
RTDC

REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL

EDITORA
PADMA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: Repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311

Good faith, Positiven Vertragsverletzungen and limitation period: consequences of considering duties of conduct as contractual duties in the trial of REsp 1276311

CARLOS NELSON KONDER

1. Desafios da importação de institutos estrangeiros e a chamada violação positiva do contrato;
2. Impacto da boa-fé objetiva: dinamização, complexificação e funcionalização da relação obrigacional;
3. As peculiaridades dos deveres anexos;
4. A violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro;
5. Os problemas a resolver: efeitos da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual;
6. O exemplo da “negativação indevida” no julgamento do REsp 1276311;
7. Observações críticas.

“Uma gaiola saiu à procura de um pássaro”.
Franz Kafka, *Aforismos*

Resumo: Este artigo se destina a examinar as dificuldades decorrentes da importação do instituto da violação positiva do contrato para o ordenamento jurídico brasileiro, em especial quanto às regras aplicáveis à responsabilidade por descumprimento de deveres anexos. A partir de uma decisão judicial referente ao prazo prescricional aplicável a estas hipóteses, busca uma análise que supere o mecanicismo do dogma da subsunção e o excesso de rigidez da dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Palavras-chaves: Boa-fé. Violação positiva do contrato. Prescrição. Deveres anexos. Negativação indevida.

Abstract: This paper tries to examine the difficulties arising from the importation of the german institute of *positiven Vertragsverletzungen* to the brazilian legal system, especially in regard of rules governing the liability for breach of duties of conduct. From judicial decision regarding the limitation period applicable to these cases, the paper goal is to overcome the dogma of subsumption and excessive rigidity in the dichotomy between contract and tort liability.

Keywords: Good faith. *Positiven Vertragsverletzungen*. Duties of conduct. Limitation period.

1. DESAFIOS DA IMPORTAÇÃO DE INSTITUTOS ESTRANGEIROS E A CHAMADA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Nemo potest venire contra factum proprium, substantial performance, tu quoque, Verwirkung, duty to mitigate the loss, Erfüllungsgeweiherung, suppressio e surrecto: nos últimos anos o direito contratual brasileiro, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, foi invadido por latinismos e estrangeirismos, representando institutos originados nos mais diversos ordenamentos. Todos estes institutos, ditos figuras parcelares ou especializações funcionais, são reflexos de um mesmo e louvável esforço, qual seja, o de efetivação do princípio da boa-fé.

Por melhores que sejam as intenções, atenção e cautela são necessárias. Todo instituto jurídico existe e ganha significado dentro de um ordenamento específico. Para compreender seu conceito e alcance deve-se ter em mente o todo do qual ele faz parte, analisando-o em relação com os princípios que lhe dão sentido, com os demais institutos com que faz fronteira, com as regras que viabilizam sua aplicação e na forma pela qual é interpretado. Os efeitos de uma norma somente se desenharam claramente quando ela é inserida no ordenamento, do qual extrai seu significado e alcance.¹ Neste sentido, já foi dito que o direito não se interpreta “em tiras”² e que se interpreta e aplica a o ordenamento como um todo, não a norma, pois “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento”.³

Assim, ao lidar com direito comparado, Constantinesco alerta que é necessário passar pelos três “C”: conhecer, compreender e comparar. Trata-se de conhecer o instituto em sua singularidade, conforme as fontes, os instrumentos e a perspectiva de seu ordenamento de origem; compreender como o instituto é construído, apresentado e justificado no seu ordenamento de origem, reintegrando-o nas relações que mantêm com os outros elementos, jurídicos e extrajurídicos daquele sistema; e, enfim, comparar, identificando as semelhanças e diferenças, reais ou puramente conceituais, na dogmática ou na sua aplicação prática.⁴ O rigor neste processo permite um conhecimento mais científico e genuíno daquele instituto, de maneira a evitar uma impressão superficial e, muitas vezes, equivocada.⁵

1 Tullio Ascarelli destaca que o alcance da solução do problema mais modesto somente pode ser compreendida quando se tenha em vista a influência dos princípios gerais do sistema em questão (*Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 6).

2 Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 127.

3 Pietro Perlingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 617.

4 L.-J. Constantinesco. *Il metodo comparativo*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000, *passim*.

5 Um exemplo simples seria considerar a hipótese de um estrangeiro que lê o disposto no art. 226 § 3º da Constituição (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a

Sob esta perspectiva, portanto, a retirada de um instituto de seu ordenamento de origem e sua inserção e aplicação em outro ordenamento não importa apenas seu reposicionamento, mas implica a redefinição de seu próprio conceito, de seu alcance e de seus efeitos. O transplante de institutos é, frequentemente, menos uma operação de recolocação e mais uma operação de ressignificação.

Se, a retirada do instituto de seu ordenamento de origem para analisá-lo de forma autônoma já prejudica sua compreensão, a sua inserção em outro ordenamento é ainda mais dramática. Como o ordenamento jurídico — haja vista o próprio conceito de ordenamento — não prescinde dos imperativos de unidade, harmonia e coerência, a aparição do intruso, sempre carregado de sinais de nascença — ainda que sutis — pode gerar contradições com os elementos preexistentes do cenário nacional.

A analogia com a medicina poderia levar a crer que as operações de transplante de um instituto estrangeiro levariam a um grande risco de rejeição. Mas este cenário mais grave raras vezes se verifica.⁶ O mais comum é a transformação, mais sutil ou mais explícita, do próprio instituto importado, de maneira a acomodá-lo ao novo contexto, ou até mesmo, ocasionalmente, a transformação do ordenamento de destino, para torná-lo mais receptivo. O fato é que o instituto novo dificilmente entrará incólume: ou ele próprio será modificado, perdendo elementos distintivos incompatíveis com sua nova sede, ou ele modificará o próprio ordenamento ao qual chega.

Diante disso, não se trata, é claro, de rejeitar de plano qualquer forma de importação jurídica, mas de reconhecer que este processo impõe ao intérprete a árdua tarefa de realizar a necessária compatibilização, sempre com sacrifício para algum dos lados: O ordenamento jurídico funciona em um equilíbrio que é dinâmico, constantemente aberto e em modificação, de forma a adaptar-se a constante e inexorável transformação da sociedade que lhe dá origem. Neste caso, a importação de institutos estrangeiros pode ser uma forma muito bem-vinda de renovação e oxigenação de uma regulação ultrapassada e injusta.⁷

No entanto, é sempre necessário ter grande atenção ao impacto que aquele organismo estrangeiro terá sobre o sistema jurídico. A riqueza e a complexidade do ordenamento impõem cuidado com os efeitos de uma generalização na utilização de institutos de outros

mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”) e extrai a conclusão de que a união entre pessoas do mesmo sexo não é admitida juridicamente no Brasil, em contradição com a realidade declarada jurisprudencialmente (STF, Pleno, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, publ. Dle 14.10.2011 e STF, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 05/05/2011, publ. Dle 14.10.2011).

6 Sobre o tema, v. Alan Watson. *Il trapianto di norme giuridiche: un 'approccio' al diritto comparato*. Napoli: ESI, 1984, *passim*, e Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova: Cedam, 1997, p. 37-43.

7 Rodolfo Sacco. *Introduzione al diritto comparato*, 5 ed. Torino: UTET, 2005, p. 19.

ordenamentos entre nós. Este é o desafio que começa a ser enfrentado entre nós no que diz respeito às aplicações do princípio da boa-fé.⁸

2. IMPACTO DA BOA-FÉ OBJETIVA, DINAMIZAÇÃO, COMPLEXIFICAÇÃO E FUNCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

A boa-fé, em sua vertente objetiva, tem sido motor de significativa revolução no regime jurídico dos contratos. Compreendida não mais em sua acepção subjetiva, isto é, como estado do agente que ignora a existência de vícios em sua conduta, a boa-fé alçou a condição de princípio com força normativa, mandamento de conduta que impõe comportamento leal e honesto entre os contratantes.⁹ Sob a alçada do princípio constitucional da solidariedade, os contratantes devem evitar que o vínculo que os aproxima seja fonte de danos mais do que de benefícios.¹⁰

Dar conteúdo mais preciso a esta exigência geral de correção nas relações contratuais foi o desafio enfrentado por doutrina e jurisprudência de forma bem-sucedida, minudencian-

8 Explica Anderson Schreiber: “a insistência doutrinária no estudo do *venire contra factum proprium* e de outras figuras de conteúdo similar – como o *tu quoque* e a *Verwirkung* – como categorias autônomas tem o efeito, ainda que muitas vezes inconsciente, de evitar a superutilização da boa-fé objetiva “*A proibição de comportamento contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116j).

9 Sobre o tema, entre tantos, v. Antônio Menezes Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997; e, entre nós, Judith Martins-Costa. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; Teresa Negreiros. O princípio da boa-fé contratual. In Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). *Princípios do direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 221-253; Jorge Cesa Ferreira da Silva. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126; Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In Gustavo Tepedino (org.). *Obrigação: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

10 Como destaca Maria Celina Bodin de Moraes: “Pouco a pouco, ao longo do século XX, os juristas dos diversos países de *civil law*, uns antes, outros depois, foram fazendo a passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração e desta para a teoria da confiança, numa evolução em direção ao plano da ética social e da solidariedade contratual. Pode-se dizer que o sistema hoje, inclusive no Brasil, se encontra fundado no princípio geral da boa-fé, ainda mais porque ela representa expressão da dignidade humana e da solidariedade social no campo das relações privadas. Neste campo, a concreta exigência de solidariedade, chamada de solidariedade contratual, foi construída com a finalidade de conter o exercício da autonomia privada” (Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 282)

do as suas repercussões de maneira prática e específica. Neste sentido, difundiu-se uma tripartição funcional da boa-fé: parâmetro interpretativo-integrativo, limitação ao exercício de direitos e criação de deveres anexos.¹¹

Assim, a boa-fé serviria primeiro a determinar o conteúdo e alcance das cláusulas contratuais, atribuindo-lhes o significado mais condizente com as legítimas expectativas despertadas. Segundo, limitaria o exercício de direitos, reputando abusiva a invocação de um direito de forma contrária à confiança construída entre as partes. Terceiro, para além dos deveres principais e acessórios produzidos pela autonomia privada na celebração do contrato, a boa-fé imporá deveres ditos anexos, laterais ou instrumentais, que seriam decorrentes da exigência de uma conduta reta, leal e honesta.

O Código Civil de 2002 aparentemente acompanhou esta construção, pois previu a boa-fé objetiva em três dispositivos: no art. 113, ao tratar da interpretação dos negócios; no art. 187, ao abordar o abuso do direito; e no art. 422, ao referir-se aos princípios gerais dos contratos. A divisão, contudo, tem finalidade essencialmente didática e sistemática, uma vez que as funções se confundem e sobrepõem. Já foi destacado, por um lado, que a limitação ao exercício de um direito pode ser também compreendida como a imposição de um dever de abstenção daquela conduta.¹² Além disso, considerada a interpretação do contrato como a atribuição de seu significado normativo, nela estará absorvida a definição dos direitos e deveres que produz, a síntese dos seus efeitos essenciais.¹³

Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que a referida sistematização contribuiu muito para a compreensão do impacto transformador da boa-fé sobre a própria concepção da relação obrigacional. A sistematização do impacto do princípio permitiu a releitura da obrigação clássica, tradicionalmente vista sob a perspectiva estática, simplificada e puramente estrutural, de maneira a impor-lhe uma nova visão, dinamizada, complexificada e funcionalizada.

O impacto da boa-fé impõe o reconhecimento da complexidade da relação obrigacional. Em lugar da dinâmica simplificada direito subjetivo — dever jurídico, passa-se a reconhecer diversas outras situações jurídicas subjetivas conjugadas — uma “pluralidade de elementos autonomizáveis” —, em especial deveres paralelos que interagem entre si e cujo inadimplemento pode ferrir o todo obrigacional.¹⁴

11 Judith Martins-Costa. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 427 e ss.

12 Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In Gustavo Tepedino (org.). *Obrigação: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

13 Carlos Nelson Konder. Qualificação e coligação contratual. *Revista Forense*, vol. 406. Rio de Janeiro: nov/dez. 2009, p. 63-64.

14 Manuel A. Carneiro da Frada. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 37-38.

A boa-fé importa ainda a dinamização da relação obrigacional, concebida como um conjunto de momentos sucessivos, interligados em unidade ontológica, uma estrutura verdadeiramente orgânica, repleta de relações recíprocas de instrumentalidade ou interdependência.¹⁵ A clássica e estática obrigação passa, como relação obrigacional, a ser compreendida como um sistema de processos em razão da necessária colaboração entre os sujeitos vinculados.¹⁶

Todas estas transformações desembocam na funcionalização da relação obrigacional. A perspectiva funcional significa reconhecer que a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza: o adimplemento.¹⁷ Todos os direitos, subjetivos e potestativos, ônus e deveres, poderes e faculdades, toda a situação jurídica complexa têm existência temporária orientada a atingir um fim objetivamente considerado, que deve concretizar-se em um conjunto de interesses merecedor de tutela.¹⁸

A transformação não é puramente conceitual, pois implica a reformulação das regras aplicáveis às obrigações. Determinar se a obrigação foi ou não cumprida passa a ser tarefa árdua, na medida em que a própria determinação do adimplemento — e do inadimplemento — se transforma.¹⁹ Verifica-se o alargamento do objeto da obrigação e da flexibilização do termo adimplemento, já que a conduta exigível dos sujeitos envolvidos passa a incluir também colaboração e lealdade recíprocas.²⁰ E a causa principal para esta transformação se encontra na figura dos chamados deveres anexos.

3. AS PECULIARIDADES DOS DEVERES ANEXOS

Na complexa relação jurídica que se desenha em virtude da incidência do princípio da

15 Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, *passim*. Para uma releitura atualizada do tema, v. Luciana Pedroso Xavier, Marília Pedroso Xavier e Paulo Nalin. A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 299-322.

16 Karl Larenz. *Derecho de obligaciones*, tomo I. Madrid: Revista de derecho privado, 1958, p. 37-41.

17 Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 21.

18 Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 266-267.

19 Sobre o tema, v. Anderson Schreiber. A triplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 32. Rio de Janeiro: out./dez. 2007, p. 3-27.

20 Aline Miranda Valverde Terra. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 51 e ss.

boa-fé, é possível categorizar os diversos elementos autonomizáveis que dela fazem parte, em especial os deveres, que se colocam em três categorias:²¹ Primeiro, os deveres principais, normalmente utilizados para identificar o tipo contratual, pois são considerados o núcleo, a alma da relação obrigacional. Assim, em um contrato de financiamento, o dever da instituição financeira de fornecer o capital necessário para a aquisição do bem, assim como o dever do consumidor de pagar o empréstimo com juros.

Segundo, deveres ditos secundários, os quais podem ser acessórios da obrigação principal, como uma garantia fornecida pelo mutuário à instituição financeira, ou podem ser deveres com prestação autônoma, substitutivos ou complementares de uma outra obrigação, como uma multa a ser paga em caso de atraso.

Os caracteres destes deveres encontram-se razoavelmente definidos e sistematizados, absorvidos de maneira harmônica com o restante do sistema jurídico. Já em terceiro, encontram-se os esforços de sistematização e que sobressaem especialmente no momento de sua violação.

São deveres que não estão voltados pura e simplesmente para o cumprimento do dever de prestar, cujo escopo não é diretamente a realização ou substituição da prestação, mas deveres que direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, de maneira a salvaguardar outros interesses que devem ser levados em conta na relação.²²

A grande dificuldade de enquadramento destes deveres — por vezes referida como o “mal-estar que rodeia a doutrina destes deveres”²³ — se inicia na indicação da sua fonte: oriundos da incidência do princípio da boa-fé, eles não são nem produto direto da autonomia privada, uma vez que atuam independente da vontade expressa das partes, mas também não são imposição específica legal, relativa ao tipo contratual adotado.

Esta dificuldade de enquadramento na classificação dicotômica de fontes desemboca em um problema mais grave: a dificuldade de enquadrar sua violação na classificação dicotômica da responsabilidade civil. De um lado, na linha do alargamento da noção de adimplemento, o entendimento de que os deveres anexos são deveres contratuais, seja porque oriundos tacitamente da autonomia privada ou porque implícitos na exigência de cumprimento imposta por uma interpretação integradora do negócio, e cuja violação, portanto, caracterizaria hipótese de responsabilidade civil contratual. De outro lado, o entendimento de que tais deveres são heterônimos, decorrentes do preceito geral de *neminem laedere*, cuja violação, nesta linha, configuraria hipótese de responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual.

21 Fernando Noronha. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161.

22 Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 440.

23 Manuel A. Carneiro da Frada. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 47.

Quatro características marcantes destes deveres costumam ser elencadas como traços distintos, geradores da referida controvérsia. A primeira é a impossibilidade de seu conhecimento prévio. Uma vez que as consequências da aplicação do princípio da boa-fé dependem de diversas circunstâncias fáticas — qualidades das partes, objeto e finalidade do contrato, contatos anteriores... — não é possível qualquer enumeração ou descrição definitiva. Apenas a título exemplificativo, afirma-se a divisão em deveres de proteção, em termos de cuidado para com a pessoa e o patrimônio da outra parte, de cooperação, no sentido de facilitar a execução do contrato pela outra parte, e de esclarecimento, no sentido de fornecer as informações necessárias à finalidade do acordo.²⁴

A segunda característica distintiva é a imunidade dos deveres laterais aos efeitos da ineficácia *facto sensu* do contrato.²⁵ Ou seja, ainda que o contrato seja anulado, declarado nulo ou se torne ineficaz em sentido estrito (resolução, resilição, advento do termo final...), com a consequente extinção dos deveres principais e acessórios decorrentes do contrato, os deveres laterais persistem, as partes do contrato extinto continuam a ter que guardar observância ao princípio da boa-fé.

A terceira característica é a aplicação dos deveres laterais antes e depois da relação contratual. Embora o texto do artigo 422 do Código Civil refira-se apenas à conclusão e execução do contrato, resta pacificada a aplicabilidade do princípio da boa-fé no período pré-contratual, como no caso bastante difundido da responsabilidade por ruptura de negociações preliminares, assim como no período pós-contratual, oriunda da chamada *culpa post factum finitum*.²⁶

A quarta característica distintiva diz respeito à abrangência subjetiva dos deveres anexos, que não se restringem ao devedor, podendo atingir ambas as partes e, até mesmo, terceiros.²⁷ Assim, tanto as partes contratantes — ambas — devem guardar observância, na execução do contrato, à boa-fé, entre si e perante terceiros, como ainda se sustenta que terceiros também tem deveres de retidão no tocante à execução contratual, no que se vem chamando de responsabilidade pela interferência indevida no direito de crédito.²⁸

Estas características distintivas, reconhecendo que a incidência do princípio da boa-fé funda uma ordem especial de proteção de bens no contrato, criam obstáculos ao entendi-

24 Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 439.

25 Manuel A. Carneiro da Frada. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 97.

26 Antonio Junqueira de Azevedo. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000, p. 4.

27 Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.

28 Sobre o tema, v. Paula Greco Bandeira. Fundamentos da responsabilidade civil do terceiro cúmplice. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 30. Rio de Janeiro, abr./jun. 2007, p. 79-127.

mento referente à contratualização dos deveres anexos.²⁹ Deveres que sobrevivem à validade do contrato, incidem antes de celebrado o contrato, perduram após o término da relação contratual e atingem sujeitos que não são partes sofreriam dificuldades para encontrar no contrato, ao menos sob sua visão clássica, um fundamento de validade material da responsabilidade, restando o negócio apenas como seu pressuposto constitutivo. A questão, contudo, encontra-se distante de uma pacificação.

4. A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

BRASILEIRO

O tratamento dos deveres anexos em nosso ordenamento veio e permanece associado ao instituto de origem germânica da violação positiva do contrato. Em seu ordenamento de origem relaciona-se que o instituto decorre de uma criação doutrinária de Hermann Staub do início do século XX, visando solucionar uma lacuna no Código Civil alemão (BGB).³⁰ Enquanto o §280 do BGB previa a obrigação de indenizar caso a prestação se impossibilitasse e o §286 a obrigação de indenizar o credor pelos prejuízos decorrentes da mora, não havia previsão para hipóteses em que o descumprimento do contrato era realizado através de conduta positiva, não podendo subsumir-se à impossibilidade absoluta, nem à mora.³¹

Diante desta dificuldade do direito alemão, onde o sistema fragmentário fechado de ressarcimento dos danos não tutela violações de direitos patrimoniais não previstas, Staub

29 No direito estrangeiro, destaca-se Manuel A. Carneiro da Frada, quando afirma “A desconstrução dos deveres de proteção representa, no termo do percurso realizado, um justificado desconhecimento do conteúdo dos contratos e uma depuração da sua eficácia enquanto ato de autonomia privada. Remando contra a hipotrofia de desenvolvimento do direito dos contratos bem para além do que este razoavelmente podia legitimar, acaba por combater-se aquela *avidéz* do contrato, na sua apêndia por informar, quando nas mãos dos juristas, a solução tida por justa e adequada de problemas que no fundo lhe são estranhos” (*Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 56).

30 O texto original, publicado em 1902 (Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. *Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag*, Berlin: J. Gutentag, 1902, p. 30) e republicado de forma desenvolvida em 1904, conta, entre nós, com análises pioneiras de Vera Maria Jacob de Fradeta. A quebra positiva do contrato. *Ajuris*, n. 44. Porto Alegre: 1988, p. 145-152, e de Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215-230 e cuidadosa resenha de Renata Carlos Steiner. As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 47. Rio de Janeiro: jul./set. 2011, p. 255-264.

31 Antônio Menezes Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 594-595.

propunha a construção da violação positiva do contrato, à qual sugeriria a aplicação analógica do regime da mora (§326) para obtenção de uma triplíce solução: indenização do dano das violações singulares mantendo o contrato; indenização geral pelo descumprimento do contrato, cessando sua execução; e resolução do contrato.³²

A tese Staubiana foi amplamente utilizada pela jurisprudência, assim como muito criticada pela doutrina por sua amplitude e heterogeneidade.³³ Originalmente, diversas hipóteses eram previstas como violações positivas do contrato: o mau cumprimento de deveres principais do contrato, em virtude da prestação realizada de forma defeituosa (cumprimento imperfeito); o descumprimento de deveres laterais (sejam de cuidado e proteção, sejam de informação e de colaboração); a recusa antecipada em cumprir a prestação, expressa ou em virtude de comportamento concludente do devedor no sentido do inadimplemento (resultante no inadimplemento antecipado); o descumprimento de uma obrigação negativa (obrigação de não fazer); o mau cumprimento de uma obrigação duradoura e as hipóteses de *culpa post pactum finitum*.³⁴

Com exceção da hipótese da violação de obrigação negativa, rapidamente desprezada por não se compatibilizar com as demais hipóteses, o mosaico desenhado por Staub difundiu-se por diversos ordenamentos que lidavam com as dificuldades de casos em que se buscava compatibilizar os remédios contratuais, próprios da ruptura de confiança de uma relação duradoura, com os remédios aquilianos.³⁵ Os contornos desta figura híbrida, contudo, não foram pacíficos.

As críticas à expressão violação positiva do contrato, que inclui condutas positivas que não deveriam estar incluídas (como o descumprimento de obrigação negativa) e exclui condutas omissivas que estão incluídas (como a violação de dever lateral de agir), juntaram-se críticas à heterogeneidade da construção única.³⁶ Daí as intermináveis controvérsias terminológicas entre o alcance de termos como violação positiva do contrato, cumprimento imperfeito ou defeituoso e quebra antecipada do contrato, dificultando a identificação de uma relação gênero-espécie entre os conceitos ou mesmo o desenho dos espaços de intersecção e distinção entre tais figuras.

32 Manuel A. Carneiro da Frada. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 29-30.
33 Sobre as críticas, v. Antônio Menezes Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 598.

34 Pedro Romano Martínez. *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 61-63.

35 Pedro Romano Martínez. *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 60.

36 Pedro Romano Martínez. *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 65.

A controvérsia conceitual, que já é angustiante em abstrato, torna-se dilacerante em concreto, quando a figura da violação positiva do contrato é transplantada para ordenamentos que não têm as peculiaridades do ordenamento alemão que lhe deram justificativa e origem, mas tem outras peculiaridades, como é o caso do ordenamento brasileiro.³⁷

Enquanto no ordenamento alemão a questão acabou por ser endereçada legislativamente,³⁸ no Brasil o instituto se deparou com uma construção sistemática do inadimplemento singular, especialmente com relação à mora. Enquanto a mora costuma ser conceitualmente definida como retardamento injustificado, isto é, uma violação no parâmetro do tempo do pagamento, nosso ordenamento define a mora no art. 394 do Código Civil como a não realização da prestação no “tempo, lugar ou modo” devidos. Diante deste cenário, a primeira questão que se coloca é se ainda há necessidade do reconhecimento de uma autonomia à violação positiva do contrato em nosso ordenamento ou se ela poderia ser completamente abarcada por este conceito alargado de mora.³⁹

Junte-se a isto a dificuldade tradicional e nunca completamente superada no tocante à distinção, em nosso ordenamento, entre hipóteses de redibição por vícios ocultos no bem transferido e de anulação por erro sobre o objeto, dificuldade que poderia ser acentuada com a introdução de uma terceira figura consistente na violação positiva do contrato.⁴⁰

Mas, certamente, é no âmbito das relações de consumo que encontramos maiores desafios à importação da violação positiva do contrato. O Código de Defesa do Consumidor não se caracteriza como um microsistema, uma vez que não se encontra apartado do restante do ordenamento, mas, ao contrário, configura um mecanismo de efetivação da sistemática constitucional sobre um tipo de relação concretamente diferenciado, caracterizada pela vulnerabilidade de uma das partes.⁴¹ Em virtude disso, para garantir os direitos do

37 Ruy Rosado de Aguiar Júnior conclui que “Melhor seria classificar essas violações como infração ao princípio da boa-fé e infração antecipada do contrato, deixando de lado a denominação de violação contratual positiva” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, 2. ed. Rio de Janeiro: Alde, 2004, p. 126).

38 Para uma visão introdutória da reforma legislativa do direito das obrigações alemão, v. Hans Schulte-Nölke. *The new german law of obligations: an introduction*. *German Law Archive*. Disponível em <http://www.iuscomp.org/gla/itrataturschulte-noelke.htm>, acesso em 12 mar. 2012.

39 Trata-se do cuidadoso e extenso estudo comparativo pioneiro de Jorge Cesa Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 265.

40 Em doutrina comparatista indica-se como neste ponto os ordenamentos da família romano-germânica se ressentem da ausência de um sistema unificado da quebra do contrato, como ocorre nos ordenamentos da família anglossaxã (*breach*). Sobre o tema, v. Luciano Bennett Timm, *Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano*. *Revista dos Tribunais*, vol. 871, São Paulo: mai. 2008, p. 21.

41 Gustavo Tepedino. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 12-13.

consumidor resguardados constitucionalmente, a sistemática legal rompeu com a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, com a exigência da culpa como pressuposto da responsabilização e com o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.⁴² Em seu lugar, entra a categoria do defeito do produto ou serviço, a qual se refere não apenas aos vícios por inadequação, quando o produto ou serviço defeituoso, por não corresponder à expectativa do consumidor, viola o sinalagma (dano-vício), mas também se refere aos vícios por insegurança, quando o produto ou serviço defeituoso cria riscos para o consumidor, ensejando o chamado acidente de consumo ou fato do produto (dano decorrente do vício).⁴³ Neste cenário, em que contratantes e terceiros (integrantes da cadeia de consumo) podem ser responsabilizados independente de culpa por danos causados oriundos da execução do contrato de forma a colocar em risco a integridade física e patrimonial do comprador ou de um terceiro (“espectador inocente”), questiona-se se a violação positiva do contrato já não estaria absorvida por aquela previsão legal.

O enquadramento do instituto estrangeiro entre estes vários institutos nacionais, já em si com fronteiras confusas, não é imposto somente pelo “anexo organizacional da mente racional”, mas, como observado, por uma exigência de harmonia e coerência do sistema. Cada um dos institutos nacionais — inadimplemento, mora, vício redibitório, erro, responsabilidade extracontratual, vício do produto, acidente de consumo — apresenta um jogo de normas aplicáveis próprio e distinto dos demais. Quais são as regras aplicáveis à violação de deveres anexos?

5. OS PROBLEMAS A RESOLVER: EFEITOS DA DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

De maneira geral, como observado, nosso ordenamento não traz uma dicotomia tão rigorosa e clara entre a responsabilidade contratual e a extracontratual como outros ordena-

mentos. No âmbito do Código Civil, supostamente se encontraria uma separação, com os artigos 389 a 420 tratando de responsabilidade contratual, enquanto os artigos 186 a 188 e 927 a 954 tratariam de responsabilidade extracontratual. No entanto, a divisão tem exceções, pois o artigo 398, referente à mora nas obrigações decorrentes de ato ilícito, trata claramente da responsabilidade extracontratual, enquanto os artigos 939 a 941, que referem-se à responsabilidade por cobrança indevida, tem nítido enfoque contratual. E, destaques ainda, os artigos 403 (nexo de causalidade), 944 e 946 (extensão da indenização) se aplicam às duas formas de responsabilidade. Da mesma forma, não há no ordenamento brasileiro, como se noticia no direito comparado distinção no tocante às regras para a quantificação da indenização ou para as hipóteses de responsabilidade indireta.⁴⁴

No entanto, há efeitos que em nosso ordenamento são diferenciados conforme seja a responsabilidade contratual ou extracontratual. As opções da vítima em cada um dos casos, por exemplo, são distintas. A vítima na responsabilidade extracontratual tem direito à indenização plena, sem qualquer forma de limitação ou predeterminação contratual, mas, por outro lado, o ilícito não interfere, em princípio, nas relações contratuais existentes entre as partes. Já a vítima na responsabilidade contratual, além do direito à indenização — que pode estar limitada por cláusula penal, limitativa ou mesmo excludente do dever de indenizar —, pode ter direito à resolução do contrato, à retificação da prestação, a novo cumprimento ou à redução da contraprestação.⁴⁵

No tocante ao ônus da prova da culpa, em que pese a difusão das hipóteses de responsabilidade objetiva e da distinção entre obrigações de meio e de resultado, além da chamada teoria da carga dinâmica da prova, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual ainda pode ser relevante.⁴⁶ Na relação contratual ocorre uma inversão, pois uma vez que o contratante promete realizar determinada conduta, sua falta faz presumir o inadimplemento, incumbindo ao devedor provar a ausência de culpa da sua parte. Ao contrário, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, o ônus é da vítima, que deve provar que o ofensor não se comportou de forma diligente, ferindo o princípio de *neminem laedere*.

Havendo mais de um causador do dano, a distinção torna-se relevante também no tocante à solidariedade. Tratando-se de relação contratual, a solidariedade é excepcional, dependendo de previsão no acordo⁴⁷, enquanto se a responsabilidade for aquiliana, há regra

42 Sobre as transformações da sistemática contratual nas relações de consumo, v., entre tantos, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

43 CDC, Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I — o modo de seu fornecimento; II — o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III — a época em que foi fornecido. [...] Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

44 Manuel A. Carneiro da Frada. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 49-50.

45 Sobre o tema, v. Marcos Jorge Catalan. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005, *passim*.

46 Para uma análise crítica do tema, v. Pablo Rentería. A tutela da confiança nas obrigações de meios e de resultado. In Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 125-147.

47 CC, art. 265: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

especial impondo a solidariedade entre os ofensores, de maneira a que ambos podem ser interpelados pela reparação da totalidade do dano.⁴⁸

O termo inicial para a contagem dos efeitos do inadimplemento, especialmente no tocante à atualização monetária da dívida e os juros moratórios, também difere conforme o regime de responsabilidade. Com exceção do regime próprio da indenização por dano moral — atualizada a partir da publicação da decisão que lhe arbitrou⁴⁹ — as dívidas contratuais são atualizadas e sofrem a incidência de juros a partir do vencimento⁵⁰ ou, se sem prazo ou ilíquidas, atualizadas a partir do ajuizamento da ação⁵¹ e com juros a partir da citação⁵², enquanto as indenizações de fonte extracontratual sofrem a incidência de juros a partir do evento danoso.⁵³

48 CC, art. 942: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”.

49 Este entendimento jurisprudencial encontra-se consolidado, como se observa p. ex. em STJ, 4ª T., REsp 938.564/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julg. 03/02/2011, publ. DJe 16/02/2011, e no enunciado de súmula 97 do TJRI: “A correção monetária da verba indenizatória de dano moral, sempre arbitrada em moeda corrente, somente deve fluir do julgado que a fixar”. Observe-se a decisão do STJ no sentido de também aplicar o raciocínio aos juros da mora “[...] A indenização por dano moral puro (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) somente passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou. O pedido do autor é considerado, pela jurisprudência do STJ, mera estimativa, que não lhe acarretará ônus de sucumbência, caso o valor da indenização seja bastante inferior ao pedido (Súmula 326). Assim, a ausência de seu pagamento desde a data do ilícito não pode ser considerada como omissão imputável ao devedor, para o efeito de tê-lo em mora, pois, mesmo que o quisesse, não teria como satisfazer obrigação decorrente de dano moral, sem base de cálculo, não traduzida em dinheiro por sentença judicial, arbitramento ou acordo (CC/1916, art. 1064). Os juros moratórios devem, pois, fluir, no caso de indenização por dano moral, assim como a correção monetária, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização, tendo presente o magistrado, no momento da mensuração do valor, também o período, maior ou menor, decorrido desde o fato causador do sofrimento infligido ao autor e as consequências, em seu estado emocional, desta demora” (STJ, 4ª T., REsp 903258/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julg. 21/06/2011, publ. DJe 17/11/2011).

50 CC, art. 397: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor” e L. 6.899, art. 1º, §1º: “Nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a contar do respectivo vencimento”.

51 L. 6.899, art. 1º, §2º: “Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação”.

52 CC, art. 405: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial”.

53 CC, art. 398: “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde

Outra repercussão da distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual se dá na esfera processual, no que diz respeito à competência. No litígio fundado em contrato, a competência pode ser determinada por cláusula de eleição de foro, pelo domicílio do réu ou pelo local da obrigação; já na hipótese de responsabilidade extracontratual, para a facilitação para o credor, a competência é do juízo do domicílio da vítima ou do local do dano.⁵⁴

Enfim, o que para alguns é apontado também como um efeito da distinção é o prazo prescricional. O Código de Defesa do Consumidor prevê o prazo quinquenal para a reparação do fato do produto ou do serviço, enquanto o Código Civil, no seu art. 206, § 3º, V, prevê genericamente o prazo trienal para a pretensão de reparação civil.⁵⁵ No entanto, parte da doutrina entende que este prazo aplica-se apenas à pretensão de indenização para responsabilidade extracontratual. Neste ponto é que encontramos o julgado que merece exame cuidadoso.

6. O EXEMPLO DA “NEGATIVAÇÃO INDEVIDA” NO JULGAMENTO DO REsp 1276311

No caso, Everton de Sá Verilindo mantinha conta no Banco do Estado do Rio Grande do

que o praticou” e o enunciado de súmula n. 54 do STJ: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

54 CPC, art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu. [...] Art. 100. É competente o foro: [...] IV — do lugar: [...] d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento; V — do lugar do ato ou fato; a) para a ação de reparação do dano; [...] Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato. [...] Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

Vale destacar que o STJ já se pronunciou a respeito da competência para hipótese de “cumprimento imperfeito de contrato”: “Competência. Contrato. Ação de reparação de danos. Construção de imóvel. A ação de reparação de danos decorrentes de cumprimento imperfeito de contrato de construção do prédio pode ser ajuizada no foro do lugar onde esta situada o imóvel, pois ali foi avençado o adimplemento da obrigação (art. 100, IV, d, do CPC). Falta de prequestionamento. Dissídio não demonstrado. Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 102020/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 25/11/1996, publ. DJ 03/02/1997, p. 735).

55 CDC, art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. CC, art. 206. Prescreve: [...] §3º Em três anos: [...] V — a pretensão de reparação civil.

Sul quando, em 17 de novembro de 2003, teve seu nome inscrito no Serviço de Proteção ao Crédito pelo alegado inadimplemento de R\$ 2.326,79. No entanto, a referida dívida já tinha sido renegociada com o Banco para ser paga de forma parcelada. Por conta disso, em 11 de dezembro de 2006 ajuizou ação para obter a retirada do seu nome do referido cadastro e indenização por danos morais.

Em primeira instância foi afastada a alegação de prescrição, mas foram julgados improcedentes os pedidos. A decisão foi reformada pelo TJRS, que reiterou a inocorrência da prescrição, por entender aplicável o prazo trienal previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil, contado da data do conhecimento da anotação (30 de novembro de 2006), mas deu provimento ao recurso de apelação, julgando procedentes os pedidos para fixar a indenização em três mil e quinhentos reais.⁵⁶

O recurso especial foi interposto com fundamento na violação ao referido dispositivo do Código Civil, entendendo-se que o prazo deveria ser contado da data da inscrição. Neste ponto litigioso, o Juizado do Superior Tribunal de Justiça limitou-se a manter o entendimento das instâncias inferiores, afirmando que o prazo prescricional conta-se da data do conhecimento da lesão, com base no princípio da *actio nata*.

O mais interessante no teor do acórdão, contudo, encontra-se no cuidadoso esforço por um enquadramento mais preciso da hipótese tão corriqueira nos nossos tribunais, que resultou em um voto extremamente rico e que concluiu que o prazo prescricional aplicável à hipótese é o prazo decenal do art. 205 do Código Civil.

O voto do relator inicia-se destacando tratar-se de uma relação de consumo, mas com o entendimento de que não se configurava hipótese de reparação do dano causado por fato do produto ou do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, mas sim de “um vício de adequação do serviço realizado pelo banco”. Assim, não se enquadraria na hipótese do art. 14 do CDC, restando inaplicável o prazo prescricional de cinco anos previsto no seu art. 27.

Afirmou tratar-se de relação contratual, entendida a relação obrigacional de forma dinâmica e complexa, integrada pelos deveres anexos, em virtude da incidência do princípio da boa-fé. Mas a partir disso asseverou que a violação dos deveres anexos deve ser considerada hipótese de responsabilidade contratual e que, *in casu*, a ilicitude do ato decorreu justamente

de não ter observado a novação firmada entre os contratantes, aduzindo precedentes da terceira e quarta turmas referentes a contagem de juros.⁵⁷

A partir disso, o relator afirma que o prazo prescricional previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil se destina somente às hipóteses de responsabilidade civil aquiliana, e invoca precedentes da Corte no sentido de que o dispositivo não se aplica quando “a pretensão deriva do não cumprimento de obrigação e deveres constantes de contrato”.⁵⁸ Diante disso, concluiu pelo entendimento de que, face à ausência de prazo específico para a responsabilidade contratual, deve ser aplicado ao caso o prazo decenal previsto no artigo 205 do Código Civil. O Juizado foi resumido pela seguinte ementa:

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DíVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.

2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato — tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes —, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.

4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

57 Os precedentes citados pela decisão foram STJ, 4ª T., REsp 828.148/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, julg. 02/09/2008, publ. Dle 04/11/2010; STJ, 3ª T., AgrRg no Ag 714.587/RJ, Rel. Min. Sidnei Benei, julgado em 11/03/2008, Dle 01/04/2008; STJ, 4ª T., REsp 782.966/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julg. 18/10/2005, publ. DJ 14/11/2005, p. 344; STJ, 3ª T., AgrRg no Ag 476.632/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 06/03/2003, publ. DJ 31/03/2003, p. 224.

58 O precedente citado é STJ, 4ª T., REsp 1121243/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 25/08/2009, publ. Dle 05/10/2009.

56 TJRS, 15ª Câmara Cível, Ap. Cível n. 70021664388, Rel. Angelo Maraninchi Giannakos, julg. 19/03/2008: “Apelação cível. Responsabilidade civil. 1. Dano moral decorrente da inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito. Prejuízo presumido. 2. Prescrição afastada. Incidência do disposto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. Marco inicial. Data do conhecimento da anotação. 3. Valor da indenização que deve atender à necessidade punitiva, bem como observar os elementos probatórios carreados nos autos. Por unanimidade, deram provimento à apelação”

5. Recurso especial não provido”.⁵⁹

7. OBSERVAÇÕES CRÍTICAS

O julgamento do REsp 127631/1 não é o primeiro precedente jurisprudencial aplicando a violação positiva do contrato. Na verdade, observa-se que a referência a este instituto vem se tornando cada vez mais frequente.⁶⁰ Os exemplos envolvem por vezes casos peculiares, como a alteração de metade dos professores de curso após divulgação publicitária,⁶¹ a ausência de informação sobre a necessidade de nacionalizar chassi de carro adquirido,⁶² a queda de cabelo após aplicação de produto em cabeleireiro,⁶³ o acidente com o cão durante banho e tosa em *pet shop*.⁶⁴

Envolve também exemplos corriqueiros e recorrentes, como irregularidade de serviço de acesso a internet, cobrança indevida de parcelas não contratadas, falta de envio de fatura de cobrança, queda pelo piso escorregadio em estabelecimento comercial, cancelamento abrupto de limite de crédito, obra realizada fora das especificações e, a hipótese em questão, a inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito.

No entanto, foi o primeiro precedente do STJ a expressamente abordar as repercussões práticas tormentosas decorrentes da aplicação deste instituto. No seu pioneirismo, a decisão, como destacado, é exemplar na fundamentação, cuidadosamente respaldando as escolhas interpretativas que foram realizadas, de maneira a satisfazer substancialmente a imposição do art. 93, IX, da Constituição Federal.⁶⁵ A fundamentação argumentativa, exigência de

legitimidade da decisão, é que permite o debate democrático sobre seu teor e a discussão a respeito da qualificação adotada.

Nas premissas da decisão é que se encontram os pontos mais controversos, cujo debate merece ser ampliado. Dois deles saltam aos olhos: a impossibilidade de enquadrar as hipóteses de violação positiva do contrato como acidente de consumo e a distinção entre o prazo prescricional da responsabilidade contratual e o da responsabilidade extracontratual. Se já é complicado recusar à ampla categoria do fato do serviço ou do produto a possibilidade de abarcar a violação de deveres anexos — considerando especialmente que sua função é exatamente proteger o consumidor para além do sinalagma contratual — é ainda mais problemático incorporar a premissa de o prazo prescricional trienal, previsto no art. 206, §3º, V, do Código Civil se destina somente às hipóteses de responsabilidade civil aquiliana.⁶⁶

Há, contudo, uma terceira premissa, mais profunda, mais importante e mais sub-reptícia que vem permeando todo o debate a respeito do assunto: o dogma da subsunção. A discussão em torno das repercussões práticas da internalização da violação positiva do contrato em nosso ordenamento vem sendo guiada por um mecanismo fechado, estanque e rígido: se os deveres são contratuais, a responsabilidade é contratual e normas sobre direitos da vítima, ônus da prova da culpa, solidariedade, contagem de juros e atualização monetária, competência e prescrição serão aquelas previstas para o regime contratual; se são deveres extracontratuais, a responsabilidade é aquiliana e somente as normas previstas para este regime serão aplicáveis.

A simplicidade do silogismo é ilusória. Reconhecido que o intérprete tem a liberdade — e o dever — de cotejar as potencialidades linguísticas do texto do enunciado normativo com os demais enunciados, em especial com os princípios fundamentais do sistema, e confrontar circularmente estes enunciados com as peculiaridades juridicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mascara as escolhas como se fossem necessárias e neutras.⁶⁷

todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁶⁶ Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino. Editorial – Prescrição aplicável à responsabilidade contratual: crítica de uma ilegalidade anunciada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 37. Rio de Janeiro: Jan./mar. 2009, p. iii-v, e Gisela Sampaio da Cruz e Carla Wainer Chaltró Lgow. Prescrição extintiva: questões controversas. *In* Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (orgs.), *Diálogos sobre direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 563-587.

⁶⁷ Destaca Karl Larenz: “Na interpretação das normas jurídicas, só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca, à semelhança de um metro articulado, sobre a situação de facto a julgar e esta é por ele mensurada. Isto pressuporia, em primeiro lugar, que a norma aplicável

59 STJ, 4ª T., REsp 127631/1/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 20/09/2011, publ. Dle 17/10/2011.
60 No STJ, embora não haja julgado utilizando na ementa a expressão “violação positiva dos contratos”, a referência à violação de deveres anexos aparece em um julgado de 2004, dois de 2010 e dois de 2011. A título exemplificativo, enquanto uma pesquisa do termo em 2002 no sítio do TJRJ não revelava nenhum resultado, a mesma pesquisa em 2012 revela 50 julgados. Em outros Estados a situação não é diversa: nestes dez anos, no TJSP os resultados saltam de zero para 19 (na ementa, 190 no corpo da decisão); no TRS de zero para 20; no TJMG de zero para 22 (no corpo da decisão, 2 na ementa); e no TJPR de zero para 6.

61 TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cível 0258148-03/2009.8.19.0001, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, julg. 27/09/2011.

62 TJRJ, 4ª C.C., Ap. Cível 0006081-39/2009.8.19.0003, Rel. Des. Marcelo Lima Buharem, julg. 10/06/2011.

63 TJRJ, 17ª C.C., Ap. Cível 0021673-06/2009.8.19.0042, Rel. Des. Edson Vasconcelos, julg. 06/04/2011.

64 TJSP, 29ª C.D.Priv., Ap. Cível 9209363-30/2007.8.26.0000, Rel. Des. Sílvia Rocha, julg. 15/02/2012.

65 CF, art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas

Desta forma, o reconhecimento da “contratualidade” não serve para impor, automaticamente, a aplicação de todas as normas previstas para a responsabilidade contratual, como se fosse o encaستelamento em um núcleo de normas isolado do restante do sistema.⁶⁸ Cada uma destas normas possui uma razão própria dentro do sistema e o juízo de aplicação delas deverá ser analógico — como é todo juízo interpretativo — para verificar se aquela norma específica encontra razão de ser para aplicação naquela violação “positiva” *in concreto*.

O intérprete deve ter em mente, por exemplo, que há um fundamento específico para se diferenciar a contagem dos juros na responsabilidade contratual e na extracontratual e que este fundamento não necessariamente é o mesmo fundamento para a diferenciação no tocante à inversão do ônus da prova, da solidariedade ou das opções da vítima. Deve compreender por que o legislador diferenciou os prazos prescricionais entre contratuais e extracontratuais — ou, na verdade, não diferenciou — para decidir se na hipótese da violação de deveres anexos se encontra presente por quê.

Somente um procedimento interpretativo que seja capaz de ir além das categorias conceituais estruturalmente construídas para examinar as normas sob uma perspectiva funcional, permitindo o diálogo entre as peculiaridades do concreto e a principiológica abstrata, sob uma cuidadosa fundamentação argumentativa, poderá introduzir a violação positiva do contrato em nosso ordenamento sem agressão aos pressupostos de coerência e harmonia.

CARLOS NELSON KONDER

Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Professor adjunto de direito civil da UERJ e da PUC-Rio.

estivesse já em si tão determinada que o seu verdadeiro conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Em segundo lugar, isto pressuporia ainda que a situação fáctica a julgar estivesse já determinada em todos os seus elementos e que fosse também susceptível de se ajustar precisamente ao modelo dado na norma”. (*Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 294).

68 Em outra linha, mas destacando a possibilidade de, na discussão de casos concretos, separar “contratualidade do dever” e “responsabilidade contratual”, Jorge Casa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83.

Lei n.º 12.607, de 4 de abril de 2012 — Altera o § 1º do art. 1.331 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil, no que tange ao critério de fixação da fração ideal e às disposições sobre alienação e locação de abrigos para veículos em condomínios edilícios, 239

Rio de Janeiro — Lei n.º 6.169, de 2 de março de 2012 — Dispõe sobre a implantação dos centros de reabilitação integral para deficientes mentais e autistas no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, 239

São Paulo — Lei n.º 14.737, de 10 de abril de 2012 — Dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de provadores de roupas adaptados à população com deficiência, 241

Mato Grosso do Sul — Lei n.º 9.697, de 14 de março de 2012 — Institui a Política Estadual de Prevenção e Combate às Doenças Associadas aos Distúrbios Alimentares, como bulimia, anorexia e obesidade mórbida, e dá outras providências, 242

Mato Grosso do Sul — Lei n.º 9.724, de 19 de abril de 2012 — Dispõe sobre a inclusão de medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao *bullying* escolar no projeto pedagógico elaborado pelas escolas públicas e privadas em todo o território mato-grossense, e dá outras providências, 243

Chile — Ley núm. 20.575 — Establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, 245