

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Os trabalhos apresentados demonstram a sensibilidade necessária a compreensão do direito civil contemporâneo. Um direito que transborda sensibilidade e realidade. Nesta perspectiva, temos robusta tendência investigativa na seara dos direitos reais através da perspectiva asseguratória da função social, bem como pela égide da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se, portanto, os trabalhos com os temas sobre a usucapião de bens públicos, desjudicialização no cotejo da usucapião extrajudicial, os sentidos do direito de propriedade contemporâneo à luz da teoria Crítica do direito privado, as nuances judiciais do Direito de superfície e suas complexidades além do inovador Direito de laje com suas indagações e reflexões. Também foi possível perceber interlocuções substanciais na esfera dos direitos da personalidade em tempos de "Idade Mídia", incluindo o essencial debate na área da herança digital e as questões proeminentes no dever informação na relação médico e paciente. Para além de uma análise econômica, privilegiou-se a relevante discussão sobre instituto das diretivas antecipadas de vontade no intuito de garantir a vida e a morte digna, com a mesma índole constitucional na possibilidade de retificação do nome social e do sexo de transgêneros em sede cartorial extrajudicial. Dentro de tal contexto de cientificidade os contratos de plano de saúde e o enredo principiológico dos direitos contratuais também foram contemplados com interpretação dialogal necessária aos objetivos propostos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS E O DEVER DE INDENIZAR

FAILURE TO COMPLY WITH THE ANNEXED DUTIES OF THE OBJECTIVE GOOD FAITH IN OBLIGATORY RELATIONSHIPS AND THE DUTY TO INDEMNIFY

Izabella Affonso Costa ¹

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral ²

Resumo

A compreensão das obrigações do ponto de vista relacional e dinâmico, como um processo, possibilita a ampliação da ideia clássica de inadimplemento como descumprimento da prestação pelo devedor, abrindo horizontes para inclusão de deveres mútuos existentes entre credor e devedor, o que ocorre através da função integrativa da boa-fé objetiva. Diante disso, propõe-se através do método dedutivo, com base em pesquisas e revisões bibliográficas estudar as consequências do inadimplemento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, mediante análise da responsabilidade civil e do dever de indenizar decorrentes de sua violação.

Palavras-chave: Relações obrigacionais, Boa-fé objetiva, Deveres anexos, Inadimplemento, Responsabilidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

The understanding of obligations from a relational and dynamic point of view, as a process, allows the expansion of the classic idea of default as noncompliance of a prestation by the debtor, opening horizons for the inclusion of mutual obligations existing between creditor and debtor, which occurs through integrative function of objective good faith. In view of this, it is proposed through the deductive method, based on research and bibliographic reviews, to study the consequences of non-compliance with the annexed obligation duties of objective good faith, through analysis of civil liability and the duty to indemnify resulting from its violation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Obligatory relations, Objective good faith, Obligation duties, Default, Civil responsibility

¹ Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – PR. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina . Advogada

² Doutora em Direito das Relações Sociais, Área de Concentração em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe debater, no contexto das relações obrigacionais contemporâneas, as consequências do descumprimento dos deveres anexos ou colaterais da boa-fé objetiva, em especial, para compreender se o dever de indenizar decorre da responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Através do método dedutivo, o desenvolvimento do tema inicia-se a partir da conceituação das obrigações e análise da sua evolução histórica, com vistas a demonstrar que no contexto atual, segundo as tendências contemporâneas do direito civil, devem ser compreendidas do ponto de vista dinâmico e relacional, como complexidade de direitos e deveres mútuos entre credores e devedores.

Dentro dessa perspectiva, surge a importância do princípio da boa-fé objetiva, previsto no Código Civil e que rege as relações civis imputando a necessidade de adoção de condutas probas e honestas das partes, originando através de sua função integrativa, deveres anexos ou colaterais que desbordam o dever principal de cumprimento da prestação e que, ainda que não expressos, devem ser observados pelas partes.

Consequentemente, o objetivo é tratar do descumprimento desses deveres anexos decorrente da boa-fé objetiva, que se mostra tão essencial na nova forma de compreensão das relações obrigacionais, buscando compreender se referido descumprimento importa em inadimplemento e, quais as consequências que dele surgem na seara da responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

2 DESCUMPRIMENTO AOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ante a evolução do conceito clássico de obrigações, inspirada nos princípios que orientam o Código Civil de 2002, da sociabilidade, operabilidade e eticidade, bem como principalmente em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, o descumprimento das obrigações passou a ser visto para além do mero descumprimento da prestação, abrangendo também o descumprimento de eventuais deveres anexos e mútuos existentes entre credor e devedor.

Dessa forma, busca-se compreender as consequências do descumprimento desses deveres anexos da boa-fé objetiva e suas consequências no âmbito da responsabilidade civil.

2.1 DAS OBRIGAÇÕES À RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMO UM PROCESSO

Desde que os homens passaram a conviver em sociedade realizam-se as trocas mercantis, buscando a princípio a manutenção da sobrevivência, com a troca de produtos necessários e posteriormente visando também a obtenção de lucro e acúmulo de riquezas.

As origens da conceituação de obrigação podem ser encontradas no direito romano, sendo que etimologicamente, a própria palavra obrigação vem do latim *obligationem*, que significa vínculo, representando o envolvimento entre credor e devedor para o cumprimento de uma prestação.

A princípio, esse vínculo entre credor e devedor era pessoal, tanto que a execução dessa obrigação, em caso de inadimplemento, poderia ocorrer na pessoa do devedor. No entanto, com o surgimento da *Lex Poetelia Papiria*, impediu-se que se prosseguisse dessa forma, limitando-se ao credor de uma prestação não cumprida, a alternativa de buscar meios para executar o patrimônio do devedor (ROSENVALD, 2004, p. 7).

O Código de Napoleão estabeleceu definitivamente a ideia da execução patrimonial, em seu artigo 2.093¹, ao estipular que somente os bens do devedor garantem as obrigações assumidas com os credores.

Assim, observa-se que superado o período inicial em que a execução das obrigações ocorria na própria pessoa do devedor, o conceito moderno das obrigações envolve o vínculo entre o devedor, obrigado ao cumprimento de uma prestação, e o credor, que pode exigí-la no caso de descumprimento, mediante a execução do patrimônio do devedor.

No entanto, essa clássica conceituação, que se baseia em uma espécie de submissão do devedor ao credor, por anos foi reproduzida como característica da própria disciplina do direito das obrigações, firmado em conceitos clássicos e imutáveis,

¹ “Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers” – Tradução livre: Os bens do devedor são a garantia comum de seus credores.

analisados sempre de um ponto de vista estático, que por certo não acompanham o desenvolvimento do modo industrial de produção e da massificação das relações contratuais (SCHREIBER, 2016, p. 2).

Assim, tais definições que se embasam nas figuras do credor e do devedor, com um vínculo de submissão entre eles até o cumprimento da prestação, são válidas do ponto de vista estático, como observado, entretanto, não mais se coadunam com a complexidade do direito civil contemporâneo, sendo necessário que as obrigações passem a ser vistas de um ponto de vista relacional ou dinâmico.

É o que pontuam Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2020, p. 33):

A atenção aos princípios e valores consagrados no ordenamento constitucional, especialmente no sentido de dar a máxima eficácia social aos dispositivos do Código, permite observar o direito das obrigações sob perspectiva dinâmica e funcional, que leve em conta os centros de interesses merecedores de tutela na concreta relação jurídica em que se apresentam.

Torna-se necessário, assim, repensar as definições das obrigações, para que passem a ser vistas enquanto relações jurídicas, de caráter transitório, que envolvem de um lado um sujeito ativo chamado credor e um passivo, chamado devedor, tendo como objeto uma prestação positiva ou negativa, cujo descumprimento enseja a satisfação através da execução do patrimônio do devedor (TARTUCE, 2017, p. 20).

Segundo definição de Orlando Gomes (2016, p. 11), “A relação obrigacional é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor”.

Busca-se, assim, uma ampliação do conceito de obrigação, mediante uma perspectiva relacional e, até mesmo como um “processo”, no qual se envolvem diversos direitos e deveres de ambas as partes, tanto do credor, quanto do devedor, que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 2).

Segundo o precursor de tal concepção no Brasil, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (2006, p. 20): “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”. Afirma o citado autor que:

A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. Lato sensu, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e

independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. *Stricto sensu*, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos (SILVA, 2006, p. 19)

A obrigação passa a ser, então, uma relação jurídica complexa, na qual existe um “feixe complexo e bipolarizado de direitos e deveres de mútua repercussão” (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 2).

A relação jurídica obrigacional apresenta, com isso, uma complexidade de fatores que envolvem não somente o adimplemento ou inadimplemento da prestação que é seu objeto, mas também outros deveres que estejam com ela relacionados, incidentes tanto ao devedor, quanto ao credor.

Nessa perspectiva, credor e devedor deixam de ter posições antagônicas e polêmicas, mas estão envoltos em uma complexidade de direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum, o que faz surgir a importância dos chamados deveres anexos que vão além da execução da prestação principal e enquadram-se dentro da obrigação, ou seja, mesmo que adimplido o dever principal, a relação jurídica pode perdurar, inclusive em razão de deveres secundários independentes (SILVA, 2006, p. 19/20).

No mesmo sentido, “Compreende-se a obrigação, portanto, como conjunto de momentos sucessivos, interligados em unidade ontológica, estrutura verdadeiramente orgânica, repleta de relações recíprocas de instrumentalidade ou interdependência” (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 34).

Esses deveres secundários independentes que são mencionados nessa perspectiva das relações obrigacionais, originam-se da boa-fé objetiva e serão adiante melhor analisados.

2.2 DA BOA-FÉ OBJETIVA E OS DEVERES ANEXOS OU COLATERAIS

Partindo da premissa estabelecida de considerar-se a relação obrigacional de uma perspectiva dinâmica, como um processo, no qual se envolve, além da prestação principal, também deveres anexos e coligados, imprescindível que se busque também a origem desses, que decorrem da boa-fé objetiva.

O conceito de “boa-fé” já era utilizado pelo Código Civil de 1916, no entanto, tão somente em sua acepção subjetiva, que se relaciona com o estado interno da pessoa

que denota o desconhecimento da má-conduta ou a suposição de que sua ação ocorre de forma correta (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 36).

Tal acepção distingue-se da boa-fé objetiva que “(...) dirige-se à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. Não devemos observar se a pessoa agiu de boa-fé, porém de acordo com a boa-fé” (ROSEVALD, 2004, p. 30).

O Código Civil de 2002, incorporando uma tendência já trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), estabeleceu a previsão da boa-fé objetiva em seu artigo 113 que trata da interpretação dos negócios jurídicos, no artigo 187 que trata dos atos ilícitos e também no artigo 422 que estabelece que os contratantes devem guardar, na conclusão e execução dos contratos, os princípios da probidade e da boa-fé.

Como dito, nos citados artigos está-se diante à boa-fé objetiva, que segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 412), “qualifica, pois, uma norma de comportamento leal”, que, entretanto, não tem um conteúdo certo e determinado, uma vez que depende das circunstâncias concretas do caso.

Assim, compreende-se que a boa-fé objetiva relaciona-se à uma conduta honesta e leal, ao comportamento baseado na correção que se espera nas relações sociais (LOBO, 2009, p. 99).

Estando bem delineada a existência e a importância da boa-fé objetiva na disciplina do direito civil pátrio, é essencial que sejam estabelecidas as suas funções, de modo que se traga maior aplicabilidade a ela:

Por esta razão, o momento atual parece não ser tanto o de defender o já cristalizado reconhecimento da boa-fé objetiva, mas o de identificar, sem embargo do seu caráter de cláusula geral, suas manifestações mais concretas, a fim de fornecer diretrizes relativamente seguras para a solução das controvérsias judiciais (SCHREIBER, 2016, p. 2).

Ainda, segundo pontuam Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2020, p. 35), o princípio da boa-fé funciona como ligação entre o direito obrigacional e os valores e princípios constitucionais, devendo ser promovida sua aplicação técnica e direcionada, evitando-se o esvaziamento de seu conceito.

Para que isso seja feito, imprescindível que sejam estabelecidas as três principais funções trazidas pela doutrina em relação à boa-fé objetiva, quais sejam, a função interpretativa, função restritiva de abusos de direitos e função integrativa ou criadora de deveres anexos.

A função interpretativa, como o próprio nome já contempla, tem função de auxiliar na interpretação das obrigações, conforme previsto no citado artigo 113 do Código Civil, recém-alterado pela Lei n.º 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica – que incluiu o parágrafo 1º, alínea III, que prevê que a interpretação dos negócios jurídicos deve ocorrer de modo a atribuir-lhe o sentido que corresponde à boa-fé.

Inclusive, importa salientar que tal função também se configura importante em razão da característica da boa-fé objetiva como cláusula geral, ou seja, atuando nos casos em concreto e constituindo-se como “(...) uma norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 413).

Em relação à função limitadora ao exercício de direitos, “foi incorporada no artigo 187 do novo Código Civil, que inclui a boa-fé com um dos parâmetros do controle de abusividade” (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 39), ou seja, impondo como ato ilícito passível de responsabilização o exercício de um direito excedendo-se os limites da boa-fé.

Além dessas, a principal e mais importante função dentro do contexto aqui estudado é a função integrativa, através da qual são absorvidos os outros deveres, chamados de deveres anexos ou colaterais, impostos às partes, além do dever de prestação que é objeto do contrato.

Tais deveres, conforme salienta Judith Martins-Costa (2000, p. 44), não estão relacionados exclusivamente a uma ou outra parte, seja ao credor ou ao devedor, mas sim a ambos e não se referem ao cumprimento da obrigação em si. Alguns exemplos desses deveres anexos, também chamados de colaterais são:

[...] deveres de lealdade, de honestidade, (de transparência e) de informação, dentre outros, exigidos das partes de acordo com as peculiaridades de cada regulamento de interesses, no sentido de otimizar o desenvolvimento da relação obrigacional (SCHREIBER, TEPEDINO 2020, p. 39).

Ainda, outros deveres anexos são os “de cuidado, previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de prestar contas, de colaboração e cooperação, deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, deveres de omissão e de segredo, se o caso”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 439).

Denota-se, com isso, que pelo aspecto de cláusula geral da boa-fé objetiva, os próprios deveres anexos ou colaterais apresentam-se de modo meramente

exemplificativo, sendo possível que nos casos concretos se encontrem outros deveres que devem ser respeitados. Isso porque:

Ao contrário das prestações principais, que aparecem expressas no negócio, os deveres anexos independem da previsão expressa. Sua fonte não é a declaração de vontade dos sujeitos da obrigação, mas o próprio princípio da boa-fé objetiva que incide, de forma inafastável, sobre a relação obrigacional em concreto (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 41).

Ou seja, existindo mesmo que de forma não expressa nas relações obrigacionais, os deveres anexos também devem ser cumpridos pelas partes envolvidas, sendo que seu descumprimento, assim como o descumprimento da prestação principal, geram consequências que serão na sequência abordadas.

2.3 INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES E O DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

Em regra, as obrigações nascem pelo exercício da autonomia privada, pelo qual as partes estabelecem uma relação jurídica, no intuito de que seja cumprida uma prestação de dar, fazer, não fazer. Ocorre que, nem sempre a obrigação é efetivamente cumprida, sendo também necessário tratar das espécies de inadimplemento das obrigações.

Pelo entendimento clássico, o descumprimento da obrigação ocorre pela desídia do devedor que deixa de cumprir a prestação que lhe cabia, sujeitando-o a responsabilização pelas perdas e danos, nos moldes previstos no artigo 389 do Código Civil.

A classificação tradicional das espécies de inadimplemento distingue o inadimplemento absoluto, pelo qual a prestação torna-se impossível ou imprestável ao credor e o inadimplemento relativo, também chamado de mora, que pode ser tanto do credor, quanto do devedor, como dispõe o artigo 394 do Código Civil.

Segundo Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2020, p. 318), existe “inadimplemento absoluto quando a obrigação deixa de ser cumprida pelo devedor em definitivo, seja porque se tornou impossível o seu cumprimento por culpa do devedor, seja porque, conquanto possível, o cumprimento já não teria utilidade para o credor”.

Já a mora ou inadimplemento relativo caracteriza-se não somente pelo pagamento fora de prazo, mas também pela falha em relação ao local e a forma de

pagamento, podendo ser tanto do credor (*mora accipiendi*), quanto do devedor (*mora solvendi*) (ROSENVALD, 2004, p. 222).

Nota-se que, as definições acima expostas em relação ao inadimplemento das obrigações referem-se a um descumprimento sempre intrinsicamente ligado à prestação principal. Entretanto, ao compreender as obrigações como um processo, uma “relação obrigacional”, na perspectiva explicitada por Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 20), “envolvendo uma complexidade de direitos e deveres, o ser dinâmico da obrigação”, o adimplemento ou inadimplemento das obrigações ganha também outros contornos.

O adimplemento deixa de envolver só os deveres ligados à prestação propriamente dita, mas envolve também àqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o processo obrigacional (ROSENVALD, 2004, p. 252).

Assim, mesmo que cumprida a prestação poderá haver inadimplemento quando nos casos de descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, relacionados à lealdade, cuidado, informação, honestidade, dentre outros, que mesmo quando não expressos, encontram-se presentes nas relações obrigacionais.

A abrangência do cumprimento envolve, por isso, a análise do propósito efetivamente perseguido pelas partes, ou seja, na análise concreta da relação obrigacional busca-se compreender se o inadimplemento ocorreu em razão de não ter sido atingido o propósito buscado pelas partes (SCHREIBER, 2016, p. 3).

A doutrina contemporânea relaciona além das formas de descumprimento total e parcial, a chamada “violação positiva do contrato”, que seria uma terceira forma de inadimplemento, relacionada diretamente com os deveres laterais ou anexos, cujo descumprimento enseja a responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva (TARTUCE, 2017, p. 247). Comparativamente,

Enquanto o inadimplemento absoluto e a *mora* concernem ao cumprimento do dever de prestação, a violação positiva do contrato aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal – mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos (ROSENVALD, 2004, p. 252-253).

Um exemplo trazido pela doutrina em relação à hipótese de violação positiva de contrato é a relação obrigacional que envolve o fornecimento de ração para alimentação animal. Mesmo que o devedor tenha adimplido a obrigação de forma correta, no prazo, lugar e forma acordados, se a ração estiver imprópria para uso e provocar a morte de alguns animais, terá havido descumprimento contratual, em

especial dos deveres de cuidado, honestidade e lealdade, sempre ressalvada a eventual ocorrência de fortuitos (SCHREIBER, TEPEDINO, 2020, p. 328).

Também nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, haverá adimplemento defeituoso se houver falha nos deveres de informação ou esclarecimento dos riscos de produtos ou serviços (ROSEVALD, 2004, p. 253).

Acerca da chamada “violação positiva do contrato”, Anderson Schreiber (2016, p. 6) acentua que é um instituto desenvolvido na Alemanha, por Herman Staub, no início do século XX, visando compreender hipóteses de descumprimento de obrigações que não estivessem contempladas pelo Código Civil alemão - BGB.

Importa ressaltar, contudo, que partindo da perspectiva aqui tratada de que a boa-fé objetiva configura-se como intrínseca e indissociável a todas as relações obrigacionais, entendidas na perspectiva de um “processo”, como complexidade de direitos e deveres, existem autores que atualmente defendem a desnecessidade de enquadramento da “violação positiva do contrato”, como essa terceira forma de inadimplemento, dissociada das tradicionais, para adequação do descumprimento dos deveres anexos à boa-fé objetiva.

Isso porque, ao compreender que os deveres anexos também fazem parte integrante da relação obrigacional, na perspectiva dinâmica, haverá inadimplemento (absoluto ou mora) seja no descumprimento deles, seja no descumprimento da prestação principal. Ou seja,

Na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal, a tutela do crédito em tais hipóteses exige mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento, como a violação positiva do contrato ou o (mais direto) recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422) (SCHREIBER, 2016, p. 6).

O autor destaca, no entanto, que na perspectiva funcional, também chamada dinâmica, na qual a relação obrigacional é vista como processo, exige-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes, não importando assim se o descumprimento tenha sido do dever de conduta ou do dever de prestação, sendo que ambos incluem-se no conceito amplo e funcional de relação jurídica (SCHREIBER, 2016, p. 6).

Segundo Daniel Andrade e Fábio Pereira (2018, p. 276), “faz-se necessária uma reformulação ampliativa da noção de adimplemento e de inadimplemento

obrigacional”, sempre partindo do pressuposto “da dinamicidade, da complexidade e da funcionalidade do vínculo obrigacional”.

Assim, não haveria necessidade de estabelecer uma terceira espécie de inadimplemento, mas o conceito de violação positiva poderia ser incorporado ao conceito de inadimplemento absoluto, que abrangeria qualquer violação obrigacional, inclusive dos deveres anexos de boa-fé objetiva que esvaziasse o legítimo interesse do credor ou ao de mora, que abrangeria qualquer descumprimento também desses deveres que não afastasse por completo a utilidade da obrigação (ANDRADE, PEREIRA, 2018, p. 276).

De fato, parece crível e coerente que seja reconhecida a importância do princípio da boa-fé objetiva e, conseqüentemente, de seus deveres anexos ou colaterais, que se encontram presentes nas relações obrigacionais, ainda que de maneira não expressa, de modo a se incorporarem ao complexo de direitos e deveres que as compõem.

Nessa medida, ao lado da prestação principal, sempre tendo em vista “a função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado” (SCHREIBER, 2016, p. 6), os deveres anexos da boa-fé objetiva também compreendem a relação jurídica obrigacional e, seu descumprimento ensejará, assim, como o descumprimento da prestação principal, as conseqüências jurídicas impostas pela lei civil, como o dever de indenizar, decorrente da responsabilidade civil.

2.4 DEVER DE INDENIZAR: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ANEXOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

Mediante todo o desenvolvimento até aqui traçado, observou-se que o inadimplemento da obrigação envolve tanto o descumprimento da prestação principal, quanto também dos deveres anexos que estão atrelados, em razão da boa-fé objetiva, à relação obrigacional, restando compreender, porém, quais serão as conseqüências desse descumprimento.

Dessa forma, atrelada a noção de obrigação, encontra-se a figura da responsabilidade, que foi inspirada pela doutrina alemã, com adoção da chamada teoria dualista, que diferencia “*schuld*”, “*debitum*” ou débito; de “*haftung*”, “*obligatio*” ou

“responsabilidade”, ou seja, sempre que descumprido um dever decorrente surge a responsabilidade daquele que o descumpriu.

Vê-se que “(...) esta concepção considera que a obrigação gera para o devedor o dever de prestar, que normalmente será adimplido, mas que, uma vez violado, permite a agressão ao seu patrimônio a fim de permitir ao credor a satisfação do seu crédito” (CALIXTO, 2005, p. 3).

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2000, p.39), “a responsabilidade é uma relação jurídica derivada do inadimplemento da relação jurídica originária, que é a obrigação”, ou seja, existem dois momentos distintos, o primeiro é a relação jurídica derivada da obrigação em si, que pode ser regularmente adimplida e extinta e o segundo é a responsabilidade, que surge quando a obrigação não é adimplida na forma pretendida pelas partes.

Pela própria regra da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), as cláusulas contratuais originárias das relações obrigacionais devem ser respeitadas, sob pena de responsabilidade daquele que as descumprir por dolo ou culpa (TARTUCE, 2017, p. 389).

Conforme visto, além dos deveres principais ou primários que constituem a prestação principal, o núcleo da relação obrigacional, definindo o tipo de contrato (ex. entregar uma coisa, pagar um preço, etc.), existem também os deveres secundários ou deveres colaterais que surgem como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal (MARTINS-COSTA, 2000, p. 438).

Sustenta-se o rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, gera inclusive “todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado” (ROSENVALD, 2004, p. 253).

Assim, na perspectiva de estudo aqui desenvolvida, que se detém na concepção da relação obrigacional como complexo de direitos e deveres de ambas as partes, embasados pela boa-fé objetiva, o descumprimento da obrigação pode ser realizado por qualquer das partes, credor ou devedor e não compreende somente o descumprimento da prestação, mas também dos deveres anexos ou colaterais da boa-fé objetiva, dever de cooperação, lealdade, honestidade, dentre outros.

Inclusive o Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em 2002, já reconhecia que “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”.

Desse modo, do descumprimento contratual advém tanto a possibilidade de medidas coercitivas para seu cumprimento, como as previstas pelo Código Civil e Código de Processo Civil, como também a responsabilização daquele que descumpriu pelos danos causados, o que é tratado pela disciplina da responsabilidade civil.

Quanto à responsabilidade civil, Flávio Tartuce (2017, p. 71) adverte que o Código Civil de 2002 confirmou a divisão da reponsabilidade em contratual e extracontratual. Por essa clássica divisão, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana advém da inobservância dos deveres gerais impostos pelo Estado e, conseqüentemente, da lei, enquanto a contratual de infração à auto-regulamentação (GUEDES, TEPEDINO, TERRA, 2020, p. 11).

Nas palavras de Rui Stoco (2011, p. 165), “(...) a responsabilidade, enquanto obrigação de compor danos pode decorrer não só do ilícito absoluto, enquanto ofensa a dever legal preexistente, mas também do concerto prévio de vontades, que estabeleça um vínculo obrigacional”.

Em relação ao descumprimento das relações obrigacionais, em especial dos deveres relacionados à boa-fé, a responsabilidade resultante do inadimplemento das obrigações seria contratual, originando indenização por danos materiais (perdas e danos), nos termos da previsão do artigo 389 e do artigo 475 do Código Civil, além de eventuais indenizações por danos extrapatrimoniais que possam advir desse descumprimento, de acordo com a previsão constitucional (art. 5.º, V e X, da CF) (TARTUCE, 2017, p. 71).

No entanto, a distinção de responsabilidade civil contratual e extracontratual, deve ser melhor analisada no paradigma atual, no qual os próprios deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, de natureza heterônoma, originam também deveres que obrigam as partes. Desse modo:

A distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual deixa, assim, de tomar por base a fonte do dever violado – autonomia privada ou lei, respectivamente -, e passa a se assentar na preexistência de relação contratual válida entre as partes, bem como no fato de o dano resultar do descumprimento de dever oriundo daquele vínculo, independentemente de este dever decorrer de fonte autônoma ou heterônoma (GUEDES, TEPEDINO, TERRA, 2020, p.12).

Para os citados autores, portanto, quando os deveres estiverem dentro de um contrato ou negócio jurídico formulado entre as partes e houver danos gerados pelo seu descumprimento, haverá responsabilidade contratual; se por outro lado, os deveres originam-se somente de um contato social qualificado das partes, há responsabilidade extracontratual, exemplificando-se com o rompimento injustificado das tratativas, que consiste em violação ao dever de lealdade e honestidade.

Assim, segundo essa ordem de ideias, “Se o parâmetro distintivo entre as duas categoriais de responsabilidade já não é a fonte do dever, é possível que a violação de deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva conduza ora à responsabilidade contratual, ora à extracontratual” (GUEDES, TEPEDINO, TERRA, 2020, p.12/13).

Salienta-se que tanto a responsabilidade extracontratual, quanto a contratual regulam-se pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade é una, mas compreender qual a natureza da responsabilidade aplicável é essencial porque implica em algumas distinções, como por exemplo, na distribuição do ônus da prova, no termo *a quo* da aplicação dos juros e também nos prazos prescricionais, que na responsabilidade extracontratual seriam aqueles previstos no artigo 206, §3º, V, do Código Civil e na contratual o prazo geral do artigo 205/CC.

O essencial é que seja demonstrado que o dano resultou do inadimplemento absoluto ou relativo da prestação, independente da classificação do dever que conduziu à inexecução da obrigação, seja o dever principal, sejam os anexos (GUEDES, TEPEDINO, TERRA, 2020, p. 12/13).

Alguns autores, dentre eles Flávio Tartuce (2017, p. 389-390) destacam inclusive que a tendência é para que a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual seja abolida, com unificação, conforme ocorre no Código de Defesa do Consumidor “que não diferencia a responsabilidade contratual da extracontratual, tratando da responsabilidade pelo produto e pelo serviço”.

De toda forma, importa acrescentar que a responsabilidade civil e o dever de indenizar surgirão quando for constatada a ocorrência de um dano (patrimonial ou extrapatrimonial) e quando for ele injusto, ou seja, quando causar lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico (ROSENVALD, 2004, p. 262).

Desse modo, conforme previsão do Código Civil, seja nos casos de ocorrência de ato ilícito contratual ou extracontratual, poderá o lesado pleitear indenização material, composta pelas perdas e danos, que se compõe dos danos emergentes (aquilo

que o lesado efetivamente perdeu) e dos lucros cessantes (aquilo que deixou de ganhar em razão do dano injusto).

A indenização será baseada pela extensão do dano e com base na teoria da diferença, “entre a situação atual do lesado e a que se encontraria, se não houvesse a inexecução culposa da obrigação em que se averigua a extensão das perdas e danos” (ROSENVALD, 2004, p. 264).

Ainda, acrescente-se que, nos casos de descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva há possibilidade de fixação de indenização por danos extrapatrimoniais, também chamados de morais a depender da teoria adotada, baseado na disciplina do Código Civil (art. 186/CC) e da Constituição Federal (art. 1º, III, art. 5º, V e X, CF), sendo a fixação do valor da indenização, no caso, realizada por arbitramento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do que foi aqui analisado, foi possível constatar que a disciplina clássica do direito das obrigações, inspirada nas raízes romanas, sofreu importantes alterações geradas pelo desenvolvimento industrial e comercial e pela multiplicidade das novas formas negociais que se desenvolvem.

Em razão disso, propôs-se que a análise passasse a ser feita com base na ideia de relação obrigacional, compreendendo “a obrigação como um processo”, embasada em uma complexidade de direitos e deveres existentes mutuamente entre credor e devedor, complexidade essa surgida tanto através da autonomia privada das partes, quando também pelo princípio da boa-fé objetiva, do qual decorrem deveres anexos ou colaterais que também compõem e tem central importância nas relações obrigacionais.

Assim, o descumprimento desses deveres anexos importa também em uma forma de inadimplemento, usualmente tratada pela doutrina como violação positiva do contrato, mas que pode ser enquadrada dentro da teoria do adimplemento ou inadimplemento, uma vez que os conceitos de inadimplemento absoluto ou mora, na perspectiva da obrigação como processo, também abrangem o descumprimento relacionada aos deveres anexos à boa-fé objetiva.

Desse modo, pela análise proposta, demonstrou-se que o descumprimento dos deveres anexos da boa-fé enseja ora responsabilidade civil contratual, ora extracontratual, a depender, portanto, se os danos resultantes decorrem das avenças das

partes ou de um contato social qualificado, sendo que independente da natureza, sempre haverá o dever de indenizar.

Conclui-se, assim, que o descumprimento dos deveres anexos da boa-fé nas relações obrigacionais tem idêntico tratamento ao descumprimento da própria prestação principal, originando responsabilidade civil, que pode ser contratual ou extracontratual, cabendo, em ambos os casos a fixação de indenização por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, a depender do bem jurídico ou interesse que tenham sido objeto do dano causado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fabio Queiroz. **Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento**. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.258-282, mar. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito civil: teoria geral das obrigações**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (coord.). p.1- 28. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro : Forense, 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Fundamentos do Direito Civil**. Volume 4. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

JORNADA DE DIREITO CIVIL I: enunciados aprovados. Coordenador Científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2002. Disponível em:
<<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>>. Acesso em 10.03.2020.

LOBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **A Tríplice Transformação do Adimplemento**. Artigo disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/07/18/a-triplice-transformacao-do-adimplemento/>> 18. Jul. 2016. Acesso em 30.03.2020

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (coord.). p. 29-44. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____ . **Fundamentos do Direito Civil**.
Volume 2. Obrigações. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

SILVA. Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Volume II: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.