

EFEITOS JURÍDICOS DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: INDENIZAÇÃO OU RESOLUÇÃO CONTRATUAL?

LEGAL EFFECTS OF POSITIVE BREACH OF CONTRACT: INDEMNITY OR CONTRACTUAL RESOLUTION?

Camila Fernandes Santos¹

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior²

Resumo

Esta pesquisa tem como tema a violação positiva do contrato e os seus possíveis efeitos jurídicos no âmbito do Direito. O trabalho irá buscar a demonstração de que não se faz Direito sem acompanhar os movimentos sociais latentes. Primeiramente, serão estudados os inadimplementos previstos em lei, e, depois será demonstrado que a violação positiva do contrato, apesar de não ser prevista de maneira literal é aceito pela doutrina e jurisprudência, pelo fato de ser uma consequência da boa-fé objetiva, instituto mais que aceito no ordenamento jurídico brasileiro. O segundo item do trabalho estudará a obrigação como processo. Como se verá, este instituto é intimamente ligado com a boa-fé objetiva e defende a ideia de que nas obrigações deve haver lealdade entre os contratantes e cooperação, para que a obrigação seja cumprida de forma que os interesses de ambas as partes sejam satisfeitos. Deste conceito de obrigação como processo, surge a violação positiva do contrato como um dever lateral, ou seja, ainda que a prestação principal da obrigação seja satisfeita, os contratantes devem observar outros deveres, que não o principal (a prestação) também está ligado com a ideia de obrigação como processo. Por fim, o terceiro item irá demonstrar como o Poder Judiciário se utiliza do instituto da violação positiva do contrato em suas decisões, demonstrando que por ser considerada como um tipo de inadimplemento, a violação poderá surtir efeitos jurídicos para os contratantes, seja originando o dever de indenizar, seja originando a resolução do contrato.

Palavras-chave: Violação positiva do contrato, obrigação como processo, dever de indenizar, resolução do contrato

Abstract

This research has as its theme the positive breach of contract and their possible legal effects under the Law. The work will seek to demonstrate that there is no Right without the movements underlying social. First, will be studied the non-laid down in law, and then it will be shown that the positive breach of contract, although not be literal way is accepted by the doctrine and

¹ Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos.

² Doutor em Direito. Prof. Adjunto na PUC Minas e no Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos.

jurisprudence, by the fact of being a consequence of good-faith objectively, institute more than accepted in the Brazilian legal system. The second item of work will examine the obligation as a process. As you will see, this institute is closely linked with the good-faith objective and defends the idea that the obligations should be loyalty between contractors and cooperation, so that the obligation to be fulfilled so that the interests of both parties are met. This concept of obligation as a process, there is a positive breach of contract as a duty side, that is, even if the principal provision of the obligation is satisfied, the contractors must observe other duties, that is not the main (the service) is also connected with the idea of obligation as a process. Finally, the third item will demonstrate how the Judiciary uses the institute of positive breach of contract in its decisions, demonstrating that it is considered as a type of defaults, the violation may produce legal effects for the contractors, is giving rise to the duty to indemnify, is causing the termination of the contract.

Keywords: positive Breach of contract, obligation as a process, a duty to indemnify, resolution of contract

Introdução

O Direito atual, considerado como uma ciência social aplicada, tem como escopo normatizar as relações que se formam no seio da sociedade. A sociedade atual caracteriza-se por formar relações complexas e viver um momento chamado de pós-modernidade. A pós-modernidade caracteriza-se por ser uma realidade em que as relações entre os indivíduos se dão de forma muito rápida e globalizada, então o que é hoje pode não ser amanhã e assim por diante.

Como se sabe, o Direito deve seguir as mudanças sociais, buscando sempre se atualizar. Porém, como a pós-modernidade traz relações pouco sólidas e muito rápidas, fica muito difícil para a ciência jurídica acompanhar tais mudanças, até porque, no tocante ao Brasil, o processo legislativo é burocrático e devagar, logo, não é possível que se crie leis de acordo com os novos fenômenos sociais que vão surgindo.

Dai surge uma forte tendência de valoração do Direito, ou seja, a doutrina e jurisprudência, com o fito de responder às demandas sociais, incentivam a utilização de princípios e cláusulas gerais, para que as lacunas legais deixadas pelo legislador possam ser preenchidas de maneira a colaborar para o bom andamento jurídico.

No âmbito do Direito Civil, o que se verá é uma forte valoração da boa-fé objetiva, prevista no artigo 422 do Código Civil atual. Através da boa-fé objetiva e de suas consequências para a relação contratual, como a manutenção da ética e da solidariedade entre os contratantes, poderão surgir conceitos que servirão para auxiliar o aplicador da norma em suas decisões.

A violação positiva do contrato é um desses conceitos, que além de ser consequência da boa-fé objetiva, também é consequência da visão da obrigação como processo. Não prevista de forma literal no Código Civil de 2002, a mesma se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro através da doutrina e da jurisprudência, as quais a consideram como um tipo de inadimplemento contratual, diferente da mora e do inadimplemento absoluto.

Sendo assim, aceita pela jurisprudência e doutrina, a violação positiva do contrato será capaz de produzir efeitos na órbita jurídica, porém, por não ser instituto positivado no direito brasileiro, podem surgir dúvidas a respeito de quais seriam seus efeitos jurídicos e se poderiam ser os mesmos efeitos gerados pelos inadimplementos previstos no Código Civil de 2002. O presente trabalho, então, objetiva demonstrar que ainda que não esteja positivada a violação positiva do contrato, pelo fato de ser reconhecida através da boa-fé objetiva, vincula os contratantes e poderá gerar tanto o dever de indenizar quanto a resolução contratual.

1. Inadimplemento das Obrigações

O inadimplemento é uma matéria de grande relevância para o Direito das Obrigações, posto que a maioria dos interesses jurídicos ligados à relação obrigacional surgem quando esta não é satisfeita. Este inadimplemento ou inexecução gerará a responsabilidade civil contratual, prevista nos artigos 389 a 391 do CC, pode também nascer o dever de indenizar, previsto nos artigos 402 a 404 do CC, sem prejuízo de outros institutos como o do dano moral e até mesmo o da resolução contratual. Em relação ao que seja inadimplemento, sábias são as palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

Do exposto, pode-se constatar a distinção entre o inadimplemento e o mero descumprimento de dever jurídico. O inadimplemento é um descumprimento de dever jurídico qualificado pela pré-existência de relação obrigacional. Não se trata, pois, de um mero desrespeito a uma imposição de ordem geral, a ser observada por todos os membros de uma comunidade política (dever de respeito à propriedade alheia, p.ex.), mas de um preceito individual, emanado do vínculo constituído entre dois pólos. É pressuposto do inadimplemento, portanto, a eficácia da sua fonte (que o contrato seja válido, que o dano seja indenizável etc.) e a exigibilidade da conduta (não adimple aquele que ainda não deve, ou que não está em condições jurídicas de dever). (SILVA, 2007, p.32).

De acordo com uma visão mais clássica a respeito da matéria, o inadimplemento se resume a dois institutos: mora ou inadimplemento relativo e inadimplemento absoluto ou total. O inadimplemento absoluto ocorre quando a prestação não é mais útil ao credor, se tornou impossível, ou ainda, ocorreu alguma circunstância superveniente que a tornou inexigível. Quando se fala em impossibilidade, para o Direito Brasileiro a que interessa é a superveniente, ou seja, aquela que ocorre depois que o vínculo obrigacional está constituído, lembrando que a originária é aquela que precede a constituição da obrigação. Isto posto, pode-se dizer que ocorre a impossibilidade quando a prestação não pode ser realizada em razão de empecilhos físicos ou jurídicos, “seja por ter perecido, seja por exigir esforços extraordinários, injustificáveis em face das circunstâncias do vínculo concreto (no exemplo de escola, a busca de um anel que caiu no mar).” (SILVA, 2007, p.36). No que tange à inexigibilidade, esta se comunica com a noção de impossibilidade econômica, isto é, a prestação, diferente do caso de impossibilidade ainda é possível, porém, para que a mesma seja cumprida, demandará um esforço financeiro do devedor muito maior do que o pactuado, tornando, assim, a prestação inexigível. Para ilustrar a situação, temos o exemplo utilizado por José Cesa Ferreira da Silva:

[...] o devedor tem de enviar a carga de uma cidade para a outra, até determinado dia. Considerando as características do vínculo, conclui-se que o percurso foi suposto pelas partes para ser realizado por transporte rodoviário, ainda que nada se tenha estabelecido contratualmente (tratava-se, p. ex., de uma transportadora de carga por caminhões), não tendo o contratado assumido o risco absoluto pela remessa. Poucos dias antes, em razão de chuvas de volume inesperado, rompe-se uma ponte que se incluía no percurso, tornando inviável a utilização do caminho. A remessa da carga é ainda possível, mas somente por meio de transporte aéreo, de valor muito superior ao contratado. (SILVA, 2007, p.40).

E, ainda no que tange ao inadimplemento absoluto, teremos a última situação que o enseja: inutilidade da prestação para o credor. Esta situação ocorre quando os interesses do credor em relação à prestação se extinguem e é claro que só fará sentido se o devedor não tiver cumprido a prestação no prazo estipulado.

Avançando, o inadimplemento relativo, mais conhecido como mora está disciplinado nos arts. 394 a 401 do C.C. e ocorre quando há um descumprimento parcial da obrigação, ou seja, esta ainda poderá ser satisfeita, aqui, o devedor, por sua culpa, não realiza a prestação do tempo

devido, ou a realizas sem a observância de suas características principais, como a forma e o lugar, e, ainda assim, a utilidade da prestação persiste para o credor.

Porém, a classificação clássica demonstrada anteriormente, em que se considera que o inadimplemento é dividido apenas entre inadimplemento absoluto e relativo está ultrapassada, pois se considerarmos que o Direito é uma ciência social aplicada, chegaremos à conclusão de que o mesmo deve seguir as mudanças de comportamento da ordem social, e, sendo assim, diante da complexidade das relações jurídicas atuais, aceitar apenas esses dois tipos de inadimplemento seria arriscado. Por isso, diante das lacunas criadas pelo Direito, decorrentes das mudanças sociais não acompanhadas pelo mesmo, desenvolveu-se o instituto da violação positiva do contrato:

A ideia da violação positiva do contrato – ou “violação positiva do crédito”, como é mais costumeiramente chamada na Alemanha – nasceu de estudo famoso de Hermann Staub, importante jurista alemão do final do século XIX e início do século XX. Em 1902, dois anos após a entrada em vigor do BGB, Staub reconheceu no então novo Código a existência de lacunas no regramento do inadimplemento: para além do inadimplemento absoluto (lá chamado de impossibilidade) e da mora, existiriam outras hipóteses não reguladas, apesar de igualmente configurarem inadimplemento. Para ele, tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora correspondiam a violações *negativas* do crédito: no primeiro, a prestação não é realizada; no segundo, a prestação *não é* realizada no momento adequado. Já as hipóteses por ele elencadas acarretariam descumprimento obrigacional exatamente porque a prestação foi realizada. Por isso, para diferenciar esses casos dos anteriores, entendeu chamar essas hipóteses de *violações positivas do contrato*. Entre os vários exemplos referidos por Staub encontra-se o da cervejaria que, contratada para fornecer regularmente cerveja a uma estalagem, o faz regularmente e no dia adequado, mas, em algumas oportunidades, fornece cerveja de pior qualidade, o que redundava na perda de freguesia. No caso, não teria havido impossibilidade, visto que o interesse permanecia e a prestação era possível, e tampouco mora, visto que a prestação foi realizada no momento adequado. No entanto, alguma espécie de descumprimento contratual teria existido, espécie esta não albergada pelo então novo Código alemão. Vale lembrar ainda que, neste, o conceito de mora do devedor se restringe ao atraso culposo da prestação. (SILVA, 3007 p. 43).

A violação positiva do contrato é então uma terceira figura de inadimplemento no campo do Direito Civil, e, ainda que não esteja prevista de forma literal no Código Civil vigente, no Brasil, ela pode surgir através da criação de deveres jurídicos advindos da boa-fé, conforme prevê o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.” A boa-fé aqui citada é a boa-fé objetiva, e ela é colocada no Código Civil como uma cláusula geral, que caracteriza-se por não trazer consigo um

conceito determinado e certo, e nem tampouco uma consequência jurídica para a norma, deixando ao critério do juiz usá-la da forma mais justa, de acordo com cada caso concreto, que, pela complexidade das relações sociais irá sempre variar. Pois é característico de um sistema aberto de normas e de uma realidade pós-moderna que o Direito não se mantenha estático Nas sábias palavras de Judith Martins Costa:

São proteiformes as cláusulas gerais porque assumem, seja qual for o ângulo de análise do estudioso, uma diversa significação. São proteiformes, também, porque o exame de suas significações traz consigo uma longa lista de problemas nucleares à teoria do direito e à dogmática jurídica, afastando, assim, qualquer reducionismo ou simplificação na sua análise.

Entre esses problemas estão as conexões que ligam as cláusulas gerais à teoria das fontes de produção jurídica e à metodologia da ciência do direito. É que as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamentos, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. É indiscutível a constatação, hoje, da existência de uma crise da teoria das fontes, que se reflete na metodologia da ciência do direito. (COSTA, 199, p. 274).

No que tange à previsão legal, a boa-fé está prevista no artigo 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. E, conforme já foi dito anteriormente, o Código trata da boa-fé objetiva, a qual está ligada com a valoração da eticidade no novo código, então, os indivíduos devem se pautar em uma conduta leal, honesta e proba, de modo que não ajam para prejudicar um ao outro e a obrigação, assim, devem operar em regime de colaboração e cooperação para que o objetivo do contrato seja atingido de maneira ética.

Por ser uma cláusula geral amplamente utilizada e por representar o alicerce ético do novo Código Civil, a boa-fé possui funções importantíssimas para o Direito Privado, tais como função interpretativa e integrativa da norma (além de auxiliar o jurista na interpretação de determinado caso concreto, preenchendo lacunas legais e interpretando o caso segundo a eticidade objetivada pelo Código Civil, a boa-fé também é integradora, ou seja, ela cria obrigações para os indivíduos); função de limitação de direitos subjetivos (incentiva a cooperação entre as partes, de forma que o indivíduo não aja de má-fé que é exatamente o contrário dos ditames da boa fé) e função de criação de deveres jurídicos, que é exatamente a que interessará o

presente estudo, já que como veremos adiante, a violação positiva é fruto da aplicação da boa-fé, em seu aspecto de normatização dos deveres jurídicos.

2. A obrigação como processo e a violação positiva do contrato

Para que se entenda a violação positiva do contrato como um dever jurídico criado pela boa-fé objetiva, necessário se faz um breve estudo da obrigação como processo, pois é daqui que será possível entender como a boa-fé pode criar um terceiro tipo de inadimplemento das obrigações.

Embrica-se à concepção da relação obrigacional como um processo complexo e “total” a mudança no paradigma da noção de sistema. A boa-fé objetiva aí desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados operadores do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários. Nessa perspectiva, já tracejado o desenho geral do novo paradigma sistemático, é preciso, agora, particularizar o discurso, alinhavando as características da concepção dinâmica do vínculo obrigacional, sede, por excelência, da inserção da boa-fé objetiva, para o que seguirei as possibilidades de investigação abertas pelo pensamento de Clóvis do Couto e Silva. (COSTA, 1999, p.382).

A Teoria Geral das Obrigações é o primeiro tema previsto na parte especial do Código Civil de 2002, e encontra-se nos artigos 233 a 420. E, de forma tradicional, a obrigação é conceituada basicamente como “a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo o adimplemento através de seu patrimônio.” (MONTEIRO, 1979, p.8). Sendo assim, a relação obrigacional é formada por elementos subjetivos (credor e devedor), objetivo (prestação) e imaterial (vínculo existente entre as partes).

Além de possuir as características descritas acima, o Direito das Obrigações é hoje, juntamente com o Direito dos Contratos, um dos pontos centrais do Direito Privado Brasileiro, sendo eles os principais ramos jurídicos do Direito Civil, já que expressam, dentre vários outros princípios, a autonomia privada e a boa-fé objetiva, um dos princípios mais representativos da liberdade individual, a qual é a essência do Direito Privado.

Porém, insta salientar que com o Estado do Bem-Estar Social e a constante intervenção do Estado nas relações privadas, tem-se a ascensão das constituições em “detrimento” dos códigos civis, isto é, o Direito Privado, representado pelo Código Civil, deixa de ser o centro das relações jurídicas como era no Estado Liberal, cedendo o seu lugar para a Constituição. E quando se fala que a Constituição é o centro ou mesmo a base de um sistema jurídico, verifica-se que o supracitado Direito Privado já não se difere com tanta precisão do Direito Público, ou seja, a partir do momento em que se considera a Constituição como a base de um sistema, todas as demais leis, inclusive o Código Civil devem respeitar aquilo que nela esteja previsto, sendo assim, as diferenças entre Direito Privado e Direito Público tornam-se mais tênues, pois com todo o ordenamento político e social deve estar de acordo com os preceitos constitucionais, Direito Público e Privado se comunicarão a todo momento, assim, no que tange à importância do tema para o trabalho em voga, haverá sim aquela liberdade de negociação entre indivíduos no âmbito particular, mas sempre deverão respeito aos ensinamentos constitucionais. Neste sentido:

A Constituição é uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta, modificando o espírito informador do Direito, e mudando os princípios gerais.

Por essa razão, O Direito Privado atual adota uma permanente “perspectiva constitucional” em diferentes níveis.

A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado.

Do outro ponto de vista, O Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor, o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.

Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma “constitucionalização do Direito Civil”. (LORENZETTI, 1998, p. 252).

Daí pode-se dizer, que ainda que a liberdade seja uma característica básica do Direito Civil, com a Constituição como centro das relações jurídicas, o Direito Civil passa a obedecer certos princípios que se relacionam com a concepção social do Direito Privado, tais como a boa-fé objetiva, a função social, a eticidade e a socialidade. E, como a obrigação é um instituto clássico de Direito Privado, a mesma se vê diretamente influenciada por esses princípios. Seguindo esse entendimento:

A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo- uma série de atos relacionados entre si-, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o status formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor, existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor. (ROSENVALD, 2005, p. 204).

Da ideia apresentada pelo autor supracitado, e da necessidade de socialidade no Direito Civil, surge a importância da obrigação como processo, teoria idealizada pelo autor Clóvis do Couto. Essa teoria abrange mais elementos que o conceito tradicional de obrigação apresentado acima, demonstrando que a obrigação é influenciada por vários aspectos sociais, que, somados, objetivam basicamente um processo de colaboração efetiva entre os participantes da relação jurídica. “A obrigação não é simplesmente dever de alguém frente a outro, mas, muito mais do que isso, é a relação, e relação pautada por critérios de cooperação.” (SILVA, 2007, p. 31)

Para que se entenda a importância desse conceito de obrigação como processo e sua influência no instituto da violação positiva do contrato, é válido demonstrar a base daquela teoria e como ela se desdobra na realidade social vigente. Ora, se tratarmos o Direito como uma ciência social aplicada, veremos que o mesmo está sempre sofrendo os efeitos das relações que ocorrem no seio da sociedade e é claro que com o Direito Civil não é diferente. Sendo assim, se partir-se do pressuposto de que vivencia-se um momento pós-moderno, que é caracterizado pela instantaneidade das relações, tem-se que o Direito não pode ser uma ciência estática, e, por ser reflexo dos acontecimentos sociais e uma necessidade para que haja ordem entre os indivíduos, deve acompanhar os preceitos pós-modernos, porém, sabe-se que uma das principais fontes do Direito é a lei, e com essas mudanças repentinas e instantâneas, uma das grandes dificuldades da ciência jurídica é exatamente acompanhar essa rapidez social, visto que o processo legislativo brasileiro, como preceituam os artigos 59 à 69 da Constituição da República do Brasil é altamente burocrático e demanda tempo para sua realização, tempo este que talvez não seja capaz de acompanhar o tempo líquido da pós-modernidade. Para que se entenda essa fluidez, rapidez e até mesmo instantaneidade da pós-modernidade, interessante é o apontamento de Zigmunt Bauman :

O “longo prazo”, ainda que continue a ser mencionado, por hábito, é uma concha vazia sem significado; se o infinito, como o tempo, é instantâneo, para ser usado no ato e descartado imediatamente, então “mais tempo” adiciona pouco ao que o momento já ofereceu. Não se ganha muito com considerações de “longo prazo”. Se a modernidade sólida punha a duração eterna como principal motivo e princípio da ação, a modernidade “fluida” não tem função para a duração eterna. O “curto prazo” substituiu o “longo prazo” e fez da instantaneidade seu ideal último. Ao mesmo tempo em que promove o tempo ao posto de contêiner de capacidade infinita, a modernidade fluida dissolve - obscurece e desvaloriza - sua duração. [...]. É a capacidade, como a de Bill Gates, de encurtar o espaço de tempo da durabilidade, de esquecer o “longo prazo”, de enforçar a manipulação de transitoriedade em vez da durabilidade, de dispor levemente das coisas para abrir espaço para outras igualmente transitórias e que deverão ser utilizadas instantaneamente, que é o privilégio dos de cima e que faz com que estejam por cima. Manter as coisas por longo tempo, além de seu prazo de “descarte” e além do momento em que seus “substitutos novos e aperfeiçoados” estiverem em oferta é, ao contrário, sintoma de privação. Uma vez que a infinidade de possibilidades esvaziou a infinidade do tempo de seu poder sedutor, a durabilidade perde sua atração e passa de um recurso a um risco. Talvez seja mais adequado observar que a própria linha de demarcação entre o “durável” e o “transitório”, outrora foco de disputa e engenharia, foi substituída pela polícia de fronteiras e por batalhões de construtores. (BAUMAN, 2001, p. 158)

Com o conhecimento de algumas características da pós-modernidade e o entendimento de que o Direito é uma ciência social aplicada, tem-se que os fenômenos sociais estão acontecendo com uma rapidez fora do comum, e, o que é hoje pode não mais ser amanhã. Assim, por ser também uma ciência técnica, pautada basicamente na construção de leis, as quais demandam de um processo burocrático para serem editadas, conforme já dito anteriormente, tem-se que o Direito nem sempre consegue acompanhar os acontecimentos sociais, e, diante disso, temos aquilo que se chama de Teoria da Crise das Fontes, a qual resulta da admissão de princípios metajurídicos que, assim como a lei e a autonomia da vontade irão delinear a relação obrigacional. Neste sentido, temos o entendimento de Clóvis V. do Couto e Silva:

A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação. (SILVA, 2006, p. 65)

Da ideia daquilo que seja uma crise das fontes, e da importância da relação do Direito com outras ciência (principalmente com a sociologia) e a aceitação de outras fontes, que não

somente a lei, nas relações obrigacionais, pode-se conceituar o instituto da obrigação como processo um estabelecimento de ligações entre os princípios gerais que regem as relações e o seu exame de maneira conjunta, já que há mútua relação entre princípios, leis e acontecimentos sociais, logo a obrigação se desenvolverá com o fito de alcançar o adimplemento, porém, sem esquecer que deste adimplemento surgem outros deveres anexos à relação obrigacional e que os participantes do vínculo obrigacional devem estabelecer um elo entre si, fala-se em um conceito lato sensu daquilo que seja obrigação, posto que abrange todos os direitos e deveres entre os participantes e não só o crédito e o débito da obrigação (SILVA, 2006) , e é exatamente desta ideia que se pode explicar o surgimento da violação positiva do contrato, como um dever anexo ao simples adimplemento da obrigação.

Entrando então no surgimento da violação positiva do contrato, importante, antes de prosseguir o estudo é demonstrar que o Direito das Obrigações e o Direito dos Contratos estão interligados, posto que no presente trabalho considera-se que os contratos são tidos como uma das principais fontes do Direito das Obrigações, já que através dele é que os indivíduos assumem obrigações entre si.

Isto posto, pode-se concluir que a violação positiva do contrato é sim um desdobramento dessa percepção da obrigação como um processo, já que, conforme visto em sua conceituação no item anterior, a violação positiva do contrato surge de uma lacuna da lei advinda do regramento do adimplemento, lacuna esta que pode ser justificada pela rapidez da pós-modernidade e a dificuldade da lei de acompanhar os acontecimentos sociais. Desta dificuldade surgem conceitos que consideram não só a lei, mas também os princípios e as demais ciências, buscando assim o objetivo fundamental do Direito, enquanto ciência social aplicada, qual seja a Justiça. E é claro que não se faz Justiça se o Direito não estiver a par com a ordem social. Por isso, a importância da boa-fé para o regramento do Direito Civil, pois através da sua função de criar deveres jurídicos, a violação positiva do contrato pode ser considerada como um instituto que deve ter respaldo dos operadores do direito, por prever deveres que não estão explicitados no Código Civil.

3. Os efeitos jurídicos da violação positiva do contrato: Indenização ou Resolução contratual?

A relação contratual é formada por deveres primários, que são o fundamento da obrigação, como exemplo o dever de entregar a coisa na obrigação de dar. Além desses deveres primários, existem também os deveres secundários, os quais ora se destinam para a preparação do cumprimento da obrigação, ora sucedem a obrigação principal e ora podem ser autônomos, sendo independentes da prestação principal, como é o caso do dever de indenização consequente da mora. Porém, para o presente trabalho, não serão interessantes nem os deveres primários nem os secundários, mas sim os instrumentais, os quais derivam principalmente da boa-fé objetiva e da eticidade que deve permear as relações contratuais, envolvendo não só o devedor, mas também o credor, já que eles devem sempre cooperar para que o adimplemento da obrigação se dê de forma que fique bom para ambas as partes.

Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo- do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os *deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc. (COSTA, 1999, p. 439)

Visto que a violação positiva do contrato é uma consequência da boa-fé objetiva e consequentemente da obrigação como processo, e que a mesma busca não só o adimplemento das cláusulas contratuais postas entre credor e devedor, mas também o respeito aos deveres laterais gerados pelo contrato, a violação positiva, sendo um tipo de inadimplemento contratual também

terá efeitos jurídicos, podendo gerar tanto indenização, quanto resolução do contrato, sendo que é possível o reconhecimento dos dois institutos, dependendo sempre do caso concreto.

Assim, ainda que o Código Civil de 2002 não tenha previsto a violação positiva do contrato nem tampouco seus efeitos jurídicos, a jurisprudência e doutrina reconhecem que o instituto em voga, por ser um dever lateral, poderá acarretar o dever de indenizar e a resolução do contrato. E de acordo com SILVA (2007), esses efeitos jurídicos podem ser divididos em dois grupos, um de faceta obrigacional e outro de cunho contratual. Quando se tratar de Direito das Obrigações, será utilizado o instituto da responsabilidade civil, e quando se tratar de Direito dos Contratos, será utilizada a Resolução Contratual. Porém, como já foi dito anteriormente, o contrato é uma fonte da obrigação, por isso, é demasiado difícil saber qual será a sanção, se responsabilidade civil ou se resolução do contrato, daí a discussão sobre qual o efeito jurídico da violação positiva.

Basicamente, a responsabilidade civil surge em face de um descumprimento obrigacional, acarretando a imposição de indenizar por perdas e danos. Porém, o campo de abrangência da responsabilidade não alcança apenas as perdas e danos e o dever de indenizar, já que as transformações sociais fazem com que a responsabilidade tenha vários papéis para o Direito.

Quando se fala em responsabilidade civil, de acordo com uma visão bem clássica e talvez até antiga, o que vem à tona é a ilicitude de determinada conduta culposa que irá gerar o dever de indenizar. De acordo com essa visão, o que se coloca no centro do problema é a punição ao indivíduo que culposamente gerou danos ao patrimônio de outrem. Porém, em face das transformações sociais e do caráter solidário do Código Civil de 2002, a responsabilidade toma para si um papel social, ou seja, o foco não será apenas a punição ao causador do dano, mas também a proteção dos interesses da vítima. “A responsabilidade civil, assim, assumiu um perfil protetivo, ao mesmo tempo em que não se esqueceu de sua origem punitiva, ainda que tais evoluções originem, por vezes, soluções contraditórias” (SILVA, 2007, p. 51). Além disso, pode-se falar do instituto conhecido como *punitive damages*, o qual se caracteriza por se utilizar da punição para que sirva de exemplo para outros indivíduos, lembrando que o mesmo é pouco aceito pelo direito brasileiro, mas não se pode negar a sua influência para que danos futuros sejam prevenidos.

Ainda em relação à responsabilidade civil, esta possui algumas classificações clássicas, podendo ser subjetiva ou objetiva e contratual ou extracontratual. No que tange às classificações, tem-se os ensinamentos de José de Aguiar Dias:

O único fundamento da responsabilidade civil, no direito romano, e durante muito tempo, era a culpa contratual, o desrespeito a uma obrigação voluntariamente assumida em relação a outrem, por negligência, imprudência ou imperícia.

A crescente complexidade do relacionamento social e o surgimento de muitos prejuízos cuja origem não se encontra numa relação contratual prévia acabaram levando à concepção da culpa extracontratual ou aquiliana direta, que se assume em face de qualquer outra pessoa, pelo fato de ter criado com seus próprios atos um risco presumível, e de ter agido com risco, pela imprudência ou pela negligência.

Tanto no caso de culpa contratual como no da extracontratual, encontramos a exigência de um nexo causal, entre a ação ou omissão e o evento danoso. Nas duas, também, encontramos o risco: risco contratual na primeira, e risco evitável pela previsibilidade de dano, na segunda.

Assim entendido o risco como inerente a toda culpa, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para a responsabilidade por fato de terceiro, criando a noção da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

A teoria objetiva do risco criado surgiria da correlação entre a culpa e o risco previsível e não evitado: quem cria conscientemente um risco é responsável pelas suas consequências danosas, mesmo havendo concorrência de caso fortuito, se não exclui totalmente a causalidade (DIAS, 1983, p.30).

É importante saber que para que haja responsabilidade, seja contratual ou subjetiva, é necessária a observância de certos pressupostos, quais sejam: dano, ato de alguém, ilicitude do ato/ licitude do ato, nexo de causalidade, fator de imputação. Resumidamente, o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, presente ou futuro. Ato de alguém é uma conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva. No que tange à ilicitude e licitude do ato, entende-se como ato ilícito aquele que é contrário ao direito, e a ilicitude civil está vinculada à existência de um dano. Frisa-se ser possível que ocorra dano através de um ato lícito, e como exemplo muito comum, tem-se a remoção de perigo iminente, que, ainda que seja uma conduta lícita, se gera danos a terceiros, o agente deve responder por eles. Em relação ao nexo de causalidade, este encontra-se esculpido no artigo 403 do Código Civil, e exige que haja uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano por ele causado, lembrando que existem regras doutrinárias para que possa se identificar a causa de maneira que não incorra ao regresso infinito. Por fim, o fator de imputação nada mais é que a razão pela qual imputou-se ao agente o dano, e, conseqüentemente o dever de indenizar.

Vista de forma resumida as principais características da responsabilidade, para o estudo em voga interessará a responsabilidade contratual, prevista nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. Essa responsabilidade caracteriza-se por advir de uma convenção entre as partes, e nesta responsabilidade o inadimplemento presume-se culposos, cabendo ao lesado apenas demonstrar o descumprimento da obrigação. Como se fala em inadimplemento culposos, não restam dúvidas de que o estudo focará na responsabilidade subjetiva (conduta lesiva culposa).

Pois bem, de breves comentários acerca do instituto da responsabilidade civil, se vê que ela gera o dever de indenizar, ou seja, em se tratando de caso de violação positiva do contrato, o contratante lesado poderá sim recorrer ao Judiciário para que seja indenizado diante da conduta lesiva do outro.

Porém, se a obrigação tem como fonte o contrato, a responsabilidade civil não será o único efeito jurídico gerado pela violação positiva do contrato, posto que em se tratando de um tipo de inadimplemento, a violação positiva também poderá ensejar na resolução do contrato, já que esta é uma forma de extinção posterior ou superveniente à celebração do contrato e se dá pelo inadimplemento ou descumprimento contratual. A resolução contratual ocorrerá por vontade unilateral do lesado, podendo ocorrer tanto na obrigação de dar, como na de fazer ou não fazer.

Visto de maneira breve os institutos da responsabilidade civil e da resolução contratual, pode-se avançar no estudo, tentando demonstrar, através de jurisprudência recente, que em se tratando de violação positiva do contrato, é possível que haja tanto o dever de indenizar quanto a opção de resolução contratual, sendo que a ocorrência de um, não anula a do outro. Neste sentido:

CONTRATO DE INTERMEDIACÃO. CONCESSÃO COMERCIAL. RAÇÃO PARA ANIMAIS. CONTRATO ATÍPICO. RESOLUÇÃO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. CONFIGURAÇÃO. Preliminar. Nulidade. Julgamento ultra petita. Inocorrência. A despeito de ser inaplicável por analogia a Lei n. 6729/79, o fundamento jurídico apontado pela parte não vincula o julgador, conforme o princípio da substanciação. Mérito. Condutas abusivas da fornecedora. Configuração. Inadimplemento. Violação positiva do contrato. A obrigação constitui vínculo de cooperação complexo composto por deveres e direitos a ambas as partes, da qual emanam deveres fiduciários que conformam a qualidade da prestação ao interesse do credor. Quantificação. Indenização devida em decorrente da violação positiva do contrato. Limitação do termo final do lucro líquido devido. Perdas e danos a serem apuradas em liquidação. Recurso parcialmente provido.(TJ-SP - APL: 90499224220098260000 SP 9049922-42.2009.8.26.0000, Relator: Hamid Bdine, Data de Julgamento: 30/01/2014, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/02/2014)

O julgado em questão demonstra que a jurisprudência reconhece a violação positiva do contrato como um inadimplemento e remete à figura da obrigação como processo, que dá nova ênfase à obrigação, posto que a boa-fé objetiva é valorizada e não só os preceitos individuais como a autonomia da vontade.

E, pela jurisprudência reconhecer a violação positiva do contrato como forma de inadimplemento contratual, a ocorrência da mesma irá gerar deveres de indenizar, ligados à obrigação que se forma pela convenção entre as partes e, conforme o caso, poderá sim gerar a resolução contratual, que, se ocorrer, não elimina a faculdade do lesado de receber a indenização, que ora estará ligada aos danos emergentes (o que o lesado efetivamente perdeu) , ora está ligada aos lucros cessantes (o que o lesado deixou de ganhar). Porém, sabe-se que a resolução contratual é uma medida brusca, já que põe fim à relação contratual, então, nas palavras de Jorge Cesa, quando o inadimplemento é de pouca importância para a relação contratual, a utilização do instituto da resolução contratual poderá ser desnecessária se apenas a indenização já for capaz de atender e recompensar o lesado.

Do ponto de vista contratual, o descumprimento de deveres laterais poderá resultar na *resolução* ou na *oposição da exceção do contrato não cumprido*, conforme a importância relativa do fato para o contrato. Sendo o inadimplemento de pouca monta, tanto a resolução como a oposição de exceção podem se apresentar desproporcionais, na esteira da doutrina do adimplemento substancial (SILVA, 2007, p. 47).

Portanto, do presente tópico, conclui-se que a violação positiva do contrato, sendo instituto de inadimplemento obrigacional reconhecido no direito brasileiro pela jurisprudência, poderá ter como consequência tanto a indenização, quanto a resolução do contrato, já que apresenta pressupostos que preenchem os requisitos de ambos os institutos.

Conclusão

Na conjuntura atual, O Código Civil de 2002 está atrelado aos preceitos constitucionais, posto que é uma tendência atual a Constituição de um Estado estar no centro das relações jurídicas, a partir disso, desse Direito Civil Constitucional e das transformações sociais, da passagem do estado liberal para o social, o direito privado tem se caracterizado por apresentar contornos solidários e éticos em suas relações, e é claro que institutos como o Direito das Obrigações e o Direito dos Contratos, que apresentam o ápice da autonomia privada, são atingidos por esse fenômeno.

Sendo assim, a obrigação, que é um dos institutos mais característicos do Direito Civil também deve apresentar contornos de eticidade, solidariedade, boa-fé e cooperação, daí a ideia da obrigação como um processo, em que o objetivo principal não seja apenas a satisfação da prestação, mas também de deveres que surgem com ela, e que se insatisfeitos podem gerar um descontentamento no indivíduo capaz de consubstanciar um inadimplemento. E é exatamente desta ideia de obrigação como um processo de cooperação que surge o instituto da violação positiva do contrato. É importante salientar que quando se fala em solidariedade, não é no sentido do indivíduo ser “bonzinho”, mas sim ter ética ao ponto de não prejudicar a outra parte que está negociando com ele, e também é importante frisar que o Direitos das Obrigações tem sim cunho econômico e esse solidarismo e eticidade defendidos pelo atual ordenamento, não objetivam sucumbir as características vitais das relações privadas, atreladas à autonomia e liberdade do indivíduo.

A violação positiva do contrato, instituto nascido na Alemanha, é um tipo de inadimplemento contratual que está intimamente ligado com a inobservância dos deveres laterais do contrato, esses deveres podem ser deveres de lealdade, de informação, de assistência, de cooperação, de sigilo, etc. E, ainda que não esteja prevista de maneira literal no Código Civil de 2002, a violação é reconhecida por decorrer da boa-fé objetiva, instituto este que está previsto de maneira clara e literal no Código em voga, e está ligado com o solidarismo e a eticidade citados acima.

Por isso, por advir da boa-fé objetiva, a jurisprudência e a doutrina brasileira aceitam o instituto como um tipo de inadimplemento contratual, que, quando ocorrido, gerará sanções para

os agentes causadores do inadimplemento. A grande questão é saber que tipo de efeito a violação positiva do contrato poderá gerar. Ora, se a mesma é considerada como inadimplemento contratual, nada mais justo que a sua incidência gere indenização e, dependendo do caso, resolução do contrato.

A indenização poderá sempre ocorrer, pois independente de se tratar de caso que enseje a resolução contratual ou não, o dever de indenizar estará presente pelo simples fato de ter ocorrido uma conduta culposa que gerou dano a outrem. Sendo assim, vê-se que a incidência da indenização é mais comum, ao contrário da resolução do contrato. Isso porque, a resolução do contrato só é aplicável para casos em que a manutenção da convenção entre as partes já não faça mais sentido e não possa, assim, ser mantida.

Então, diante do exposto, conclui-se que os efeitos jurídicos da violação positiva do contrato poderão ser tanto a responsabilidade civil (dever de indenizar), quanto a resolução do contrato, sendo que o dever de indenizar sempre estará presente em se tratando de violação positiva do contrato, já a possibilidade de resolução contratual demandará mais cautela do magistrado, o qual deverá analisar o caso, e decidir pela resolução apenas em caso de inutilidade do contrato para as partes, já que não se pode esquecer do instituto do adimplemento substancial, que em casos como esse deve ser levado em conta e analisado juntamente com a violação positiva do contrato.

Referências

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Trad: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Tempos Líquidos**. Trad: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Responsabilidade Civil em Debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e Sua Função Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1979. v. IV.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral das Obrigações Civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v.7 / coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa).

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

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2013.