

A QUESTIONÁVEL UTILIDADE DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

The questionable utility of positive breach of contract in Brazilian law
Revista de Direito do Consumidor | vol. 101/2015 | p. 181 - 205 | Set - Out / 2015
DTR\2015\16897

Aline de Miranda Valverde Terra

Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora da Pós-Graduação lato sensu da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (Ceped/UERJ). Coordenadora Editorial da Revista Brasileira de Direito Civil - RBD Civil. ammvalverde@hotmail.com

Área do Direito: Consumidor

Resumo: Este artigo visa a analisar a desnecessidade da importação do instituto da violação positiva do contrato para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a contemporânea concepção da relação obrigacional, a existência de soluções próprias no direito brasileiro e, sobretudo, a amplitude do conceito de mora adotado pelo Código Civil.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva - Inadimplemento - Mora - Violação positiva do contrato.

Abstract: This article aims to analyze the irrelevance of the German institute called positive breach of contract to the Brazilian legal system, in view of the contemporaneous conception of obligation, the existence of specific solutions in Brazilian law and, above all, the extension of the concept of breach adopted by the Civil Code.

Keywords: Objective good faith - Breach - Arrears - Positive breach of contract.

Sumário: 1. A relação obrigacional contemporânea - 2. O impacto da boa-fé objetiva no objeto da obrigação e na configuração do inadimplemento - 3. Configuração do inadimplemento e boa-fé objetiva - 4. Violação positiva do contrato, inadimplemento e outras figuras do direito brasileiro: um cotejo necessário - 5. Conclusão - 6. Referências.

Sumário:

1A relação obrigacional contemporânea - 2O impacto da boa-fé objetiva no objeto da obrigação e na configuração do inadimplemento - 3Configuração do inadimplemento e boa-fé objetiva - 4Violação positiva do contrato, inadimplemento e outras figuras do direito brasileiro: um cotejo necessário - 5Conclusão

1 A relação obrigacional contemporânea

A relação obrigacional encerra categoria histórico-relativa.¹ Se no século XIX, no auge dos movimentos liberais burgueses, o direito das obrigações emergia como santuário, cujos dogmas e instituições doutrinários brotavam como modelos necessários e lógicos, decorrentes da natureza das coisas ou da evidência racional,² em abordagem estática e pretensamente neutra da relação obrigacional, impeditiva de quaisquer considerações a elementos a ela extrínsecos, contemporaneamente, esse modelo não se sustenta, uma vez que não há categoria jurídica imune à incidência dos valores constitucionais.

Nesse cenário, a relação obrigacional sofre profundas mudanças. Abandona-se, em primeiro lugar, sua compreensão sob a perspectiva estrutural, concebida a partir da estrutura una e simples da relação jurídica e conformada pela contraposição entre a situação jurídica ativa, constituída apenas por poderes, e a situação jurídica passiva, caracterizada por deveres e sujeições. A relação obrigacional é, ao contrário, complexa,³ a abranger, além dos deveres de prestação, diversas outras situações jurídicas

subjetivas, dentre as quais os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva. Passa-se, assim, a se impor aos contratantes a observância de certos padrões de conduta durante todo o desenrolar do vínculo obrigacional, a promover nítida expansão das fontes dos deveres cominados às partes.⁴ Ao lado da autonomia privada, a boa-fé objetiva se erige como fonte heterônoma de deveres, a exigir dos contratantes, a despeito de sua vontade, e até mesmo contra ela, a adoção de condutas voltadas à perfeita consecução do adimplemento. Com efeito, referidos deveres se integram de tal forma ao programa contratual, que à satisfação do interesse das partes não basta apenas a execução do dever principal de prestação, mas se exige a observância, pela contraparte, de todos os deveres incidentes na concreta relação por força da boa-fé objetiva. O impacto dessa transformação sobre a teoria do inadimplemento é inegável, como se verá a seguir.

Supera-se, assim, a concepção estática da relação obrigacional para compreendê-la como categoria dinâmica, que nasce, modifica-se e desenvolve-se em direção ao fim que a justifica.⁵ Aliás, com a expressão obrigação como processo, tenciona-se, justamente, sublinhar o caráter dinâmico da relação obrigacional, formada por uma série de atos que se ligam com interdependência, orientados a certo fim.⁶ A relação obrigacional compreende, portanto, os variados poderes e deveres das partes, que vão surgindo ao longo da relação obrigacional como algo que se conecta e se desdobra em direção ao adimplemento.

Por fim, a funcionalização da relação obrigacional permite concebê-la não mais como um fim em si mesmo, e sim como instrumento de cooperação social dirigido à satisfação do interesse das partes, sobretudo do credor.⁷ Embora o interesse do credor assumira especial relevância, erigindo-se como característica fisionômica da obrigação,⁸ o interesse juridicamente relevante do devedor deve ser igualmente satisfeito, até porque os centros de interesses são complexos, formados, simultaneamente, por posições ativas e passivas. Com efeito, durante todo o desenvolvimento da relação obrigacional, as partes são chamadas a colaborar mutuamente, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, para a plena realização de seus interesses, cuja legitimidade encerra mecanismo de atribuição de merecimento de tutela à relação.

A relação obrigacional contemporânea erige-se, assim, como categoria complexa - composta por diversas situações jurídicas subjetivas, conformadas pela boa-fé objetiva -, dinâmica - a desenvolver-se no tempo como um processo - e funcionalizada - voltada à satisfação do interesse das partes. Tais alterações impactaram, inevitavelmente, na concepção do objeto da obrigação bem como na configuração do adimplemento.

2 O impacto da boa-fé objetiva no objeto da obrigação e na configuração do adimplemento

A boa-fé objetiva se revelou uma das principais molas propulsoras das transformações pelas quais tem passado a dogmática obrigacional. Como fonte heterônoma de deveres, a boa-fé objetiva impõe às partes a observância de uma série de deveres de conduta dirigidos à perfeita realização dos interesses da contraparte, isto é, à exata satisfação dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa.⁹ Não se trata, portanto, de mecanismo de reforço dos deveres criados pelas partes, mas do estabelecimento de deveres de conduta diversos daqueles conformados pela autonomia privada. Trata-se de exigência do sistema, em face da concreta relação jurídica, sua função econômico-social.

A extensão do conteúdo da relação obrigacional deixa, assim, de ser medido apenas pela vontade das partes, e passa a ser determinado também pelas circunstâncias referentes ao negócio, construindo-se o concreto regulamento de interesses com tal dinamismo que, não raro, escapa até mesmo ao controle das partes.¹⁰ Nesse cenário, alarga-se o próprio objeto da prestação, entendido como o comportamento do devedor dirigido à realização do interesse do credor. Ao devedor impõe-se, assim, a realização do plano obrigacional concretamente traçado pelas partes, de modo a satisfazer o interesse do credor na prestação, proporcionando-lhe o resultado útil programado.¹¹

Ora, se isso é verdade, pode-se afirmar que o objeto deixa de ser considerado em si mesmo, e passa a ter função,¹² consistente na satisfação do interesse do credor, que se dá pela realização do resultado útil programado. A funcionalização do objeto da obrigação conduz à importante reavaliação do comportamento do devedor e, conseqüentemente, à alteração da estrutura do objeto obrigacional. A execução da prestação principal não é capaz de atender, por si só, ao interesse objetivo e concreto do credor. Sua satisfação pressupõe, igualmente, a observância dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, a exigir não apenas que o devedor aja no sentido de executar a prestação principal, mas também, e com a mesma intensidade, que se comporte de acordo com aqueles outros deveres.

Portanto, impõe-se partir da função do objeto para fazer incluir, em sua estrutura, também os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva. Se a estrutura do direito do credor deve ser adequada à satisfação do seu interesse por meio comportamento do devedor,¹³ a estrutura do objeto da obrigação deve ser da mesma forma adequada à satisfação desse interesse. Com efeito, se a realização do interesse creditório pressupõe a observância dos deveres de conduta, tem-se que tais deveres de conduta devem ser incluídos na estrutura do objeto da relação obrigacional.

Apenas o comportamento dirigido concomitantemente à execução da prestação principal bem como dos deveres de conduta exerce a função do objeto, produzindo o resultado útil programado. A atribuição de função ao objeto altera, pois, a sua estrutura. Como a estrutura deve ser capaz de realizar perfeitamente o interesse típico e concreto do credor e esse interesse não se satisfaz apenas com a realização do dever principal de prestação, impõe-se incluir, na estrutura do objeto, os deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva.

É, portanto, neste sentido que se deve entender a prestação como prestação satisfativa: a prestação capaz de satisfazer os interesses do credor, identificada no comportamento do devedor dirigido à execução do dever principal de prestação, bem como dos vários deveres de conduta que lhe são impostos. A funcionalização da relação obrigacional conduz ao alargamento do objeto, que passa a ser estabelecido não apenas pela vontade das partes, mas também pela sistemática obrigacional.

O alargamento do objeto impõe a superação da tradicional concepção acerca do adimplemento, segundo a qual este se perfaz com o simples cumprimento da prestação principal. Contemporaneamente, há que se entender o adimplemento como o cumprimento da prestação devida em concreto, vale dizer, como a execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal, bem como de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática negocial e instrumentalmente necessários à efetiva satisfação do interesse objetivo do credor.¹⁴

Nesse cenário, o adimplemento, assim como a própria obrigação, exsurge como unidade complexa, cuja configuração exige não só o cumprimento do dever principal de prestação, mas a observância dos deveres acessórios e de conduta incidentes na relação jurídica concreta, de modo contínuo e ininterrupto.¹⁵ Mas não é só. Se adimplemento e inadimplemento se conectam lógica e funcionalmente, é inevitável que todas as ponderações até aqui formuladas repercutam na teoria do inadimplemento.

3 Configuração do inadimplemento e boa-fé objetiva

A ampliação do conceito de adimplemento diante dos deveres de conduta impostos ao devedor implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Vale dizer, se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa 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.

Sob tal perspectiva, valoriza-se o aspecto objetivo do inadimplemento, que se individua na não satisfação do interesse do credor,¹⁶ e altera-se de maneira significativa a compreensão das espécies de inadimplemento, tradicionalmente classificado dicotomicamente em inadimplemento absoluto e mora. O critério distintivo entre ambas as espécies reside na possibilidade ou não de receber a prestação,¹⁷ a demonstrar que a possibilidade ou impossibilidade deve ser reconduzida ao credor, aferindo-se a manutenção da utilidade da prestação. Desse modo, há inadimplemento absoluto quando a prestação devida, após o nascimento da obrigação, não puder mais ser realizada ou, podendo sê-lo, não mais interessar ao credor. A prestação é, portanto, irrecuperável.¹⁸

Por outro lado, haverá apenas mora se a prestação devida, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou modo ajustado, ainda for possível para o devedor e útil para o credor. Nota-se, pois, que, no direito brasileiro, o legislador conferiu à mora conceito amplo, a abarcar não apenas a violação do prazo, mas também do lugar e da forma contratualmente fixados. Sendo assim, além da demora, a mora também resta configurada quando o devedor, culposamente, não observa o lugar em que deve prestar, ou presta de forma diversa da pactuada.¹⁹ Como anota Agostinho Alvim, "é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma - art. 955)".²⁰

O conceito de impossibilidade a ser considerado para fins de configuração do inadimplemento absoluto é o técnico-jurídico,²¹ a abarcar a necessidade de o devedor despender esforço extraordinário para adimplir a prestação.²² Isso significa que, se a dificuldade extraordinária não for imputável ao devedor, a obrigação se extingue ipso jure, independentemente de sentença constitutiva, ficando sem eficácia a relação obrigacional válida.²³ Por outro lado, se lhe for imputável, vale dizer, se com sua ação ou omissão o devedor permitiu que a prestação só pudesse ser adimplida mediante esforço extraordinário, configurado estará o inadimplemento. À impossibilidade se equipara, ademais, à situação em que o desaparecimento do obstáculo colocado ao adimplemento por culpa do devedor dependa da verificação de fato cuja probabilidade é tão remota que, racionalmente, não é de esperar que se realize.²⁴

Considera-se inútil a prestação quando o atraso ou suas imperfeições ofendam substancialmente a obrigação, a provocar o desaparecimento do interesse do credor, por já não ser possível obter o resultado útil concretamente programado.²⁵ Sob esse enfoque, a utilidade da prestação se confunde com o próprio interesse do credor na prestação.²⁶

Há que se considerar a inutilidade em face do tempo, do lugar e da forma do pagamento. Sendo assim, o magistrado deverá verificar se a prestação se tornou inútil para o credor por ter sido feita com atraso, ou por não ter sido realizada no lugar ou forma pactuados.²⁷ A inutilidade é, portanto, matéria de fato, pelo que caberá ao juiz, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, verificar se a falta arguida pelo credor é de tal monta que lhe tornou inútil a prestação, ou somente menos valiosa, hipótese em que restará configurada apenas a mora. Sendo assim, a gradação entre o que seja diminuição da utilidade e o que seja sua completa eliminação depende de apreciação a ser feita caso a caso, distinção fundamental para a configuração da mora ou do inadimplemento absoluto.

A impossibilidade ou inutilidade se refere, sempre, à prestação devida, e não apenas à prestação principal. Desse modo, se o descumprimento de dever de conduta impossibilita ou tornar inútil a prestação para o credor, configurado estará o inadimplemento absoluto. Por outro lado, se desse descumprimento resultar somente cumprimento imperfeito da prestação devida, sem, contudo, retirar-lhe a utilidade para o credor, estar-se-á diante de mora.

Um exemplo ajudará a compreender melhor a distinção. Imagine-se que A, renomado

comerciante de joias de luxo, contrata B para fabricar e instalar 50 outdoors por ocasião do Natal no município do Rio de Janeiro, a fim de incrementar suas vendas. B fabrica e instala os 50 outdoors no município do Rio de Janeiro, mas o faz em locais ermos, sem iluminação adequada e exclusivamente junto a comunidades carentes daquela cidade. A análise funcional da relação obrigacional celebrada indica que B não adimpliu sua prestação. Isso porque, embora tenha confeccionado a quantidade de outdoors solicitada e os tenha instalado nos limites do município ajustado, não os afixou em locais estratégicos à satisfação dos interesses do contratante. E não importa que o contrato tenha sido omissivo em relação a esses locais: a boa-fé objetiva impõe que o contratado considere as características do produto de seu contratante e seu público alvo ao escolher os locais em que afixará os cartazes de publicidade.²⁸

Nesse caso, portanto, a inobservância de dever de conduta ensejará a mora ou o inadimplemento absoluto conforme haja ou não interesse do comerciante no recebimento tardio da prestação devida. Assim, caso não haja tempo hábil para a fabricação e instalação nos locais apropriados de outros 50 outdoors antes do Natal, configurar-se-á o inadimplemento absoluto por inutilidade da prestação para o credor; por outro lado, se houver tempo suficiente para a execução da prestação nos exatos termos necessários à promoção do interesse do credor - interesse esse consistente no incremento das vendas para o Natal -, incorrerá o devedor apenas em mora.

No entanto, apesar da amplitude do conceito de mora adotado pelo legislador brasileiro, parte da doutrina sustenta, não raro, a insuficiência da classificação dicotômica da teoria do inadimplemento para abarcar todas as possíveis situações de não cumprimento satisfatório, e propugna a adoção de figuras alienígenas com o objetivo de disciplinar as supostas lacunas existentes.

4 Violação positiva do contrato, inadimplemento e outras figuras do direito brasileiro: um cotejo necessário

A fim de superar a alegada incapacidade do inadimplemento absoluto e da mora de disciplinar todas as situações de inexecução do contrato, invoca-se a adoção da teoria da violação positiva do contrato, elaborada por Hermann Staub, advogado berlinense, em 1902, a partir da constatação de lacunas do regramento do inadimplemento no BGB, vigente havia dois anos.²⁹

O jurista observou que o Código alemão não trazia solução para várias hipóteses de descumprimento não qualificáveis como retardo culposos (mora) e tampouco como impossibilidade da prestação (inadimplemento absoluto), e que, ademais, não resultavam de violações negativas da obrigação nuclear. Tais situações, ao contrário daquelas disciplinadas pelo BGB, caracterizavam-se por constituírem um *facere*, um comportamento positivo pelo qual o devedor violava a obrigação fazendo aquilo que devia omitir, ou executando a prestação de modo inexecuto.³⁰ O dano não resultava da omissão ou do atraso no cumprimento, mas de uma ação positiva,³¹ de vícios ou deficiências da prestação efetuada - que se realizava, embora não como se impunha.³² O raciocínio de Staub partiu, portanto, da estreita concepção de inadimplemento adotada pelo BGB àquela altura, e acabou por ampliá-la, fazendo nela incluir uma terceira espécie de inexecução, não positivada.

As hipóteses fáticas abarcadas pela versão original da violação positiva do contrato não guardam unicidade interna. Isso se deve ao fato de a teoria ter sido elaborada a partir da observação de situações práticas que, apesar de diversas entre si, caracterizavam-se todas pelo fato de não serem passíveis de configurar mora ou inadimplemento absoluto no âmbito do sistema alemão. Ademais, Staub não se ocupou de estabelecer contornos rígidos para a figura que acabara de desenvolver; seu principal objetivo residia em apontar a existência da lacuna no Código Civil.³³ Coube à doutrina reunir as hipóteses trazidas a lume pelo autor em cinco grandes grupos: o mau cumprimento de deveres de

prestação, a gerar danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; descumprimento de deveres laterais; recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação; descumprimento de obrigações negativas; e o não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo.

Segundo Staub, o fundamento jurídico para a obrigação de ressarcimento do dano causado nessas hipóteses se assentaria em um princípio jurídico geral existente implicitamente no BGB, de acordo com o qual a consequência jurídica da violação culposa de uma obrigação consiste no dever de ressarcimento do dano, a menos que a lei o exclua expressamente.³⁴ Todavia, a principal relevância da teoria não residia na distinção de seu fundamento, mas na identificação de seus efeitos, analogicamente extraídos dos parágrafos 286 e 326 do BGB. Sendo assim, tornou-se possível aplicar àqueles casos, além do dever de indenizar - notoriamente aceito pela doutrina a despeito da nova construção teórica -, todos os outros efeitos do inadimplemento, como a possibilidade de recusar a prestação mal efetuada e de resolver o contrato.³⁵

Apesar das críticas,³⁶ a teoria foi amplamente adotada pela jurisprudência, sobretudo em razão de sua flexibilidade, a permitir utilização residual, aplicando-se a todos os casos de inadimplemento não abarcados pelos limitados conceitos de impossibilidade e retardo previstos no Código alemão.³⁷

Em 01.01.2002, entrou em vigor uma das mais profundas reformas do BGB desde sua sanção, a remodelar grande parte do direito das obrigações. Hipóteses anteriormente não tratadas pelo Código, e solucionadas até então por construções doutrinárias, foram expressamente contempladas na reforma, a dispensar a utilização de referidas teorias. Foi justamente o que ocorreu com a violação positiva do contrato.³⁸

Com efeito, introduziu-se na lei alemã cláusula geral destinada a reger todas as reclamações de indenização por violação, seja de dever imposto por lei, seja de dever estabelecido pela vontade das partes. Trata-se do § 280, I, segundo o qual, "if the debtor fails to comply with a duty arising under the contract, the creditor is entitled to claim compensation for the loss caused by such breach of his duty. This does not apply if the debtor is not responsible for the breach of duty".³⁹

Em comentário ao dispositivo, Claus-Wilhelm Canaris, um dos autores do projeto que deu origem às alterações do BGB, comparou o sistema anterior à reforma - que não previa expressamente a figura da execução defeituosa - ao ora vigente:

"Após a reforma, a lei passou a adotar a abordagem oposta, considerando o caso de execução insatisfatória ou, em outras palavras, um inadimplemento não específico, como seu ponto de partida e aspecto central (§ 280 do CCA). Este dispositivo foi concebido como uma cláusula geral, que rege todas as reclamações de indenizações nos casos de execução defeituosa de uma obrigação. Portanto, a Lei alemã atualmente depende de um só fundamento para a reclamação. Nos termos deste dispositivo, são devidas indenizações nos casos em que, por exemplo, houve dano causado pelo atraso do devedor ou por defeito nas mercadorias entregues."⁴⁰

A reforma introduziu, ainda, a possibilidade legal de resolução do contrato diante do não cumprimento adequado da prestação pelo devedor, a abarcar, a um só tempo, os casos de infração de deveres acessórios que diretamente tenham relação com a prestação principal, bem como as situações em que o devedor infrinja deveres acessórios não vinculados à prestação principal em si mesma considerada, nos termos do § 324 BGB,⁴¹ além de ter previsto especificamente o chamado inadimplemento antecipado.

Se no direito alemão todas essas e outras inovações tornaram questionável a utilidade da teoria da violação positiva do contrato, no direito brasileiro, por sua vez, a questão assume contornos ainda mais dramáticos, tendo em vista a amplitude do conceito de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil. De todo modo, a teoria tem sido aplicada no Brasil com temperamentos, e se lhe confere maior ou menor abrangência conforme se adote um conceito de mora mais ou menos amplo.

Orlando Gomes, por exemplo, abraça conceito bastante restrito de mora, definindo-a como demora, impontualidade, atraso, violação apenas do dever de adimplir a obrigação no tempo ajustado. Segundo o autor, as infrações relativas ao lugar e à forma do pagamento, embora ensejem a responsabilização do devedor, não configuram, tecnicamente, mora,⁴² mas violação positiva do contrato. A abrangência da teoria, nesse contexto, revela-se significativamente extensa.⁴³

De outra parte, a orientação que tem prevalecido, embora reconheça que os conceitos pátrios de mora e vícios redibitórios abarcam várias hipóteses concebidas outrora na Alemanha como violação positiva do contrato, sustenta que referidos institutos não dão conta das situações de descumprimento de deveres de conduta não relacionados diretamente com o interesse do credor na prestação, as quais, sem solução específica na legislação, demandariam a adoção da teoria em análise.

Nessa esteira, define-se violação positiva do contrato como o inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, sempre que este dever não se vincular de forma direta aos interesses do credor na prestação.⁴⁴ Esses deveres não se relacionariam de forma imediata com a realização da prestação, mas sim com o melhor adimplemento, entendido como aquele que alcança mais perfeita e eficazmente o resultado útil programado sem causar danos à outra parte e a terceiros.⁴⁵

Todavia, entende-se que, a partir da concepção funcionalizada da relação obrigacional, o referido melhor adimplemento é, na verdade, o adimplemento devido. Isso porque há apenas uma única prestação a que o devedor se obriga, há apenas um único comportamento capaz de realizar cabalmente o interesse do credor: o comportamento que executa a prestação principal e observa os deveres de conduta incidentes no concreto regulamento negocial. Essa é a prestação devida.

Por certo, há deveres de conduta que produzem efeitos diretos sobre o resultado útil programado, ligando-se visceralmente à prestação principal, e outros que, apesar de se conectarem apenas de forma indireta a esse resultado útil, também se incluem na concepção mais ampla de prestação devida. De toda sorte, o que importa é que a violação de qualquer desses deveres de conduta conduz à inexecução do comportamento devido e, conseqüentemente, ao não cumprimento da prestação. Se essa violação acarreta mora ou inadimplemento absoluto é questão que apenas se responde à luz do caso concreto, de acordo com a possibilidade ou não de adimplemento, bem como com a manutenção ou não do interesse do credor na prestação - vale dizer, com a possibilidade de a prestação ainda produzir o resultado útil programado.

Ademais, releva destacar que a eventual configuração de mora com base em descumprimento de dever lateral não importa na prorrogação automática da responsabilidade do devedor, nos termos do art. 399 do Código Civil, ao contrário do que se poderia cogitar em defesa da desqualificação da mora e da caracterização, nesse caso, da violação positiva do contrato. Apenas o exame da repercussão da inexecução sobre o resultado útil perseguido pelo credor com o concreto negócio jurídico poderá autorizar, ou não, a atribuição à mora do referido efeito. De fato, não se afigura razoável imputar ao devedor os riscos da impossibilidade da prestação por descumprimento de dever lateral sob certas circunstâncias: o construtor que não fornece ao comprador do imóvel, na data da entrega das chaves, o manual do proprietário, com as especificações e informações acerca da manutenção de todos os materiais e revestimentos utilizados na unidade, não deve responder pelos danos que advierem ao imóvel por caso fortuito ou força maior.

A inaplicabilidade do art. 399 à hipótese formulada, e a tantas outras similares, não requer, como por vezes se sustenta, a invocação de uma terceira espécie de inadimplemento. A rigor, a solução já existe no ordenamento brasileiro: embora o construtor esteja em mora (uma vez que não entregou o imóvel com todos os acessórios necessários ao seu adequado uso e conservação), o art. 399 não incide sobre o caso narrado porque houve o adimplemento substancial da prestação devida.

A teoria do adimplemento substancial permite o controle de legitimidade dos instrumentos de tutela pleiteados pelo credor diante da gravidade do descumprimento da prestação satisfativa pelo devedor.⁴⁶ Logo, no exemplo formulado, a demora na entrega do manual do proprietário encerra descumprimento qualitativamente desprezível no contexto da prestação devida, porquanto atendido o escopo perseguido pelas partes com a celebração contratual, razão pela qual não se afigura legítimo transferir ao construtor o risco por eventuais danos ao imóvel decorrentes de caso fortuito ou força maior. Se assim não fosse, atribuir-se-ia ao devedor sacrifício desproporcional diante da ínfima inexecução em que incorreu.

Observe-se, ademais, que a adoção de renovada teoria do inadimplemento, informada pela já referida concepção contemporânea de relação obrigacional, viabiliza a solução de outros concretos conflitos de interesse sem que seja necessário lançar mão da construção doutrinária alienígena. Tome-se como exemplo o inadimplemento anterior ao termo,⁴⁷ reiteradamente fundamentado na violação positiva do contrato, como se extrai da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca de situação em que a empreendedora sequer iniciara as obras bastante tempo depois de celebrado o contrato, a tornar impossível a entrega do empreendimento no prazo ajustado:

"Compromisso de compra e venda. Resolução do contrato por atraso na entrega da obra. Quebra antecipada por violação positiva do contrato. Descompasso entre o cronograma e o andamento da obra, com clara indicação de não entrega na data prevista. Inadimplemento antecipado da obrigação da empreendedora - efeito 'ex tunc' da sentença resolutória - Restituição integral, atualizada e imediata das parcelas pagas" (TJSP, 4.^a Câm. de Direito Privado, rel. Des. Francisco Loureiro, AgIn 0110916-05.2003.8.26.0000, j. 02.02.2006).

Em situações como a descrita, em que o devedor não executa os atos necessários à entrega da prestação no termo ajustado, o atraso excessivo pode gerar desequilíbrio no sinalagma e, conseqüentemente, inutilidade da prestação para o credor,⁴⁸ razão pela qual o que resta violado é a própria prestação devida.

Ora, violada a prestação devida antes do advento do termo, o benefício (o termo) não mais realiza a função para a qual foi concedido - conferir ao devedor prazo para adimplir perfeitamente a prestação, de modo a produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor -, pelo que deixa de merecer tutela do ordenamento jurídico, e a prestação passa a ser imediatamente exigível.⁴⁹

De que adianta, afinal, manter o benefício se ele já não se presta a realizar sua função? Nessa esteira, tem-se que o benefício do termo perdura a favor do devedor apenas enquanto permanecem as condições, patrimoniais e pessoais, sobre as quais o credor funda sua confiança e expectativa em relação à satisfação do crédito;⁵⁰ alteradas aquelas circunstâncias, o termo revela-se inócuo, não mais desempenhando sua precípua função, pelo que deve ser desconsiderado, a tornar a prestação, de pronto, exigível.

Demonstrada, pois, a perda do benefício do termo e a imediata exigibilidade da prestação, entraves não há à configuração, desde logo, do inadimplemento absoluto do compromisso de compra e venda objeto da decisão colacionada, não já da alegada violação positiva do contrato.

A crítica à teoria torna-se ainda mais contundente ao se analisar particulares situações no âmbito das relações de consumo.⁵¹ Isso porque, o Código de Defesa do Consumidor prevê disciplina específica para diversas hipóteses que, no campo das relações paritárias, encontram solução apenas nas regras do inadimplemento (absoluto ou relativo) ou dos vícios redibitórios,⁵² a exigir do intérprete, não raro, algum esforço argumentativo para justificar a aplicação de umas ou outras ao caso concreto, e afastar, assim, a necessidade daquela teoria. No entanto, apesar das expressas regras consumeristas, análise jurisprudencial indica que os Tribunais insistem em fundamentar

a decisão na controvertida violação positiva do contrato.

Tome-se como exemplo o vício do serviço, para cuja análise assume especial importância o efeito do contrato:⁵³ o efeito do serviço deverá ser adequado para os fins que razoavelmente dele são esperados. Constatado, então, o vício de qualidade que diminua o valor ou que acarrete disparidade em relação ao que foi anunciado, poderá o consumidor optar entre a reexecução do serviço, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, consoante dispõe o art. 20 do CDC. Todavia, a despeito da norma expressa, há inúmeras decisões que invocam a violação positiva do contrato como fundamento da tutela do interesse do consumidor.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a prestadora de serviços educacionais incorre em violação positiva do contrato quando deixa de adotar as medidas de segurança necessárias a garantir a incolumidade física e psíquica de seus alunos por ocasião dos excessos cometidos nos trotes universitários. Na hipótese em questão, diante dos violentos trotes perpetrados pelos alunos veteranos, o aluno calouro deixou de frequentar por mais de 42 dias as aulas, o que resultou em sua reprovação por faltas em algumas matérias do curso de Direito, embora tenha alcançado a média necessária para aprovação. As provas carreadas aos autos indicaram que a instituição de ensino fora cientificada de que a falha pertinente à segurança estava impedindo os calouros de aproveitar na forma devida a prestação educacional. Por essa razão, o Tribunal entendeu que a violação positiva do contrato desobrigaria o aluno do pagamento da contraprestação dos serviços, que se mostraram defeituosos e inadequados.⁵⁴

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, decidiu que o curso preparatório para concurso público que altera reiteradas vezes seu corpo docente, previamente informado ao consumidor, viola os deveres anexos de lealdade, proteção, informação, confiança e cooperação, a incorrer, também, em violação positiva do contrato.⁵⁵

Nos dois casos citados, o recurso à teoria alemã se afigura desnecessário, uma vez que ambos são facilmente solucionados pela aplicação da disciplina relativa aos vícios do serviço, constante do art. 20 do CDC. No primeiro caso, há descumprimento do dever de zelar pela segurança do contratante, a tornar o serviço como um todo impróprio para o consumo (por não oferecer segurança ao aluno calouro, ele não pôde frequentar o curso, e acabou reprovado por faltas). No segundo julgado, por sua vez, a substituição do corpo docente inicialmente informado não só violou os deveres de informação e lealdade, como tornou o serviço impróprio para o uso a que se destinava (o corpo docente que, na realidade, ministrou as aulas não era qualificado para preparar os alunos para o concurso almejado).

Situação semelhante se verifica diante do vício do produto, em razão do qual se impõe ao fornecedor, no art. 18, § 1.º, do CDC, a responsabilidade de, não sanado o defeito no prazo máximo de 30 dias, substituir o produto, restituir a quantia paga ou abater proporcionalmente o preço, à escolha do consumidor. A despeito da solução específica oferecida pelo legislador, encontram-se decisões que, em presença de produto defeituoso, invocam a violação positiva do contrato. Foi justamente o que ocorreu no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: afirmou-se que o afundamento de miolo do piso instalado na casa do consumidor encerra hipótese de "violação positiva do contrato, espécie de imperfeição no cumprimento de contrato que não caracteriza nem a mora e nem o inadimplemento integral - trata-se do cumprimento defeituoso do contrato".⁵⁶

Em inúmeros julgados - como se observa em alguns já referidos -, menciona-se a violação positiva do contrato apenas como argumento retórico, de mero reforço à solução técnica oferecida pela legislação e aplicada concretamente pelo julgador, com a única finalidade de robustecer a tutela expressamente conferida ao consumidor pela ordem jurídica.⁵⁷ Embora louvável a intenção dessa linha decisória, a rigor, ela vem ao encontro do que ora se sustenta, e corrobora a desnecessidade da teoria no direito

brasileiro.

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.⁵⁸ 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.

5 Conclusão

Contemporaneamente, reconhece-se a necessidade de superar, de uma vez por todas, a bitola patrimonialista que por muito tempo engessou o direito das obrigações, e de relê-lo sob perspectiva complexa, dinâmica e funcionalizada, de modo a promover a aplicação de seus institutos consoante a função para a qual foram concebidos.

Nesse cenário, a boa-fé objetiva assume particular importância, imprimindo à relação obrigacional caráter cooperativo e impondo às partes deveres de conduta dirigidos à perfeita consecução do resultado útil programado, a alargar o próprio objeto da obrigação. Some-se a isso o reconhecimento de que a relação obrigacional não é um fim em si mesmo, mas encerra a função precípua de satisfação do interesse das partes - sobretudo do credor -, e concluir-se-á que o próprio conceito de adimplemento deve ser revisto, de modo a significar o comportamento que cumpre não apenas o dever de prestação principal, mas também, e com a mesma acuidade, todos os deveres de conduta que se fizerem instrumentalmente necessários para a plena satisfação do interesse do credor, por meio da obtenção do resultado útil almejado.

O conceito de inadimplemento não poderia passar incólume por todas essas inovações. A alteração do objeto da obrigação, bem como da noção de adimplemento, conduz, necessariamente, ao alargamento da noção de inadimplemento, que passa a congrega qualquer descumprimento de dever incidente na concreta relação obrigacional, seja dever principal de prestação, seja dever secundário de prestação ou dever de conduta, a despeito da fonte (autônoma ou heterônoma) da qual emane.

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.

A amplitude do conceito de mora positivado pelo legislador brasileiro e a existência de outras figuras não encontradas na redação original do BGB conduzem à desnecessidade de se adotar uma terceira espécie de inadimplemento, designada violação positiva do contrato.

O argumento segundo o qual não se justifica a incidência de todos os efeitos da mora - em especial a prorrogação da prestação - diante de certos descumprimentos de deveres de conduta, a fim de corroborar a adoção da referida teoria, não procede. Isso porque há que se efetivar sempre juízo de merecimento de tutela acerca do instrumento de proteção pleiteado pelo credor, de modo a verificar sua compatibilidade com a gravidade do descumprimento do devedor. Dessa forma, é possível concluir que a mora apenas produzirá o efeito previsto no art. 399 do Código Civil se o descumprimento justificar a atribuição do risco ao devedor, o que não ocorrerá quando a inexecução for de pouca

importância, isto é, quando significar tão somente um incumprimento formal da prestação devida e não comprometer a obtenção do resultado útil programado.

A partir da análise de decisões dos Tribunais estaduais, percebe-se a invocação da violação positiva do contrato mesmo em casos para os quais a legislação prevê solução expressa e específica, o que é particularmente fácil de observar no âmbito de relações de consumo. Não raro, ademais, os acórdãos se referem à teoria com finalidade retórica, como mero argumento de reforço da aplicação de solução técnica prevista pelo legislador nacional, a corroborar a inutilidade de sua adoção pelo direito brasileiro.

6. Referências

AguiarJúnior, R. R. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AlmeidaCosta, M. J. Direito das obrigações. 8. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Noções fundamentais de direito civil. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.

AntunesVarela, J. M. Das obrigações em geral. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2005. vol. 1.

ArrudaAlvim. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965.

Assis, A. Resolução do contrato por inadimplemento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Canaris, C. W. O novo direito das obrigações na Alemanha. Revista de Direito da Emerj. vol. 7. n. 27. p. 108-124. 2004.

Cascio, S. O. Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo. Milano: Giuffrè, 1938.

Coutoe Silva, C. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e no direito português. In: Caetano, M. et al (orgs.). Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 43-72.

Enneccerus, L. Tratado de derecho civil. Trad. Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944. t. 2. vol. 1.

Fachin, L. E. Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Favale, R. Presentazione. In: Staub, H. Le violazioni positive del contratto. Trad. Giovanni Varanese. Napoli: ESI, 2001. p. 7-34.

Giorgianni, M. L'inadempimento: corso di diritto civile. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1975.

_____. L'obbligazione: la parte generale delle obbligazione. Milano: Giuffrè, 1968. vol. 1.

Gomes, O. Obrigações. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Hespanha, A. M. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998.

Konder, C. N. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311.

Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 50. p. 217-236. abr.-jun. 2012.

_____; Rentería, P. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: Tepedino, G.; Fachin, L. E. (orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. 2. p. 265-297.

Larenz, K. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

Marques, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____; Benjamin, A. H. V.; Miragem, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.

Martins-Costa, J. Comentários ao novo Código Civil. São Paulo: Forense, 2004. vol. 5, t. 2.

Muraro, G. L'inadempimento prima del termine. Rivista di diritto civile. ano XXI. 1.^a parte. Padova: Cedam, 1975.

Negreiros, T. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Perlingieri, P. Manuale di diritto civile. Napoli: ESI, 2005.

_____. Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni. In: _____. Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi. Napoli: ESI, 1990. Cap. 2, p. 37-53.

Schreiber, A. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 32. p. 3-27. out.-dez. 2007.

SerpaLopes, M. M. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

Silva, J. C. F. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Staub, H. Le violazioni positive del contratto. Trad. Giovanni Varanese. Napoli: ESI, 2001.

Tepedino, G.; Barboza, H. H.; Moraes, M. C. B. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. 1.

_____; Schreiber, A. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: Tepedino, G. (coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

_____; _____. Código Civil comentado: direito das obrigações. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008.

Terra, A. M. V. Inadimplemento anterior ao termo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O chamado inadimplemento antecipado. Revista de Direito Privado. vol. 60. p. 135-157. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2014.

Zimmermann, R. Breach of contract and the remedies under the new german law of obligations. Saggi, Conferenze e Seminari. n. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.

_____. El nuevo Derecho Alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado. Trad. Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008.

- 1 Perlingieri, P. Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni. In: _____. Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi. Napoli: ESI, 1990. cap. 2. Cap. 2, p. 53.
- 2 Hespanha, A. M. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1998, p. 57.
- 3 Larenz, K. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 37.
- 4 A criação de deveres jurídicos encerra apenas uma das três funções da boa-fé objetiva, conforme orientação doutrinária. A seu lado, indicam-se, ainda, a limitação ao exercício de direitos subjetivos e cânon interpretativo-integrativo. Teresa Negreiros observa que "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, T. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140). Para visão crítica acerca da tripartição: Tepedino, G.; Schreiber, A. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: Tepedino, G. (coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.
- 5 Larenz, K., op. cit., p. 38.
- 6 Coutoe Silva, C. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.
- 7 Konder, C.N.; Rentería, P. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: Tepedino, G.; Fachin, L. E. (orgs.). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. vol. 2, p. 267.
- 8 Perlingieri, P. Manuale di diritto civile. Napoli: ESI, 2005, p. 220. Reconhecer o interesse do credor como característica fisionômica da relação obrigacional significa considerá-lo indispensável para o nascimento do vínculo jurídico, pois não se justifica a imposição ao devedor de limitação à liberdade, a não ser em razão e em função de prevalente interesse alheio. Não denota, portanto, como já se esclareceu, a impossibilidade de se realizar, ao mesmo tempo, interesse juridicamente relevante do devedor.
- 9 "A expressão boa-fé objetiva designa (...) norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé" (Martins-Costa, J. Comentários ao novo Código Civil. São Paulo: Forense, 2004. vol. 5, t. 2, p. 33). Conforme observa Antunes Varella, "de um modo geral, pode dizer-se que, nas relações obrigacionais bilaterais (onde os deveres acessórios de conduta mais avultam), cada um dos contraentes tem o dever de tomar todas as providências necessárias (razoavelmente exigíveis) para que a obrigação a seu cargo satisfaça o interesse do credor na prestação" (Antunes Varella, J. M. Das obrigações em geral. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2005. vol. 1, p. 125).
- 10 Coutoe Silva, C. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e no direito português. In: Caetano, M. et al (orgs.). Estudos de direito civil brasileiro e português (I jornada luso-brasileira de direito civil). São Paulo: Ed. RT, 1980, p. 54.

11 AlmeidaCosta, M. J. Noções fundamentais de direito civil. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001, p. 137.

12 Fachin, L. E. Teoria crítica do direito civil à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

13 Giorgianni, M. L'obbligazione: la parte generale delle obbligazione. Milano: Giuffrè, 1968. vol. 1, p. 228-229.

14 Sobre o conceito de adimplemento, confira-se a lição de Martins-Costa, J., op. cit., p. 67. Consulte-se, ainda, Salvatore Orlando Cascio: "(...) l'adempimento consiste nella attuazione del contenuto dell'obbligo. Si può estendere il concetto dell'adempimento solo estendendo quello del contenuto dell'obbligo: il debitore adempie, quando fa ciò che deve fare, ciò che è obbligato a fare" (Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo. Milano: Giuffrè, 1938, p. 63).

15 De acordo com Judith Martins-Costa, contemporaneamente, há que se entender o adimplemento como o "cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas" (Martins-Costa, op. cit., p. 67).

16 Giorgianni, M. L'inadempimento: corso di diritto civile. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1975, p. 29 e ss.

17 ArrudaAlvim. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1965, p. 57, grifou-se.

18 Assis, A. Resolução do contrato por inadimplemento. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 102.

19 A rigor, sob certo sentido, a mora sempre será um atraso culposo. Mesmo na hipótese em que o devedor cumpre no tempo certo, mas no lugar ou forma diversa do pactuado, haverá, sim, atraso da prestação devida, vale dizer, da prestação satisfativa, uma vez que esta não restou adimplida. O cumprimento imperfeito não é o cumprimento devido, pelo que se pode entender haver, neste caso, atraso no cumprimento da prestação devida, entendida como aquela que abarca os deveres de prestação bem como os de conduta.

20 ArrudaAlvim, op. cit., p. 29, grifos no original.

21 SerpaLopes, M. M. Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 74.

22 "A impossibilidade definitiva é a que inviabiliza para sempre a prestação ou que somente pode ser prestada mediante esforço extraordinário. (...) A simples dificuldade não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade" (AguiarJúnior, R. R. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 99-100).

23 Idem, p. 102.

24 Nesse sentido, afirma Enneccerus: "La imposibilidad de la prestación se considera definitiva no sólo cuando de antemano se excluye con seguridad toda previsión de que desaparezca el obstáculo que se pone a la prestación, sino también cuando su desaparición sólo puede tener lugar en virtud de un hecho cuya probabilidad es tan remota que, racionalmente, no es de esperar que se realice. Si el vendedor de una finca,

antes de transmitirla al comprador, la enajena culposamente a un tercero y no demuestra tener a su libre disposición una facultad de readquirirla por ejemplo, en virtud de un derecho de resolución o de retracto, se le condenará inmediatamente a la indemnización en metálico" (Tratado de derecho civil. t. 2. v. 1. Tradução Blas Pérez Gonzáles e José Alger. Barcelona: Bosch, 1944, p. 246, grifou-se).

25 Aguiar Júnior, R. R., op. cit., p. 132.

26 TEPEDINO, G.; BARBOZA, H.H.; MORAES, M.C.B. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. v.1, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 718.

27 ArrudaAlvim, op. cit., p. 66.

28 A respeito de exemplo semelhante ao ora formulado, Clóvis do Couto e Silva conclui: "A não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. B deveria levar em consideração que quem contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade" (Couto e Silva, C., op. cit., p. 41).

29 A teoria é desenvolvida em Staub, H. Le violazioni positive del contratto. Trad. Giovanni Varanese. Napoli: ESI, 2001.

30 "Il BGB non contiene, peraltro, un'analogia disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un'obbligazione mediante condotta positiva, facendo qualcosa che dovrebbe omettere, oppure eseguendo la prestazione dovuta, ma in modo inesatto" (Staub, op. cit., p. 39).

31 Staub, H., op. cit., p. 40.

32 AlmeidaCosta, M. J. Direito das obrigações. 8. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2000, p. 977.

33 Staub identificou, já na primeira página de seu livro, hipóteses configuradoras de violação positiva do crédito: "I casi di cui qui si discute sono della massima importanza. Essi accadono nella pratica giuridica quotidianamente: li incontriamo ad ogni piè sospinto. Alcuni esempi: qualcuno, impegnatosi a non rivendere in Francia le lampade acquistate, lo fa comunque. Un commerciante fornisce ad altri una sostanza luminescente da lui prodotta, che contiene elementi esplosivi, senza richiamare l'attenzione del compratore su questa circostanza; la sostanza luminescente poi causa grossi danni nel negozio dell'acquirente. Un agente, per negligenza, redige resoconti inesatti circa la solvibilità di un suo cliente; un altro lavora in modo continuativo per una ditta concorrente, nonostante sia ravvisibile nella situazione concreta una grave violazione dell'obbligo. Un commesso, per colpa, vende largamente al di sotto del prezzo di costo. Un principale fornisce ad un suo commesso un'attestazione contenente referenze inesatte sull'attività lavorativa svolta" (Staub, op. cit., p. 39).

34 Afirma o autor, in verbis: "La conseguenza giuridica della violazione colpevole di un'obbligazione consiste nell'obbligo di risarcimento del danno, a meno che questa conseguenza giuridica non sia esclusa dalla legge" (Staub, op. cit., p. 40),

35 A respeito dos efeitos da violação positiva do crédito, confira-se Larenz, K., op. cit., p. 367.

36 Noticia as críticas referidas Rocco Favale, em introdução à obra de Staub, ora citada (Favale, R. Presentazione. In: Staub, H. Le violazioni positive del contratto. Trad. Giovanni Varanese. Napoli: ESI, 2001, p. 18-19).

37 Favale, R., op. cit., p. 16.

38 Sobre o tema, confira-se Zimmermann, R. Breach of contract and the remedies under the new german law of obligations. Saggi, Conferenze e Seminari. n. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002, p. 6 et seq.

39 Tradução de Zimmermann, R., op. loc. cit., p. 18.

40 Canaris, C. W. O novo direito das obrigações na Alemanha. Revista de Direito da Emerj. vol. 7. n. 27. p. 108-124. 2004, p. 118. O autor complementa as observações: "Com relação às circunstâncias objetivas, esta regra exige uma violação da obrigação ou uma execução defeituosa de uma obrigação. Com base nesse princípio, a lei introduz a questão subjetiva de distinguir se o devedor é ou não responsável pelo inadimplemento. Neste particular, reverte o ônus da prova para o devedor" (loc. cit., p. 119).

41 Zimmermann, R. El nuevo Derecho Alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado. Trad. Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008, p. 77.

42 Gomes, O. Obrigações. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 198, grifos no original.

43 De acordo com o autor, "os que assim procedem violam, com um ato, o crédito. Comportam-se diferentemente de quem atrasa o pagamento, pelo que incorreto será dizer que incorrem na mora. A estas violações positivas do crédito aplicam-se, entretanto, por analogia, as regras da mora. Daí a confusão" (Gomes, O., op. cit., p. 205-206, grifos no original).

44 Silva, J. C. F. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 268.

45 Silva, J. C. F. Inadimplemento das obrigações. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 45.

46 Schreiber, A. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 32. p. 3-27. out.-dez. 2007, p. 21-23.

47 Sobre o tema, seja consentido remeter a Terra, A. M. V. Inadimplemento anterior ao termo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

48 Nesse sentido, afirma Judith Martins-Costa que a inutilidade pode ser mensurada, objetivamente, "à vista de suas repercussões no equilíbrio entre as prestações; na funcionalidade do contrato, implicada no concreto programa negocial, que organiza os riscos e vantagens, os custos e os benefícios de cada parte; na relação de proporcionalidade; na própria licitude, considerada à vista da cláusula geral do art. 187" (op. cit., p. 256, grifos no original). Na lição de Larenz, configura-se o inadimplemento absoluto quando a prestação resultar, enfim, economicamente distinta (op. cit., p. 303).

49 TERRA, A.M.V. O Chamado Inadimplemento Antecipado. Revista de Direito Privado. v. 60, out./dez. 2014, p. 151.

50 É o que afirma Muraro: "il beneficio del termine perdura a favore del debitore fintantoché permangono le condizioni, patrimoniali e personali, sulle quali il creditore (o la legge, quando il termine non è frutto di determinazione negoziale) fonda di norma la sua fiducia e la sua attesa in ordine alla soddisfazione spostata nel tempo del credito" (L'inadempimento prima del termine. Rivista di diritto civile. ano XXI. 1.ª parte. Padova: Cedam, 1975, p. 252, grifou-se).

51 Konder, C. N. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. Revista Trimestral de Direito Civil. vol. 50. p. 217-236. abr.-jun. 2012, p. 227.

52 Marques, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 1164.

53 Marques, C.L.; Benjamin, A. H. V.; Miragem, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 359.

54 "Recurso. Apelação. Prestação de serviços educacionais. Ação de cobrança. Pretensão de cobranças de mensalidades escolares configuradas no primeiro semestre de curso de direito prestado ao requerido. Defesa fulcrada em exceção de contrato não cumprido por vício de segurança relativa à fruição dos serviços educacionais, em razão de agressivo e prolongado trote praticado por alunos veteranos com ameaça à sua integridade física e moral. Conjunto probatório apto a comprovar que o aluno foi impedido de assistir às aulas por ameaças de outros alunos veteranos, o que culminou em sua reprovação ao final do semestre por excesso de faltas, embora tenha obtido aproveitamento por notas. Falha na prestação de serviços evidenciada por omissão da prestadora de impedir o trote promovido. Violação positiva do contrato a desobrigar o consumidor do pagamento da contraprestação relativa aos serviços defeituosos. Improcedência do pedido de cobrança. Sentença reformada. Recurso de apelação provido." Colhe-se, ainda, do voto do Relator: "Nessa toada, considerando: (a) ter havido a prestação dos serviços educacionais (visão aparente de que tenha havido o adimplemento); (b) que o cumprimento da prestação foi defeituoso no campo do aproveitamento, porque não permitiu que o aluno obtivesse a aprovação que esperava mesmo tendo cumprido com o esforço de sua parte (desconformidade entre o serviço prestado e o que o deveria ter sido); (c) que não há regulamentação do cumprimento defeituoso da hipótese pelas regras sobre vícios, e; (d) que existem danos típicos, caracterizados pela reprovação por faltas em razão do trote (não comuns às hipóteses de prestações similares), forçoso é reconhecer a violação positiva do contrato a desobrigar o aluno do pagamento da contraprestação dos serviços que se mostraram defeituosos e inadequados" (TJSP, 3.ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Des. Marcondes D'Angelo, AC 0041153-98.2008.8.26.0562, j. 28.11.2013).

55 "(...) O serviço que buscam os consumidores que recorrem a um curso preparatório perpassa essencialmente pela qualidade dos professores que se apresentarão em sala de aula e, por tal motivo, não pode o fornecedor se valer de cláusula absolutamente genérica para justificar as sucessivas alterações do corpo docente, substituindo exatamente os profissionais de maior renome. Alterações que correspondem à modificação de metade dos profissionais originariamente designados, o que, por si só, demonstra a manifesta situação de desvantagem em que se encontra a discente e o flagrante desrespeito à vedação aposta ao fornecedor de modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato após sua celebração (CDC, 51, XIII). O princípio da vinculação contratual da publicidade (CDC, 30), para coibir a 'publicidade chamariz', dentre outras modalidades enganosas, impõe ao fornecedor obrigação pré-contratual que deverá ser adimplida em seus exatos termos quando da execução do próprio negócio jurídico. Oferta que, por si só, é capaz de criar um vínculo entre fornecedor e consumidor, em apreço à boa-fé objetiva e aos deveres anexos de lealdade, proteção, informação, confiança e cooperação, postulados estes que não podem ser desprezados em desfavor do contratante vulnerável, sob pena de legitimar-se a violação positiva do contrato. Transtornos e perda do tempo útil que transcendem a órbita do mero aborrecimento, atraindo a incidência de verba compensatória, notadamente por ser tratar de serviço capaz de influir no próprio futuro profissional do consumidor" (TJRJ, 9.ª Câmara Civ., rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, AC 0258148-03.2009.8.19.0001, j. 27.9.2011).

56 TJRS, 3.ª Turma Recursal Cível, rel. Dr. Eugênio Facchini Neto, Recurso Inominado

71000626697, j. 29.03.2005.

57 Confira-se, nesse sentido, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se discutia acerca de queda sofrida por consumidora em poça de sabão líquido nas dependências de supermercado réu. Do voto da Relatora Desembargadora, extrai-se o seguinte excerto: "(...) Há nos autos prova suficiente de que a autora sofreu uma queda no interior do supermercado réu, e que esta queda deveu-se ao fato de que não houve adequada e suficiente proteção aos consumidores que ali estavam a circular. O caso é de típico acidente de consumo, disciplinado pelos arts. 12 e ss. do Código de Defesa do Consumidor. Disso decorre ser objetiva a responsabilidade, bastando, nos termos do art. 14 do CDC, indagar se o serviço forneceu a segurança que o consumidor dele pode esperar. Determina o § 1.º do citado artigo que se leva em conta, na aferição do defeito do serviço, o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido. No presente caso, houve o que a melhor doutrina denomina de violação positiva do contrato. Embora não tenha havido vício propriamente dito na prestação de serviço por parte do supermercado, houve má execução dos deveres laterais de segurança da cliente, que se acidentou durante suas compras. Houve, assim, cumprimento imperfeito, pois a despeito da execução da prestação principal, a violação a dever lateral causou dano indenizável à contraparte. (...)" (TJSP, 6.ª Câ. de Direito Privado, rel. Des. Ana Lucia Romanhole Martucci, AC 4001825-88.2013.8.26.0604, j. 28.05.2015).

58 É o que sustentam, também, Tepedino, G.; Schreiber, A. Código Civil comentado: direito das obrigações. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 343-344.