a principal inovação do paradigma contemporâneo de obrigação é a superação da dicotomia mora/impossibilidade, que condicionou a interpretação do jurista do século XIX e início do século XX.

³⁹ *Ibidib*, p. 348-349.

⁴⁰ Basta comparar, por exemplo, as tipificações feitas por Jorge Leite Faria (*Op. cit.* p. 129), Menezes Cordeiro (*Da boa fé...* p. 603 e ss.) e Carlos Alberto da Mota Pinto (*Op. cit.* p. 339 *et seq*).

⁴¹ *A boa-fé no...* p. 439.

Destarte, é importante esclarecer que esta rejeição ao esquema clássico não se deve a falhas na construção dos conceitos desenvolvidos por gênios como Savigny ou Pothier.

Muito pelo contrário, a deficiência que provocou a ruptura com o paradigma anterior não decorreu dos casos que se identificavam, de forma inequívoca, com os conceitos de mora ou inadimplemento absoluto, mas pelas situações que, mesmo configurando um não cumprimento da obrigação, não permitiam ao jurista adaptá-las às categorias clássicas.

Assim, a superação decorre da percepção de que a complexidade das situações criadas pelo contato social não podem ser enclausuradas nos esquemas abstratos, científicos e dicotômicos, principalmente em se tratando de algo tão mutável quanto as relações comerciais hodiernas.

Nesse sentido, surge uma miríade de situações que fogem ao esquema clássico. Se for certo que o devedor não está obrigado a apenas adimplir a prestação principal, mas deve realizá-la com o cuidado que se espera, de forma a não criar outros prejuízos ao credor com a realização da prestação, é evidente que qualquer forma de conduta em contrariedade a este *standard* representa uma falha no cumprimento da obrigação⁴². Isso, ainda que a prestação principal seja realizável (a prestação seja economicamente útil ao devedor⁴³) ou tenha ocorrido dentro do prazo devido.

Numerosas são hipóteses em que este inadimplemento “anômalo” pode ocorrer. A título exemplificativo, a doutrina que se debruça sobre o tema costuma mencionar os seguintes casos:

a) O devedor efetua uma prestação defeituosa, de forma que a obrigação principal, ainda que cumprida, é feita de forma negligente, causando danos adicionais ao credor. Por exemplo, a entrega de ração de má qualidade, ocasionando a morte dos animais do credor, ou a execução negligente de um serviço contratado causando danos à pessoa ou aos bens do credor;

⁴² VARELA, João de Matos Antunes. *Op. cit.* p. 127.

⁴³ ALVIM, Agostinho. *Op. cit.* p. 45.

b) Há uma violação a um dever de omissão ou de cooperação decorrentes de uma relação contratual, como ocorreria com o arrendador de uma loja que, embora garanta ao arrendatário o objeto do contrato, resolve abrir uma outra loja, do mesmo tipo, em frente, reduzindo em demasia seus rendimentos, ou, no caso oposto, quando o arrendatário abusa do uso da coisa arrendada e causa um dano ao seu objeto; ou

c) Quando o devedor, antes de terminado o prazo para o cumprimento da obrigação ou que a obrigação esteja vencida, já declara que não pretende cumpri-la (ainda que o motivo seja relevante, como por acreditar que não está vinculado ao contrato), pondo em risco o futuro cumprimento da obrigação⁴⁴.

E, por serem numerosas essas hipóteses, havendo mesmo uma série de peculiaridades em cada uma das manifestações do incumprimento, é necessário que a doutrina apresente soluções “personalizadas” para cada uma delas. Isto porque o cumprimento defeituoso (exemplo a), a violação a um dever de cooperação (exemplo b) e o inadimplemento antecipado da prestação (exemplo c), situações sem qualquer unidade interna, não permitem uma remissão automática às regras de “atraso na prestação” ou “utilidade para o credor”.

2.3.1. Violações positivas do contrato

Embora o reconhecimento desta possibilidade de inadimplemento por violação de um dever lateral, que não se confunde com a prestação principal, tenha suas origens na obra **Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen**, de Rudolf von Jhering⁴⁵, a primeira exposição sistemática do assunto deve-se a Hermann Staub, que, em 1902, publicou artigo intitulado “*Die positive Vertragsverletzungen*”.

⁴⁴ Exemplos tirados, respectivamente dos livros LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p 335; LARENZ, Karl. *Derecho...* p. 364; e ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho das Obligaciones. Tratado de Derecho Civil*. t. 2. v. 1. Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martin Wolf. Barcelona: Bosch, 1933, p. 279.

⁴⁵ FRADERA. Vera Maria Jacob de. “A quebra positiva do contrato”. *Ajuris*, v. 44, p. 145, 1988.

Neste trabalho, Staub tentou encontrar a fundamentação para “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”⁴⁶, e que, sendo assim, fogem aos quadros da mora ou da impossibilidade. Tais casos foram designados pelo jurista como quebras positivas do contrato (no plural).

Em primeiro lugar, cumpre notar que o termo que qualifica essas situações de inadimplemento é de todo infeliz. A qualificação “positiva” é equivocada, uma vez que elas podem manifestar-se mediante comportamentos eminentemente “negativos”, como seria o caso de descumprimento de deveres laterais por omissão; e a associação deste tipo de violação a “contratos” restringe as potencialidades do instituto, cuja aplicação não se circunscreve a relações contratuais, mas a todas as relações em que se afigura um dever de prestar - motivo pelo qual a moderna doutrina alemã prefere substituir o termo “*positive Vertragsverletzungen*” por “*positive Forderungsverletzungen*”⁴⁷ [violações positivas da pretensão, ou do crédito].

Mal comparando, acreditamos que a frase atribuída a Voltaire sobre a denominação do Sacro Império Romano-Germânico aplica-se com precisão ao termo de Staub...

Em todo caso, tendo em vista sua utilização corrente e a inutilidade de propor qualquer outra nomenclatura em substituição, estar-se-á adotando-a. Mesmo porque mais importante do que propor novas nomenclaturas é, a partir da correta interpretação daquelas consagradas, delimitar a aplicação do instituto.

E a tarefa de definir o seu instituto é justamente a mais complicada, diante da multiplicidade de situações que as Violações Positivas do Contrato podem abarcar, sem que estas possuam qualquer espécie de unidade interna⁴⁸.

⁴⁶ *Op. cit.* p. 93. Tradução Livre.

⁴⁷ Cf. LARENZ, Karl. *Lehrbuch...* p. 338.

⁴⁸ Esta falta de unicidade é, aliás, o principal motivo pelo qual setores da doutrina ainda apresentam certa divergência ao reconhecimento da existência da figura das Violações Positivas do Contrato. Para uma análise das críticas formuladas, Cf. CORDEIRO. Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé...* p. 594 e ss.

Apenas para compreender tal afirmação, a doutrina costuma elencar as seguintes hipóteses como capazes de configurar uma Violação Positiva do Contrato: i) mau cumprimento de deveres de prestação, gerando danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; ii) recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação; iii) descumprimento de obrigação negativa; iv) o não-cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo; v) descumprimento de outros deveres laterais⁴⁹.

E, por força dessa ausência de elementos conectando as diversas situações que caracterizam uma Violação Positiva do Contrato, a doutrina tedesca prefere atribuir ao instituto um caráter subsidiário, optando por caracterizá-la como o não-cumprimento de um dever decorrente da relação obrigacional, que não pode ser remetido nem às figuras da mora nem à da impossibilidade⁵⁰.

Embora esta definição por exclusão seja conveniente para o direito alemão - principalmente para sua jurisprudência, que vê na fluidez um frutífero campo de atuação - ela apresenta armadilhas para quem, buscando inspiração naquele ordenamento, tenta introduzir o instituto em seu país.

Isso porque, havendo uma multiplicidade de situações que podem ser enquadradas como uma Violação Positiva do Contrato, deve-se verificar no ordenamento jurídico quais as hipóteses que demandam a elaboração de um novo conceito para abarcá-los, e as hipóteses para as quais o ordenamento reserva outra solução⁵¹.

⁴⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa fé e a Violação Positiva do Contrato*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 224-225.

⁵⁰ Este é o caso da fórmula apresentada por Harm Westermann, que, preferindo definir negativamente a Violação Positiva do Contrato, entendeu-a por “uma lesão culposa de obrigação, que não tenha por consequência nem a impossibilidade nem a mora” (*Op. cit.* p. 104).

⁵¹ Esta parece ser a preocupação do sempre profundo e cauteloso trabalho de Carlos Alberto da Mota Pinto (*Op. cit.* p. 405), que assevera sobre o direito português: “Entre nós a violação contratual positiva, se bem que não seja objecto duma divisão do Código Civil, cabe na fórmula genérica do art. 798º, como até o sugere a referência que no art. 799º se faz ao cumprimento defeituoso. Parece-nos preferível reservar para ela a genérica designação de cumprimento defeituoso, que tem assento legal, ou o cumprimento imperfeito, pois a expressão violação contratual positiva não tem, na literatura ou na prática portuguesas, uma tradição onde se filie um sentido fiduciário, apto a levar de vencida a impropriedade lógica da expressão. No seu âmbito, podem, efectivamente, distinguir-se a execução defeituosa do dever de prestação e a violação dum dever lateral.”

O primeiro passo para sua correta compreensão é entender sua finalidade. Essa é justamente a proteção da relação jurídica, nos casos em que: i) ocorre uma prestação defeituosa, e que, portanto, não atende aos interesses do credor ou, ainda que os atenda, diminui-lhe o proveito almejado; ou ii) há uma violação de deveres decorrentes da boa-fé, quais sejam, violações de deveres laterais de conduta.

Esta é, aliás, a forma trabalhada por Köpke que, em sua obra **Typen der positiven Vertragsverletzung**⁵², definiu o instituto como sendo a execução defeituosa da prestação e a violação da confiança, resultante da violação de um dever lateral.

Desta compreensão podemos sair dos esquemas de tipificação das situações de Violação Positiva do Contrato para compreender o seu âmbito de proteção. Da mesma forma, pode-se verificar que a Violação Positiva do Contrato representa a superação da antiga dicotomia mora/impossibilidade, que estava apenas voltada para o cumprimento da prestação principal.

Em relação aos efeitos da Violação Positiva do Contrato e, voltando a Staub, o indigitado defende que estes deveriam ser instrumentalizados pela aplicação analógica do § 326, do BGB, isto é, o regime da mora. Tal aplicação seria justificável porque, no regime do inadimplemento absoluto, a simples indenização ao credor não satisfaria as necessidades dos casos por ele estudado. Já pela mora, poderia o autor escolher entre: i) manter o contrato e exigir uma indenização por cada violação singular, ii) exigir uma indenização pelo incumprimento do contrato ou iii) rescindi-lo⁵³.

Essa opção, embora no caminho certo, ainda padece da forte influência do paradigma clássico. Mesmo encontrando uma brecha no antigo sistema dicotômico, o indigitado autor buscou solucionar o problema recorrendo aos efeitos da mora.

Modernamente, com o aprofundamento da separação dogmática entre a Violação Positiva do Contrato e a dicotomia clássica, defende-se que, em caso de Violação Positiva do Contrato,

⁵² *Apud. Ibidib.* p. 405.

⁵³ *Op. cit.* p. 125 *et seq.*

estar-se-á diante não de mora, mas de responsabilidade civil pelos prejuízos causados. Como tal, haverá, além do direito de perdas e danos pelos prejuízos causados, o direito de resolução do contrato, tal como se tratasse do não-cumprimento culposo do dever de prestação.

2.3.2. Inadimplemento Antecipado da Prestação⁵⁴

Na perspectiva consagrada na aludida dicotomia clássica, a obrigação era vista como uma “espada” que, pendendo sobre a cabeça do devedor, deveria ameaçá-lo em caso de não-cumprimento no termo da prestação. Até o momento em que o cumprimento seria devido, entretanto, essa “espada” nada exigia do devedor, sendo apenas esta ameaça futura. Após o termo, aí sim, a espada poderia fazer sentir toda a sua força sobre o devedor inadimplente.

Assim, sob tal perspectiva, durante o lapso temporal que se inicia com o nascimento da obrigação e termina no momento em que aquele deve satisfazer sua obrigação, nada haveria além de um vazio prestacional. O devedor que se obriga a realizar determinada conduta (seja obrigação de dar, fazer ou não fazer) de forma diferida no tempo, até o referido momento, não seria obrigado a nada.

Muito embora tal perspectiva não possa ser refutada por completo, pois é certo que toda obrigação só precisa ter seu adimplemento final no momento devido, ela equivoca-se ao considerar o fenômeno obrigacional apenas em sua perspectiva estática, na qual suas fases (nascimento, prestação, inadimplemento etc.) são tratadas de forma isolada.

Ocorre que, hoje, a relação obrigacional é analisada por um outro prisma: o dinâmico. Nesta nova perspectiva, a relação obrigacional torna-se uma presença constante e vinculante, compelindo o devedor a praticar determinados atos voltados ao desfecho daquela relação.

⁵⁴ Para uma análise mais aprofundada do Inadimplemento Antecipado da Prestação, v. MARTINS, Raphael Manhães. “O inadimplemento antecipado da prestação no Direito brasileiro”. *Revista da EMERJ*, v. 42, p. 206-226, 2008.

Assim, os dois momentos (nascimento da obrigação e adimplemento), que até então eram repletos desse “vazio prestacional”, são conectados por uma série de atos interpostos e instrumentais em relação à fase final da relação obrigacional, o adimplemento. Esses obrigam as partes a adotarem continuamente um comportamento que corresponda ao *standard* de conduta determinado pelos princípios da boa-fé e da confiança.

Nesta perspectiva dinâmica, determinados atos ou condutas são exigidos do devedor a qualquer tempo, de forma que o seu não-cumprimento deve ser caracterizado como um inadimplemento da obrigação.

Importante notar que, sob este novo enfoque, a vontade do indivíduo em cumprir, ou melhor, sua vontade de realizar os atos necessários ao adimplemento da obrigação não deve ser manifestada apenas no momento inicial ou no momento em que a prestação torna-se exigível. Toda manifestação de vontade contrária ao cumprimento da obrigação, a qualquer momento, é contrária ao modo como deve exprimir-se constantemente a vontade do devedor, bem como uma violação do dever de correção que deve marcar toda relação obrigacional. ***A fortiori***, se o devedor colocar-se, por vontade, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação, também haverá uma violação da própria relação obrigacional, o que se configura em inadimplemento,⁵⁵ ou, mais propriamente, um inadimplemento antecipado da prestação.

Desta forma, o inadimplemento antecipado vem a ser, justamente, o inadimplemento que ocorre quando uma das partes da relação obrigacional, antes do momento em que deveria executar determinada prestação renuncia ao contrato ou coloca-se, por ato próprio, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação.

Caso típico de tal comportamento foi o processo **Hochster v. De la Tour**,⁵⁶ julgado pelo Queen’s Bench, em 1853, e considerado

⁵⁵ V. AGUIAR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 126.

⁵⁶ Informações sobre este processo podem ser acessadas em: <http://www.kentlaw.edu/classes/rwarner/contracts/cases/Contract_LawHochster_v_De_La_Tour.htm>. Acesso em: 20 ago. 2006.

o *leading case* na matéria. Nele, o Hochster fora contratado para prestar serviço como mensageiro do réu, De la Tour, acompanhando-o em uma viagem que deveria iniciar-se em 1.º de junho.

No dia 11 de maio, no entanto, menos de um mês antes de poder realizar a prestação combinada, o autor recebeu comunicação do réu informando-o de que seus serviços não seriam necessários. Não obstante, o réu informou que não ofereceria qualquer compensação pelo rompimento do contrato.

Inconformado, o autor entrou com uma ação, no dia 22 de maio (ou seja, 10 dias antes de a obrigação tornar-se exequível), alegando que, não obstante ainda faltassem dez dias para o cumprimento da prestação, a recusa de De la Tour já poderia ser caracterizada como um inadimplemento do contrato.

De la Tour, por outro lado, alegou que, caso Hochster não estivesse disposto a aceitar seu repúdio, então este estaria, a seu turno, obrigado a colocar-se à sua disposição, a qualquer tempo, até que fosse o momento de executar o contrato. Segundo afirmou, ser-lhe-ia proibido, inclusive, aceitar outros trabalhos para o período em que deveria prestar seus serviços ao réu. Assim, alega, apenas no momento em que, efetivamente, De la Tour não cumprisse com o que prometera, é que Hochster poderia entrar com a ação.

O tribunal não concordou com o raciocínio de De la Tour.

Na decisão final, o relator do processo, Lord Campbell, ponderou que não seria justo obrigar o autor a considerar um contrato válido e, por conseguinte, ficar obrigado a realizar todos os preparativos para a longa viagem e recusar qualquer outro serviço para o período em que deveria estar trabalhando para De la Tour, quando sabe, de antemão, que o contrato não se realizará. Com base neste raciocínio, Lord Campbell entendeu que não seria necessário esperar o termo da prestação para só então ir a juízo reclamar seus direitos.

Assim, não haveria óbices ao autor, no momento do recebimento da recusa do réu em cumprir o que haviam pactuado, para requerer sua indenização por quebra do contrato. Nas suas palavras:

“The man who wrongfully renounces a contract into which he has deliberately entered cannot justly complain if he is immediately sued for a compensation in damages by the man whom he has injured; and it seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately, or to wait till the time when the act was to be done, still holding it as prospectively binding for the exercise of this option, which may be advantageous to the innocent party, and cannot be prejudicial to the wrongdoer.”⁵⁷

Embora este não seja o primeiro julgamento a reconhecer o inadimplemento antes do termo da obrigação, foi a partir dos reflexos deste caso que a doutrina e a jurisprudência da **Common Law** construíram a figura do inadimplemento antecipado da prestação, isto é, a forma de violação da relação contratual que ocorre quando uma das partes *“declines to continue with the contract... [depriving] the innocent part of substantially the whole benefit of the contract”*.⁵⁸ E, após sua consagração no sistema da **Common Law**, esta forma de inadimplemento foi introduzida nos sistemas da **Civil Law**, pelo já aludido trabalho de Hermann Staub,⁵⁹ que identificou no inadimplemento antecipado da prestação uma das espécies de Violações Positivas do Contrato.⁶⁰

Desde então, esta figura já foi positivada no **Uniform Commercial Code**, em seu § 2-610, na Convenção de Viena sobre Com-

⁵⁷ <http://www.kentlaw.edu/classes/rwarner/contracts/cases/Contract_LawHochster_v_De_La_Tour.htm>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁵⁸ ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*. 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 402.

⁵⁹ Cf. SILVA, Clóvis do Couto. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. *Estudos de Direito civil brasileiro e português: 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 49.

⁶⁰ Entretanto, é pertinente a observação que Jorge Cesa Ferreira da Silva faz ao autor tedesco: “A recusa antecipada do devedor em cumprir seu dever obrigacional, realizada antes do nascimento da pretensão, foi bem apanhada por STAUB como caso de inadimplemento. Contudo, a hipótese pode ser alargada. Além da recusa, declaração expressa que é, pode-se incluir a conduta concludente do devedor no sentido do inadimplemento” (*Op. cit.*, p. 256).

pra e Venda Internacional, em seu art. 72, além de disposição específica no Código Civil italiano, em seu art. 1.219.

3. CONCLUSÃO: DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL

Conforme já aludido, o Código Brasileiro, em seu Livro I, da Parte Especial, seria reprovado no proposto teste de adequação ao Paradigma Contemporâneo da Obrigação.

É certo que, em todo Código, existem não apenas os elementos de ruptura com o Direito até então vigente, como também tentativas de conciliação. Afinal e tendo em vista a importância que o Código assume nas relações cotidianas, um diploma que se proponha à revolução total seria fadado ao limbo da ineficácia.

Mas, mesmo reconhecendo essas limitações, é inegável que o Direito das Obrigações, tal como regulado, encontra-se ainda preso aos ranços de um paradigma anterior, onde a relação obrigacional era analisada como uma simples relação de crédito.

Basta analisar as deficiências na forma como a boa-fé, os deveres laterais, e as conseqüências de sua violação (não) foram reguladas⁶¹. O mesmo pode ser dito de suas aplicações concretas, como doutrina do *verwinkung*, o problema do adimplemento substancial, o inadimplemento antecipado da prestação etc.

É bem verdade, entretanto, que, se essa “deficiência” existe, o intérprete possui os elementos necessários para supri-la. Apenas lamenta-se que, em vez de aproveitar a oportunidade da promulgação de um novo código para atualizar o Direito Civil na matéria, preferiu-se aproveitar o modelo anterior, já consolidado. 

⁶¹ Para uma crítica sobre a regulação da Boa-fé no Código Civil brasileiro, vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”. *Revista dos Tribunais*, v. 775, 2000.