

Estrutura clássica e moderna da obrigação

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Professor de Direito Civil (Contratos).

Juiz de Direito em Porto Alegre.

INTRODUÇÃO

A obrigação pode ser conceituada, em seu aspecto tradicional, como “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.¹

Ou, então, na linguagem de PONTES DE MIRANDA, como a “relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao ‘debitor’ ou a algumas, poder ser exigida pela outra, ‘creditor’, ou outras, a prestação”.²

A estrutura da relação obrigacional abrange, nessa perspectiva, três elementos principais: os sujeitos, o objeto e o vínculo.³

Os sujeitos da relação obrigacional são o credor e o devedor, enquanto o seu objeto é a prestação.

O elemento central da relação obrigacional, porém, é o vínculo, que estabelece a ligação entre os dois sujeitos e a prestação.

Normalmente, o vínculo obrigacional é analisado sob o prisma dos direitos e deveres relacionados com a prestação principal (ou prestações principais).

Porém, a obrigação pode ser analisada de forma mais ampla, abrangendo não apenas a relação de débito e crédito vinculada à prestação principal, mas como uma autêntica relação.

Pode-se visualizá-la como “verdadeiro processo intersubjetivo que, englobando normalmente vários poderes e deveres, se desenrola no tempo, para satisfação do interesse de uma pessoa mediante a cooperação de uma outra”.⁴

Essa concepção permite a visualização de uma verdadeira relação obrigacional, que se mostra como autêntico sistema ou processo.⁵

Vislumbra-se, assim, a relação obrigacional como uma ordem de cooperação entre credor e devedor, dirigida a uma finalidade comum, que é o adimplemento.⁶

Nessa relação, o conteúdo do vínculo obrigacional não abrange apenas os deveres principais relacionados à prestação, mas também os deveres secundários e, especialmente, os deveres anexos. O objeto do presente trabalho é a análise dos reflexos dessa nova concepção da obrigação, em face da incidência do princípio da boa-fé objetiva, sobre os seus elementos estruturais.

Na primeira parte, será examinada a estrutura clássica da obrigação, conforme analisada pela doutrina tradicional.

Na segunda parte, será examinada a estrutura dinâmica da obrigação, enfatizando-se as diferentes formas como o princípio da boa-fé objetiva atua sobre o vínculo obrigacional, limitando o exercício de direitos subjetivos ou criando novos deveres.

I – A ESTRUTURA CLÁSSICA DA OBRIGAÇÃO

O exame da relação obrigacional será desdobrado em duas partes.

Inicialmente, serão analisados os elementos principais da obrigação (direito, dever; pretensão, obrigação; ação; exceção).

Em segundo momento, serão anotadas algumas situações especiais que surgem no contexto da relação obrigacional (direitos formativos, direitos mutilados, a prescrição, o ônus ou deveres para consigo mesmo e a garantia).

A) ELEMENTOS PRINCIPAIS DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Os elementos contidos no vínculo obrigacional, em sua estrutura clássica, são os seguintes: direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e respectivas sujeições passivas, e exceções e respectivas sujeições passivas.

Formam-se, em cada um dos pólos da relação obrigacional, três posições em sentido vertical.

No pólo ativo: direito subjetivo, pretensão e ação.

No pólo passivo: dever, obrigação e sujeição passiva à ação.⁷

Cada um desses elementos será analisado separadamente.

Antes, porém, deve-se situar a relação obrigacional dentro dos planos do mundo jurídico.

1. Planos do mundo Jurídico

A relação jurídica obrigacional nasce dos fatos jurídicos *lato sensu*.

A compreensão dos elementos da relação jurídica obrigacional exige que se precise o plano do mundo jurídico onde ela se desenvolve.

Deve-se a PONTES DE MIRANDA a divisão do mundo ou pensamento jurídico em três planos definidos: *planos da existência, da validade e da eficácia*.

No plano da existência, após a incidência da norma sobre os fatos da vida, surgem, em sentido amplo, os fatos jurídicos.

Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser classificados em consonância com dois critérios básicos: a) quanto à licitude e b) quanto à participação da vontade humana em seu suporte fático.

Classificam-se, conforme a participação da vontade no suporte fático, nas seguintes espécies:

- a) fatos jurídicos *stricto sensu*;
- b) atos-fatos jurídicos; e
- c) atos jurídicos *lato sensu*, que, por sua vez, se subdividem em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

Conforme a licitude, os fatos jurídicos classificam-se em lícitos ou ilícitos.

Antes de penetrarem no plano da eficácia, os jurídicos lícitos *lato sensu*, em função da presença do elemento vontade humana no seu suporte fático, passam pelo plano da validade.

No plano da eficácia, os fatos jurídicos produzem os seus efeitos.

A relação obrigacional surge exatamente no plano da eficácia, como efeito dos fatos jurídicos *lato sensu* lícitos e ilícitos.

Surgem, assim, os direitos e deveres conferidos aos figurantes da relação jurídica obrigacional, as pretensões e obrigações, as ações, bem como as exceções, que são os elementos principais da relação jurídica obrigacional.

2. Direitos e deveres

As regras inseridas no ordenamento jurídico são manifestações do chamado direito objetivo, pois estabelecem, num plano geral e abstrato, direitos e deveres.

Quando essa regra incide sobre um determinado fato, juridicizando-o, os direitos e deveres nela previstos concretizam-se.

O fato torna-se jurídico e surgem, assim, os direitos subjetivos.

KARL LARENZ considera o direito subjetivo como uma categoria fundamental do direito, que expressa que algo (um “bem” determinado) corresponde ou pertence a determinada pessoa.⁸

PONTES DE MIRANDA conceitua direito subjetivo como a vantagem advinda a alguém com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático.⁹

O direito subjetivo de crédito estabelece-se frente a uma pessoa determinada visando uma prestação que esta deverá realizar em favor do titular.¹⁰

No lado passivo da relação jurídica, surgem os deveres, que são os elementos correlativos de todo o direito. É o princípio da correlatividade dos direitos e deveres.

Embora correlativos, os direitos, normalmente, são anteriores aos deveres, como ocorre na relação de crédito.

Em alguns casos, porém, os deveres podem aparecer como um *prius* em relação aos direitos, como ocorre, por exemplo, com os deveres derivados do pátrio poder.¹¹

Igualmente, os deveres nascidos da incidência do princípio da boa fé objetiva sobre determinada relação obrigacional concreta surgem antes dos respectivos direitos.¹²

Os direitos e deveres surgem, assim, na relação que envolve duas pessoas. O figurante que está no lado ativo da relação jurídica é o titular do direito (credor), enquanto que o figurante que está no lado passivo é o devedor em sentido amplo.

Desse modo, não é possível falar-se em direitos ou deveres para consigo mesmo. Quando se fala, por exemplo, em culpa da vítima, não se está tratando do plano dos direitos e deveres (eficácia), mas do plano dos fatos, onde se compôs o suporte fático.¹³

O direito subjetivo não é a faculdade conferida ao seu titular, mas o direito subjetivo contém essa faculdade, ainda que ela seja única.

Os direitos contêm poderes, que os encham ou integram.

Algumas vezes a lei faz a ablação ou mutilação dos poderes inerentes a determinado direito, como, por exemplo, as limitações ou restrições ao direito de propriedade ou as limitações à cessão do direito de crédito.

Outras vezes é atribuído à pessoa a influência na esfera jurídica de outrem, adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções. São os direitos formativos.

Enfim, o direito subjetivo de crédito é o poder conferido ao credor de exigir o cumprimento de determinada prestação.

Seu elemento correlativo é o dever imposto ao devedor de cumprir a prestação.

No vencimento da obrigação, o direito torna-se exigível, surgindo a pretensão.

3. Pretensões e obrigações

A pretensão é o poder conferido ao titular de um direito de exigir o seu cumprimento.

É a exigibilidade do direito subjetivo.¹⁴

A posição passiva correlativa da pretensão é a obrigação.

Uma precisão conceitual impõe-se desde logo.

A obrigação, que é correlativa da pretensão, não se confunde com a obrigação, que é sinônimo de relação jurídica obrigacional.

Nesse último sentido, conceitua-se obrigação em sentido amplo, abrangendo toda a relação jurídica obrigacional.

No primeiro sentido, o conceito de obrigação apresenta um significado restrito, como correlato da pretensão.

A pretensão é, portanto, a exigibilidade conferida ao direito.

É a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.

O conceito de pretensão, que foi adotado pelo Código Civil alemão, foi concebido por WINDSCHEID com o objetivo de adequar a moderna noção de direito subjetivo com a *actio* do direito romano.

No direito romano, o reconhecimento da *actio* era anterior ao reconhecimento do direito subjetivo, condicionando a própria existência deste. Ou seja, a ordem jurídica era antes uma ordem de pretensões exigíveis judicialmente (*actio*) do que uma ordem de direitos subjetivos.¹⁵

WINDSCHEID realizou a adaptação desses conceitos em conformidade com os critérios científicos da pandectística, invertendo-os e criando o conceito de pretensão.¹⁶

Normalmente, o direito subjetivo contém imanente a si a sua exigibilidade.

São as obrigações perfeitas, que são dotadas de direito, pretensão e ação.

Eventualmente, porém, os direitos podem aparecer mutilados, desprovidos de pretensão (ou de ação).

É o que ocorre, por exemplo, com as chamadas obrigações naturais.

As dívidas de jogo não podem ser exigidas. Porém, se houver pagamento, não há restituição (art. 1477 do Código Civil).

Evidencia-se, desse modo, a existência de Direito subjetivo, embora inexigível por ser desprovido de pretensão.

Porém, o cumprimento espontâneo por parte do devedor extingue regularmente a relação obrigacional, não constituindo pagamento indevido.

O conteúdo das pretensões varia conforme a natureza do direito de que emanam: direitos absolutos, direitos reais ou direitos de crédito.

Enquanto nos direitos absolutos e nos direitos reais, a pretensão é *erga omnes*, nos direitos relativos, a pretensão é dirigida contra pessoa determinada.

Na perspectiva da pessoa contra quem se dirige a pretensão (devedor), pode-se falar em obrigação.

Assim como o dever é o elemento correlativo do direito subjetivo, a obrigação é o elemento correspondente da pretensão.

A obrigação é o lado passivo da pretensão.

Do mesmo modo que o titular do direito pode exigir a prestação, o sujeito passivo deve cumpri-la.

A pretensão apresenta, assim, um algo mais (*plus*) em comparação com o direito subjetivo: a exigibilidade. Ou seja, confere-se ao credor o poder de exigir o cumprimento da prestação.

Por exemplo, no caso de uma dívida, antes do vencimento, o credor detém apenas o direito de crédito, não tendo ainda pretensão.

A pretensão surge com o vencimento da dívida, quando o crédito se torna exigível.

Nos atos ilícitos, a pretensão ao ressarcimento nasce conjuntamente com o próprio direito, pois o devedor é considerado em mora desde sua ocorrência.¹⁷

Se o crédito resultante de obrigação contratual ou extracontratual não é atendido pelo devedor, inflama-se a pretensão e surge a ação.

4. Ação

Todo direito e toda a pretensão correspondem, em regra, a uma ação que os assegura (art. 75 do Código Civil).

A ação surge quando a pretensão exercida pelo titular não é satisfeita voluntariamente pelo devedor.

O titular do direito subjetivo exige o seu cumprimento (pretensão), que é recusado pelo devedor.

Torna-se necessário, então, o exercício coativo do direito subjetivo ou da pretensão.

A ação é, assim, a impositividade da pretensão.

A ação aparece como a faceta mais dinâmica do direito subjetivo.

A concretização da pretensão faz-se, normalmente, via judicial.

Por isso, confunde-se, freqüentemente, ação de direito material com a ação de direito processual.

Trata-se, porém, de conceitos diversos.

A ação de direito processual é o exercício do direito subjetivo público de invocação da tutela jurisdicional. É o exercício da garantia constitucional de acesso à justiça, que existe mesmo quando a parte não conta com o alegado direito material.¹⁸

A ação de direito material é a impositividade do direito ou da pretensão. O não-cumprimento da pretensão pelo devedor, inflama-a e enseja o seu exercício coativo através da ação.

A ação pode ser exercida de outras formas, além da via judicial. Por exemplo, a defesa possessória direta pelo titular do direito subjetivo violado pelo esbulho ou turbação da posse, prevista pelo art. 502 do Código Civil, é exercício coativo direto de pretensão.

Podem ocorrer ações em direito subjetivos desprovidos de pretensões, como ocorre, por exemplo, com os direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos.¹⁹

O pólo passivo da ação não é a exceção, mas a sujeição passiva à própria ação.

5. Exceção

A exceção atua sobre a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou da própria exceção que ela “exce tua”.

A exceção atua para encobrir a eficácia de um ou mais elementos da relação jurídica obrigacional.

Não se confunde com as causas de extinção do vínculo obrigacional, como as invalidades (nulidades e anulabilidades), a rescisão, a resolução.

Não se confunde também com a ineficácia absoluta ou relativa.

As causas de ineficácia excluem logicamente a eficácia, negando-a.

A exceção apenas encobre a eficácia.

A exceção pode atingir diretamente o direito, mesmo antes do surgimento da pretensão.

Por exemplo, a exceção de inadimplemento contratual (“*exceptio non adimpleti contractus*”) pode ser exercida mesmo antes do vencimento da dívida, ou seja, antes do surgimento de qualquer pretensão (artigo 1092 do Código Civil).

Outro exemplo bastante interessante é a exceção de prescrição, que merecerá uma análise especial.

B) SITUAÇÕES ESPECIAIS DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Nesta parte, serão examinadas algumas situações especiais surgidas no desenvolvimento do vínculo obrigacional, que não devem ser confundidas com os elementos principais acima analisados.

É o que ocorre, por exemplo, com os direitos formativos, os direitos mutilados, o ônus e a prescrição, que serão, a seguir, analisados separadamente.

1. Direitos formativos

Como espécies dos direitos potestativos, os direitos formativos são aqueles que, exercitados por ato unilateral de vontade do seu titular, interferem na esfera jurídica de outra pessoa (adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções).²⁰

Os direitos formativos surgem no curso da relação e atribuem uma faculdade ao seu titular de, por sua vontade unilateral, alterar um estado ou situação jurídica determinada.²¹

O exercício do direito formativo dá-se pela prática de um ato jurídico *lato sensu* (atos jurídicos *stricto sensu* ou negócios jurídicos), que faz “o enchimento do direito”.²²

A estrutura dos direitos formativos é diferente, pois podem aparecer desprovidos de pretensão, realizando-se diretamente através da ação.

Classificam-se, basicamente, em três modalidades:

- a) direitos formativos geradores ou constitutivos;
- b) direitos formativos modificativos; e
- c) direitos formativos extintivos.

Cada modalidade será analisada separadamente.

a) Os *direitos formativos geradores* são aqueles que ensejam a criação ou a aquisição de direitos.

Por exemplo, o direito conferido ao destinatário da oferta (oblato) de, através da aceitação, que é negócio jurídico unilateral, compor o contrato (negócio jurídico bilateral) (23 e 24).

b) Os *direitos formativos modificativos* são aqueles que conferem ao seu titular o poder de modificar uma relação jurídica.

Por exemplo, o direito de escolha nas obrigações alternativas; o direito de constituir o devedor em mora através da interpelação, notificação ou protesto.

c) Os *direitos formativos extintivos* são aqueles que conferem ao seu titular o poder de extinguir total ou parcialmente uma relação jurídica.

Por exemplo, no direito de família, o direito de requerer o divórcio. No direito das obrigações, o direito de resolução.

Os direitos formativos extintivos não se confundem com as exceções.²⁵

Nas exceções, há encobrimento da eficácia de pretensão ou ação que surge de desdobramento de determinado direito subjetivo, que não se extingue.

No direito formativo extintivo, há extinção do próprio vínculo por força da nova situação surgida no curso da relação obrigacional.

2. Direitos mutilados²⁶

Os direitos mutilados são aqueles direitos subjetivos que não têm ou que perderam a pretensão ou ação.

São também chamados de obrigações imperfeitas ou obrigações naturais, que são desprovidas de pretensão ou ação.

PONTES DE MIRANDA critica essa denominação, em face da inversão que enseja. Não é a obrigação que não é exigível ou acionável, mas o direito subjetivo que não possui pretensão ou ação.

Exemplo de direito desprovido de pretensão tem-se na obrigação derivada de jogo ou aposta (art. 1477 do CCB). O direito do credor está mutilado de pretensão ou ação. Porém, se houver pagamento voluntário por parte do devedor, extingue-se a obrigação validamente (art. 970 do CCB).

Exemplo de pretensão desprovida de ação tem-se nas dívidas do marido para com a mulher e vice-versa na constância do matrimônio.

O direito pode nascer mutilado, ou perder um dos seus atributos posteriormente.

Exemplo interessante dessa segunda situação está na prescrição. Mutila-se o direito pela inércia do seu titular em exercer sua pretensão, que se encobre através de exceção interposta pelo devedor.

Finalmente, as dívidas inacionáveis podem ser objeto de compensação.²⁷

3 Prescrição

A prescrição é a exceção que o devedor tem contra o credor que não exerceu, durante determinado tempo fixado na lei, a sua pretensão ou ação.

O fundamento da prescrição é a paz social e, em especial, a proteção jurídica daquele que, não sendo devedor, pode não ter mais elementos para comprovar a inexistência do débito ou o adimplemento da dívida.²⁸

A prescrição atinge a pretensão e a ação, cobrindo sua eficácia.

Não atinge o direito subjetivo, que permanece íntegro.

Por isso, quando se fala em dívida prescrita, quer-se dizer dívida com a pretensão prescrita.

Como o direito subjetivo de crédito subsiste, a satisfação de dívida prescrita, embora não seja considerada doação, não enseja a repetição do indébito (art. 970 do Código Civil).

As dívidas prescritas são dotadas de pretensão e ação, que somente serão encobertas após o exercício da exceção.²⁹

A obrigação apresenta, assim, todos os seus elementos, que somente serão encobertos pelo exercício da exceção de prescrição.

Por outro lado, a prescrição distingue-se da decadência. Embora os dois institutos sejam espécies de caducidades,³⁰ representando a atuação do tempo sobre o vínculo obrigacional pela inércia do titular do direito, apresentam diferenças singulares.³¹

Enquanto a prescrição encobre a pretensão ou a ação, preservando o direito, a decadência extingue o próprio direito.³²

A decadência atinge os direitos que, devendo ser exercitados através de ação, não são exercidos pelo seu titular. Extinto o próprio direito, são atingidos também a pretensão e a ação.³³

Dessa diferença decorrem três conseqüências práticas em relação ao pagamento, à interrupção do prazo e à forma de reconhecimento pelo Juiz.³⁴

O pagamento de dívida prescrita não enseja a repetição do indébito, pois o direito permanece íntegro (art. 970 do Código Civil), enquanto que o adimplemento de débito atingido pela decadência enseja a sua repetição, pois o próprio direito foi atingido.

O prazo de prescrição pode ser interrompido, permitindo o prolongamento do exercício da pretensão. Na decadência, o direito deve ser exercido dentro do prazo, sob pena de sua perda.

Finalmente, o Juiz, que não pode reconhecer de ofício a prescrição, tem o dever de declarar a decadência.

Os termos iniciais dos prazos de prescrição e de decadência são diversos.

Na decadência, o prazo flui desde o nascimento do direito; na prescrição, o prazo somente começa a fluir com o surgimento da pretensão.

Por exemplo, o prazo para propositura da ação redibitória é de decadência. O vício oculto da coisa vendida, que a torna imprópria para o uso ou

lhe diminui o valor, permite o desfazimento da venda ou o abatimento do preço (ação *quantum minoris*). O prazo para a propositura da ação, através do qual se exercita o próprio direito à garantia, é decadencial, fluindo a partir da tradição da coisa. Enseja, assim, a perda da própria garantia e, conseqüentemente, o próprio direito aos desfazimento do contrato ou o abatimento do preço.³⁵

Já, por exemplo, o prazo para propositura de ação de cobrança ou de ação indenizatória é de prescrição, fluindo a partir do surgimento da pretensão. A inércia do titular em exigir o seu direito não enseja a sua perda, extinguindo-se apenas as correspondentes pretensão e ação.

4. Ônus e deveres para consigo mesmo

Muitas vezes um determinado dever é atribuído ao próprio titular de um direito subjetivo, tendo sido identificado por alguns autores a figura dos deveres para consigo mesmo.³⁶

Na realidade, tem-se outra figura jurídica, que é o ônus.

Por exemplo, a norma que estabelece para o locatário de um imóvel o ônus de registrar o contrato para obtenção de eficácia real (artigo 33 da Lei nº 8.245/91).

Na realidade, não existe um dever do locatário de fazer o registro. Porém, se ele não o fizer, o contrato de locação não adquirirá oponibilidade perante terceiros no caso de alienação do imóvel locado

Desse modo, ônus não é um dever atribuído ao próprio titular do direito subjetivo, mas um encargo que lhe é imposto de observar um determinado comportamento para obter ou conservar certa vantagem em proveito próprio.³⁷

O conceito de ônus desenvolveu-se no direito processual (ex.: ônus de contestar, ônus da prova) e foi transposto para o direito das obrigações.

Não se trata, portanto, de dever para consigo mesmo, mas de um encargo imposto ao titular do direito subjetivo.

5. Garantia

A natureza jurídica da obrigação tem-se constituído em um dos pontos de maior polêmica entre os civilistas.³⁸

Discute-se a extensão da relação obrigacional. De um lado, afirma-se que a obrigação abrange apenas o poder do credor em relação à prestação em si (o débito). De outro lado, estende-se esse poder do credor sobre os bens ou patrimônio do devedor, assegurando o cumprimento coercitivo da obrigação (a responsabilidade).

Formaram-se três correntes para solução do problema:

a) A primeira corrente sustenta que a essência da obrigação está no poder do credor sobre a conduta (ação ou omissão) do devedor.

Liderada por SAVIGNY, essa corrente não explica um momento essencial da relação obrigacional, que é a sanção. Ou seja, a possibilidade de ser exigido compulsoriamente o adimplemento da obrigação, patrimônio do devedor.

b) A segunda corrente sustenta que a essência da obrigação está no poder conferido ao credor de interferência nos bens e no patrimônio do devedor para obtenção do seu cumprimento compulsório.

Presente na doutrina francesa e italiana (BONNECASE e FILIP), essa corrente reduz a obrigação ao seu momento executivo, desprezando o elemento central e essencial da obrigação que é o dever de prestar.

c) A terceira corrente procurou conciliar a duas teorias anteriores.

É a teoria da “*Schuld und Haftung*” (débito e responsabilidade), que foi desenvolvida pela doutrina alemã (BRINZ, BEKKER e AMIRA).

A obrigação desdobra-se em duas relações distintas: débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*).

A relação de débito abrange o dever jurídico de prestar do devedor e o poder jurídico de exigir essa prestação do credor.

A relação de responsabilidade é a sujeição dos bens e do patrimônio do devedor à satisfação compulsória do crédito, quando não tenha sido voluntariamente cumprido.

Essa corrente, além de conseguir conciliar as duas teorias anteriores, identificou duas relações distintas e autônomas dentro da mesma obrigação, superando a idéia de que seriam fases de uma mesma relação.

Demonstra que se trata de duas relações distintas em face da possibilidade de existência autônoma de cada uma delas.

Por exemplo, nas obrigações naturais, existe débito, mas não existe responsabilidade.

Já na fiança e nas demais garantias (penhor e hipoteca concedidos por terceiros), existe responsabilidade sem dívida.

Na solidariedade passiva, cada devedor tem o dever de cumprir apenas parte do débito, mas é responsável pela sua totalidade.

Na responsabilidade limitada (ex.: sociedade por quotas, sociedades por ações), o poder de agressão do credor sobre o patrimônio do devedor é limitado a parte do seu patrimônio, embora o débito possa ter seu adimplemento limitado.

Essa teoria também recebeu críticas. A autonomia entre as relações de débito e responsabilidade fornece uma imagem deficiente e artificial da obrigação. Em termos didáticos, efetivamente facilita a visualização dos dois elementos. Porém, em termos concretos, os dois elementos apresentam-se, na realidade, como momentos diversos de desdobramento do vínculo obrigacional.

Na imagem de KARL LARENZ, a responsabilidade segue a dívida, como a sombra ao corpo.³⁹

A teoria da “*Schuld und Haftung*” representou notável evolução na análise da relação obrigacional, porque foi especialmente a partir dela que se desenvolveram os estudos sobre a estrutura da relação obrigacional, desvendando-se toda a sua complexidade.

Passaram a ser observados novos elementos vínculo obrigacional, como os direitos (potestativos), o ônus, as exceções.

Superou-se, especialmente, a idéia de que obrigação abrangeria apenas um direito isolado do credor a uma prestação. Observou-se a existência de numerosos outros deveres acessórios de conduta, que, conferindo à relação obrigacional maior complexidade, permitiram visualizá-la dinamicamente como um sistema, uma estrutura, um organismo, um verdadeiro processo.

II – A ESTRUTURA DINÂMICA DA OBRIGAÇÃO

Nesta parte, a relação obrigacional será analisada no seu aspecto dinâmico.

Inicialmente, será procedida a análise da atuação do princípio da boa fé objetiva sobre a estrutura dinâmica do vínculo obrigacional.

Em segundo momento, abordar-se-á a inserção dos deveres secundários e anexos dentro dessa estrutura.

A) EFEITOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA SOBRE A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

1. Os princípios fundamentais do direito obrigacional

KARL LARENZ, ao transpor o conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado, deduz três princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.⁴⁰

Na verdade, esses princípios, no plano jurídico, refletem a preocupação maior de orientar toda a vida social pelos três valores fundamentais, que formaram o emblema da Revolução Francesa e que mudaram a história da humanidade: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*.⁴¹

O valor liberdade reflete-se no princípio da autonomia privada. É a possibilidade assegurada às pessoas pelo ordenamento jurídico de regular suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos. Valoriza-se a personalidade do homem e seu desenvolvimento dentro do meio social com responsabilidade. Porém, o ordenamento jurídico coloca limites ao exercício dessa liberdade através dos princípios da boa-fé e da justiça contratual compensatória.⁴²

O princípio da boa-fé nasce do valor fraternidade. Traça o limite ético-social do homem dentro da sociedade, buscando tutelar a confiança recíproca que deve existir, concretamente, entre todas as pessoas na sua vida de relação.⁴³

E o princípio da justiça contratual nasce da conjunção dos valores justiça e igualdade. Representa o equilíbrio que deve existir nas relações sociais. De um lado, afirma-se a necessidade de que situações iguais recebam o mesmo tratamento (justiça distributiva). De outro lado, no plano das relações inter-individuais, busca-se uma equivalência entre as prestações ajustadas em um contrato, bem como a justa retribuição das cargas e riscos do negócio (justiça comutativa ou justiça contratual compensatória). Evidentemente não se busca igualdade absoluta, pois cada parte defende os seus interesses da melhor maneira possível.⁴⁴

Esses três princípios interagem a todo momento na vida social.⁴⁵

No direito das obrigações, a relação obrigacional nasce normalmente fruto da autonomia privada das partes, que regula os deveres relacionados com as prestações principais dos negócios que realizam.

Por exemplo, as partes contratantes, quando celebram um negócio jurídico de compra e venda, pensam e discutem fundamentalmente as prestações relacionadas à coisa e ao preço, que são os deveres indicados nas cláusulas contratuais e que nominam o próprio contrato.

Porém, os princípios da boa-fé e da justiça contratual também estão presentes nesse mesmo contrato, impondo deveres de lealdade e equilíbrio na relação estabelecida entre as partes contratantes.

A estrutura dogmática da relação obrigacional, conforme visualizado na primeira parte do trabalho, refere-se, normalmente, aos direitos e deveres nascidos da autonomia privada dos sujeitos da relação jurídica.

Essa relação sofre, porém, a incidência também dos princípios da boa-fé e da justiça contratual, que temperam o conteúdo do vínculo obrigacional e limitam a autonomia privada.

Os efeitos dessa incidência, especialmente do princípio da boa-fé, é que nos interessa nesta parte do trabalho.

2. O princípio da boa-fé objetiva⁴⁶

O princípio da boa-fé objetiva, como modelo de conduta social ou padrão ético que deve ter o homem reto (honestidade, lealdade e probidade) e que se verifica concretamente na vida de relação, apresenta três funções fundamentais:⁴⁷

- a) função interpretativa;
- b) função de controle; e
- c) função integrativa.

Deve-se verificar como o princípio da boa-fé objetiva atua sobre a relação obrigacional em cada uma dessas dimensões.

A atuação de cada um desses comandos resultantes do princípio da boa-fé objetiva sobre o vínculo obrigacional será analisada separadamente.⁴⁸

3. Função interpretativa

O princípio da boa-fé objetiva atua no plano da existência no momento da incidência da norma sobre determinado suporte fático concreto.

Dogmaticamente pode-se vislumbrar a incidência da norma jurídica sobre um suporte fático determinado como um simples processo de subsunção. A prática do direito mostra que, na realidade, esse fenômeno é muito mais complexo.

A aplicação do direito é um processo de concreção de normas, que exige do Juiz um prévio trabalho de interpretação para identificação e, até mesmo, construção da regra aplicável ao caso concreto.⁴⁹

O Juiz, ao realizar a concretização de uma regra sobre determinado fato, reconstrói a norma, de modo que o fenômeno da incidência torna-se verdadeiramente mais complexo do que dogmaticamente parece.

A norma que juridiciza determinado fato, tornando-o jurídico, é aquela identificada pelo Juiz no processo de concreção.

Igualmente, ao interpretar as cláusulas de um contrato, que são normas reguladoras de uma relação determinada, o Juiz igualmente realiza uma operação de concreção para identificar o seu conteúdo normativo.

Nessa operação de interpretação, o princípio da boa-fé objetiva exerce papel fundamental, pois a maneira como é construída a norma incidente sobre determinado fato concreto projeta-se sobre toda a relação jurídica obrigacional nascida desse fato e, conseqüentemente, sobre todos os seus

elementos estruturais (direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações, exceções).

Assim, a função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva, embora não altere estruturalmente a relação obrigacional, pode alterar o conteúdo dos elementos que dela se desenvolvem.

Isso fica bastante claro na interpretação de contratos.

A interpretação das normas constantes de cláusulas contratuais deve valorizar o significado objetivo das expressões e estipulações feitas pelas partes.

O contrato deve ser interpretado objetivamente.

Em caso de dúvida, deve-se seguir o sentido apontado pela boa-fé objetiva.

O artigo 131, alíneas 1, 2 e 4, do Código Comercial brasileiro, dispõe claramente brasileiro, dispõe claramente sobre a utilização do princípio da boa-fé como critério de interpretação dos contratos comerciais.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), encontram-se também dispositivos que consagram expressamente o princípio da boa-fé objetiva para a interpretação de contratos (artigos 47 e 54, § 4º).

O Código Civil, porém, não contém nenhuma regra expressa que acolha o princípio da boa-fé objetiva à semelhança do direito alemão (*BGB*, § 242).

Pelo contrário, quando trata da interpretação dos atos jurídicos, o Código Civil, em seu artigo 85, refere que deve ser valorizada a intenção do agente, parecendo estabelecer regra contrária ao emprego do princípio da boa-fé.

Na realidade, deve-se conciliar esse dispositivo com todo o sistema jurídico, que tem como um de seus pilares fundamentais o princípio da boa-fé objetiva.

A forma de conciliação é considerar-se a regra do art. 85 do Código Civil como uma exceção dentro do sistema, que deve ser aplicada apenas quando o destinatário conheça a vontade, a intenção do declarante.

Porém, quando o destinatário ignorar a intenção do declarante, a interpretação deve seguir o sentido objetivo fornecido pela boa-fé.⁵⁰

Exemplo de aplicação prática do princípio da boa-fé objetiva na interpretação de cláusula contratual têm-se em decisão da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁵¹

O fato julgado versava sobre um contrato de prestação de serviços de capina de área de 23.000 m² celebrado entre uma empreiteira, que realizava obra para o DNOS, e um cidadão. O serviço a ser executado era o seguinte:

a) 1.000 m² de uma tarefa mais complexa, que envolvia aterro, adubagem e plantação; e b) 22.000 m² de uma tarefa mais simples que envolvia apenas capina. O contrato, formado a partir de proposta formalizada pelo capinador e aceita pela empreiteira, previa uma cláusula genérica sobre o preço que foi fixado em sessenta cruzeiros (Cr\$ 60,00) o metro quadrado (m²). Essa cláusula sobre o preço do serviço passou a ensejar dúvida. Embora a empreiteira fosse receber apenas Cr\$ 0,15 por m² do DNOS pelo serviço de capina, deveria pagar Cr\$ 60,00 por m² ao capinador. A controvérsia, em torno da interpretação dessa cláusula, culminou em ação judicial.

A conclusão do acórdão, baseada em prova pericial, orientou-se no sentido de que “as cláusulas do contrato devem ser interpretadas segundo as normas do tráfico, de acordo com o que é usual e compatível com a época, com as circunstâncias e com a natureza do contrato. Há que se atentar para o bom senso e, principalmente, para o princípio da boa-fé, segundo o qual o contrato deve ser cumprido e executado de acordo com as justas expectativas das partes contratantes”.

Assim, considerando que a fixação do preço de Cr\$ 60,00 por m² para toda a área conduziria a um rompimento do equilíbrio contratual, concluiu que a empreiteira deveria pagar somente pelo serviço efetivamente realizada em cada área.

Esse caso mostra como o princípio da boa-fé objetiva serve como importante instrumento na interpretação das normas jurídicas, permitindo sua reconstrução pelo julgador em face das peculiaridades do caso concreto e, conseqüentemente, interferindo na própria fixação do conteúdo dos direitos e deveres das partes na relação obrigacional.

4. Função de controle

O princípio da boa-fé objetiva exerce também uma função de controle, limitando o exercício dos direitos subjetivos.

O credor, no exercício do seu direito, deve ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de agir antijuridicamente.

Essa função é particularmente importante, porque limita o exercício do direito subjetivo, evitando o abuso de direito.

Conseqüentemente, projeta-se para toda a relação jurídica obrigacional, orientando a exigibilidade do direito (pretensão) e seu exercício coativo (ação).

A limitação do direito subjetivo pelo abuso de direito, ensejada pela incidência do princípio da boa-fé, motivou o surgimento de novas figuras

jurídicas, como o “*venire contra factum proprio*”, a “*supressio*”, a “*surrectio*”, a “*tu quoque*”, a doutrina do adimplemento substancial.

Essas fórmulas, que são consideradas como tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, são freqüentemente utilizadas pela jurisprudência para dar solução justa a determinados fatos concretos, embora sem reconhecer, normalmente, o nome adequado do instituto jurídico versado.⁵²

Observe-se cada uma delas separadamente.

a) *Venire contra factum proprio*

A locução latina “*venire contra factum proprio*” traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente.

Essa conduta é considerada exercício inadmissível do direito subjetivo, que, por isso, sofre uma limitação.

Exemplo interessante da função de controle ensejada pelo princípio da boa-fé objetiva, limitando o abuso do exercício de um direito subjetivo, tem-se em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁵²

A proprietária de uma pequena loja de vestuário vende o empreendimento para uma amiga. Em face da burocracia de inscrição dos registros fiscais e buscando assegurar a continuidade do negócio, concorda em auxiliar a compradora da loja, assinando os pedidos de novas mercadorias. Pouco tempo depois, em decorrência de desentendimento estabelecido entre elas, cancela todos os pedidos e causa grande prejuízo para a compradora.

A mudança de comportamento por parte da vendedora foi considerada conduta violadora do princípio da boa fé objetiva, tendo sido ela condenada ao pagamento de indenização.

b) *Supressio e Surrectio*

A “*supressio*” é a situação de um direito subjetivo que, não tendo sido exercido por determinado tempo, não pode mais sê-lo, por limitação ensejada pelo princípio da boa-fé objetiva. Limita-se o exercício de um direito subjetivo pela inércia do seu titular.

A “*surrectio*” é a face oposta da “*supressão*”, que passa a ser vista pela ótica do beneficiário.

Se o titular do direito subjetivo fica impossibilitado de exercê-lo por sua inércia, nasce para a outra parte o direito de liberação, que é a “*surrectio*”.

Exemplo interessante tem-se na limitação imposta pela jurisprudência ao credor de alimentos de propor contra o alimentante a execução com pedido de prisão civil (artigo 733 do Código de Processo Civil).

Se o credor de alimentos deixar passar longo período sem exercer sua pretensão contra o alimentante, a execução com pedido de prisão civil fica restrita às três últimas prestações, devendo o restante ser exigido através de outra modalidade de execução (execução por quantia certa).⁵⁴

Outro exemplo interessante tem-se em julgado da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, onde, em ação de despejo, se considerou transformada a relação locatícia em relação de comodato, em face da inércia do locador por longo período de tempo.⁵⁵

O locatário deixou de pagar os alugueres por mais de quatro anos. Em função disso, o locador ingressou com ação de despejo por falta de pagamento. A decisão judicial reconheceu que a inércia do locador em exercer o seu direito ensejou a ocorrência, de adesão abdicativa, transformando a locação em comodato e inviabilizando a ação de despejo.

Embora sem mencionar expressamente, a decisão utilizou-se das figuras da “*supressio*” e da “*surrectio*”, dando-lhes o nome de adesão abdicativa, com o intuito de obter uma solução justa para o caso concreto.

Buscou-se, nessas duas hipóteses, limitar o exercício do direito subjetivo do credor (alimentado ou locador) pela sua inércia por longo período de tempo, com base no princípio da boa fé objetiva, para a obtenção de soluções razoáveis nos respectivos casos.

c) “*Tuo quoque*”

A fórmula “*tuo quoque*” sintetiza a regra de que a pessoa que viola uma determinada norma jurídica não pode, posteriormente, pretender exercer a vantagem que a mesma norma lhe atribui. É o aspecto ético da boa-fé mais uma vez limitando o exercício de um direito subjetivo.

Exemplo interessante de aplicação da “*tuo quoque*” tem-se em julgado do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁶

Um viúvo casou-se pelo regime da comunhão de bens, embora não tivesse procedido ao inventário dos bens, violando a regra do artigo 258, parágrafo único, inciso I, combinada com a do artigo 183, inciso XIII, do Código Civil, que impunha como regime obrigatório a separação de bens. A nova esposa trouxe bens pessoais para o casamento, que foram alienados em benefício comum. Posteriormente, houve desavença entre o cônjuges. O viúvo ingressou com ação de retificação do registro civil para fazer prevalecer o regime da separação de bens e excluir a nova esposa da partilha do

único bem com o qual ele havia concorrido para a formação do patrimônio do casal.

O acórdão considerou maliciosa e abusiva a conduta do viúvo de exigir respeito à norma que ele próprio violou, assegurando apenas o direito de reclamação aos filhos do primeiro casamento.

Portanto, um exemplo bem característico da fórmula “*tuo quoque*”, limitando o exercício de um direito subjetivo.

Todas as hipóteses mencionadas mostram limitações ao exercício de um direito subjetivo por força do princípio da boa-fé objetiva.

d) Adimplemento substancial

Outro exemplo bastante interessante da função de controle exercida pelo princípio da boa-fé objetiva, evitando o abuso de direito, tem-se na doutrina do adimplemento substancial.⁵⁷

O adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo do resultado final, que, em face do comportamento das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se ao credor somente postular uma indenização ou o adimplemento da obrigação. Limita-se, assim, a exigibilidade do direito subjetivo do credor, pois o direito formativo de resolução fere o princípio da boa-fé.

Um exemplo concreto de aplicação da doutrina do adimplemento substancial está em caso julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁵⁸

Discutia-se a resolução de um contrato de compra e venda de um imóvel, com pacto comissório, onde o comprador deixara de pagar a última prestação.

A conclusão do acórdão, aplicando a doutrina do adimplemento substancial, foi de que a resolução do contrato, cujo cumprimento esteve muito próximo do resultado pretendido pelas partes, conduziria a gravíssima injustiça. Por isso, considerando que a pretensão de desfazimento do negócio feria o princípio da boa-fé objetiva, o pedido de resolução foi julgado improcedente, ressalvando apenas a possibilidade de exercício da pretensão de cobrança dos valores atrasados.

O caso serve de interessante exemplo da eficácia limitadora do princípio da boa fé objetiva sobre o exercício do direito subjetivo e correspondentes pretensões, buscando evitar o abuso de direito.

Se um determinado direito subjetivo conta com várias pretensões para ser realizado, a escolha compete ao credor, desde que não implique abuso de direito, violador do princípio da boa-fé.

5. Função integrativa

O princípio da boa-fé objetiva exerce também uma função integrativa. Sua incidência sobre a relação estabelecida entre as partes enseja o surgimento de novos deveres (e correlatos direitos) que alteram a própria estrutura da relação obrigacional.

Esses novos deveres permitem visualizar com maior precisão o dinamismo da relação jurídica obrigacional, que aparece como um verdadeiro sistema ou processo.

Esses deveres surgem normalmente durante o próprio desenvolvimento concreto da obrigação, em face das peculiaridades próprias de cada relação.

Como existe alteração da própria estrutura da relação obrigacional, é interessante estabelecer como esses novos deveres se inserem dentro da visão dogmática de obrigação.

B) OS DEVERES ANEXOS NO DINAMISMO DA OBRIGAÇÃO

Nesta parte, serão inicialmente analisadas as modalidades de deveres que podem surgir na relação obrigacional. Em segundo momento, tentar-se-á proceder a inserção desses deveres dentro da estrutura da obrigação.

1. Modalidades de deveres

O conteúdo da obrigação não se restringe ao dever de prestar imposto ao devedor em benefício do credor.

Além desse dever principal, existem outros deveres dentro da estrutura do vínculo obrigacional que decorrem da visualização da obrigação em seu aspecto dinâmico como um verdadeiro sistema ou processo.

Na concepção clássica, visualizava-se na obrigação apenas o dever de prestar atribuído ao devedor e o correlato direito de exigir a prestação conferido ao credor.

A visão moderna, porém, passou a compreender a obrigação de forma mais ampla, como um verdadeiro sistema, organismo ou processo, onde, além dos deveres principais, aparecem também deveres secundários e anexos.

A obrigação já nasce polarizada para o seu fim, que é o adimplemento. Porém, o correto cumprimento da obrigação requer não apenas o adimplemento do dever principal, mas de todos os demais deveres.

Assim, em seu aspecto dinâmico, podem ser identificados os seguintes deveres na obrigação:

- a) os deveres principais ou primários da prestação;
- b) os deveres secundários ou acidentais da prestação; e
- c) os deveres laterais ou acessórios de conduta.⁵⁹

Cada um desses deveres apresenta um conteúdo diverso.

a) Os *deveres principais ou primários da prestação* constituem o núcleo dominante (“a alma”) da relação obrigacional dentro de sua finalidade. São facilmente identificáveis, definindo, por isso, por exemplo, o tipo de contrato. Por exemplo, na compra e venda, são os deveres de entrega da coisa ou de pagar o preço; na locação, são os deveres de entrega da coisa e de pagar o aluguel).

b) Os *deveres secundários da prestação* ligam-se ao correto cumprimento da prestação principal (dever de conservar a coisa vendida até sua entrega) ou de seu desdobramento (indenização por impossibilidade culposa ou por mora do devedor).

c) Os *deveres laterais* (“*Nebenflichten*”) ligam-se ao ou correto processamento da relação obrigacional, mais do que diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais. Podem derivar de cláusula contratual, de dispositivo legal ou do princípio da boa-fé. São, por exemplo, os deveres de cuidado, de cooperação, de informação, de sigilo. Esses deveres desenvolvem-se autonomamente, persistindo mesmo depois do cumprimento da obrigação principal.

Merecem especial destaque os deveres laterais nascidos do princípio da boa fé objetiva.

2. A inserção dos deveres anexos na obrigação

A identificação de deveres laterais dentro da estrutura dinâmica da obrigação enseja duas novas questões:

- a) Como se inserem esses deveres laterais dentro da relação obrigacional?
- b) Constituem um desdobramento do vínculo que envolve prestação ou formam um novo vínculo?

As questões serão analisadas sob dois enfoques: o feixe de vínculos dentro da relação obrigacional e a violação positiva do contrato.

a) Feixe de vínculos

Os deveres laterais, derivados especialmente do princípio da boa-fé objetiva, ensejam a formação de novos vínculos dentro do conteúdo dinâmico da relação obrigacional.

De um lado, os deveres acessórios ou anexos formam um conjunto com os deveres principais, que podem ser figurativamente comparados a satélites gravitando em volta de um planeta.⁶⁰

De outro lado, esses deveres anexos nascem de determinado fato concreto, decorrente das circunstâncias da relação estabelecida entre as partes, apresentando, cada um deles, a estrutura completa da obrigação.

Ensejam a ocorrência de direitos e deveres, de pretensões e obrigações, de ações e, até mesmo, de exceções.

Somente assim pode-se explicar a existência autônoma desses deveres laterais, derivados da incidência do princípio da boa-fé objetiva, antes da formação do vínculo obrigacional principal e sua persistência até momento posterior à sua extinção.

O descumprimento do dever pode ensejar o nascimento de pretensões diversas, conforme a natureza da relação.

A violação por parte do médico do dever de sigilo, após encerrada a prestação de serviços, faz nascer uma pretensão indenizatória em favor do paciente.

Já a violação do dever de sigilo por parte de um consultor de empresas, durante a prestação de serviços faz nascer, além de eventual pretensão indenizatória, o direito formativo extintivo de resolução.

Desse modo, pode-se identificar, nos deveres anexos, uma estrutura autônoma, que poderá levar, por si, a modificação ou a extinção de todo o vínculo obrigacional, ainda que os deveres de prestação estejam sendo corretamente cumpridos.

Um exemplo interessante da eficácia integrativa do princípio da boa-fé objetiva está em acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., sobre a reponsabilidade de estabelecimento bancário por furto de veículos em seu estacionamento. É reconhecida a relação contratual de fato entre o banco e o cliente, que faz nascer o dever de proteção derivado da boa-fé.^{61, 62}

Outro exemplo bastante interessante está na violação positiva do contrato.

b) Violação positiva do contrato

A quebra positiva do contrato consiste no descumprimento de um dever contratual, que tenha como fundamento a impossibilidade ou a mora.

Abrange as seguintes hipóteses:

- a) cumprimento defeituoso de deveres principais da prestação;
- b) descumprimento ou impossibilitação de deveres secundários da prestação; e
- c) violação de deveres anexos.

A teoria da quebra positiva do contrato foi desenvolvida na Alemanha por HERMANN STAUB, em 1902, em sua obra *Die positive Vertragverletzungen*. O autor observou a existência de inúmeros casos práticos, em que havia descumprimento de deveres contratuais, mas que não eram previstos pelo Código Civil Alemão (BGB). Somente o dever de indenizar pela impossibilidade culposa da prestação (§ 280) e o dever de indenizar pelos danos decorrentes da mora (§ 286) estavam expressamente previstos no BGB. As demais violações positivas do contrato, consistentes no descumprimento de outros deveres, não eram igualmente sancionadas. Na opinião do autor, a lacuna deveria ser preenchida através de integração analógica do § 326 do BGB (regime da mora) às demais hipóteses.⁶³

No Brasil, a questão assume um colorido um pouco diverso.

RUY ROSADO DE AGUIAR JR. observa que o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito, inclusive por defeito qualitativo (violação quanto à forma e ao modo da prestação), razão pela qual não é sensível a mesma dificuldade encontrada pela doutrina alemã. A dificuldade está na omissão da nossa lei em relação aos deveres secundários ou anexos derivados diretamente da boa fé, o que se explica por não ter o princípio sido expressamente positivado no Código Civil. De todo modo, a violação dos deveres anexos pode ser tão grave, em qualquer fase da relação contratual, desde a formação até depois do encerramento do vínculo, que poderá assumir o caráter de incumprimento definitivo.⁶⁴

Assim, a quebra positiva do contrato, por violação dos deveres anexos, pode conduzir ao nascimento de uma pretensão indenizatória e, até mesmo, ao direito formativo extintivo de resolução.

Fica evidente, assim, o caráter dinâmico da obrigação, que engloba um feixe de deveres, dotados de estrutura semelhante e formando um todo único, que exige cumprimento correto e integral.

Evidente que esses deveres atingem as duas partes.

Um exemplo interessante de quebra do dever de colaboração por parte do credor permite um melhor esclarecimento da questão.⁶⁵

Em um contrato de compromisso de compra e venda de um imóvel, contendo arras penitenciais, o promissário comprador para poder cumprir seu dever de pagar o preço necessita de financiamento bancário. Porém, o promissário vendedor não fornece corretamente os documentos. Vencido o prazo ajustado para o pagamento, postula a resolução do contrato por descumprimento do dever de prestação principal do devedor e a perda das arras. Nesse caso, a violação do dever anexo ou secundário de colaboração foi descumprido por parte do próprio promissário vendedor. Isso impede, de

um lado, a resolução do contrato a pedido do promitente comprador, ensejando, por outro lado, que o promitente comprador postule a resolução do contrato preliminar com restituição em dobro das arras penitenciais.

CONCLUSÃO

A relação obrigacional não é apenas um vínculo estático, que se estabelece entre credor e devedor em torno de uma determinada prestação, mas um vínculo dinâmico, que se desenvolve entre pessoas integrantes de um corpo social.

Desse modo, os valores fundamentais dessa sociedade norteiam os princípios diretores de cada uma de suas instituições e a conduta de cada um dos seus membros.

O direito, recebendo o influxo dos valores liberdade, igualdade e fraternidade, estabelece diretivas para sua realização em cada norma integrante do sistema jurídico e em cada relação concreta.

A relação jurídica obrigacional insere-se nesse sistema, recebendo o influxo dos três grandes princípios do direito privado, que são a autonomia da vontade, a boa fé e a justiça contratual.

Nesse contexto, a relação obrigacional transforma-se. De um vínculo estático entre credor e devedor em torno de uma prestação, passa a ser encarada no seu aspecto dinâmico, intimamente referida a sua função social.

Pode-se decompor o todo obrigacional para uma análise dogmática de cada uma de suas partes, examinando-se cada elemento de sua estrutura. Porém, cada elemento não perde jamais sua referência ao todo, que, por sua vez, é mais do que simples soma de suas partes.

A obrigação deve ser vislumbrada, enfim, em sua dimensão integral, onde cada elemento funcionaliza-se na busca da realização do seu papel social!

NOTAS

1. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, p. 49.
2. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XXII, p. 13.
3. ANTUNES VARELA, *Direito das obrigações*, p. 70.
4. ANTUNES VARELA, *Direito das obrigações*, p. 64.
5. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, p. 37; COUTO E SILVA. *Obrigações como Processo*, p. 11.
6. EMILIO BETTI, *Teoria general de las obligaciones*, p.3.
7. A terminologia tecnicamente mais precisa, que se deve procurar empregar, é a seguinte: a) direito e dever; b) pretensão e obrigação; c) autor e réu; d) excipiente e excetuado (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. V, p. 451).

8. KARL LARENZ, *Derecho Civil* – Parte general, p. 274. Após analisar as teorias que controvertem sobre a natureza do direito subjetivo (poder da vontade ou interesse juridicamente protegido), conclui que não corresponde ao seu sentido categorial sua caracterização como poder da vontade ou interesse juridicamente protegido. O que pertence ao titular forma o conteúdo do seu direito, que pode ser das mais diversas classes, conforme a natureza do direito subjetivo: direitos da personalidade, direitos de famílias pessoais, direitos reais, direitos sobre bens imateriais, direitos de crédito, direitos de cooperação, direitos potestativos.
9. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, pp. 29-30.
10. KARL LARENZ, op. cit., p. 281.
11. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, p. 30. Na realidade, os deveres resultantes do pátrio poder formam uma categoria diferenciada em relação àqueles que aparecem na relação obrigacional. Constituem, na realidade, verdadeiros poderes-deveres dos pais em relação aos filhos.
12. ANTUNES VARELA, *Direito das obrigações*, pp. 105 e segs. O autor anota com precisão que a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar à ação judicial de cumprimento, mas sua violação pode resultar a obrigação de indenizar ou a resolução do contrato (p. 109).
13. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, e CLOVIS COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 120.
14. O § 194 do BGB (Código Civil Alemão) dispõe o seguinte: “O direito de exigir de outrem ato ou abstenção (pretensão) submete-se a prescrição”.
15. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, v. I, analisa as teses de Villey e Pugliese sobre a existência de uma idéia de direito subjetivo no direito romano (pp. 116-120).
16. KARL LARENZ, op. cit., p. 315, CLOVIS COUTO E SILVA, *Obrigação como processo*, p. 100.
17. Artigo 962 do Código Civil: “Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou”.
18. Artigo 05, inciso XXXV, da Constituição Federal. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação” (*Ajuris*, n. 29, pp. 99-126), p.101.
19. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. V, p. 482.
20. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, pp. 305 e segs.
21. RUY ROSADO DE AGUIAR JR., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 25.
22. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. V. p. 305.
23. PONTES DE MIRANDA, (*Tratado de direito privado*, t. V, p.,313) fornece diversos exemplos de direitos formativos geradores, modificativos e extintivos.
24. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. III, analisa a aceitação como negócio jurídico unilateral (p. 160).
25. RUY ROSADO DE AGUIAR JR, op. cit., p. 27.
26. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, pp. 40 e segs.
27. LUIZ RENATO FERREIRA DA SILVA (Compensabilidade da dívida prescrita), *Ajuris*, n. 44, pp.166-170.
28. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. VI. p. 100.
29. CLOVIS COUTO E SILVA, *Obrigação como processo*, p. 109.
30. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. II, analisa as caducidades sem culpa como modalidades de atos-fatos jurídicos (p. 392).
31. AGNELO AMORIM FILHO, em artigo denominado Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis (*Revista Forense*, 193, pp. 30-49), propõe um interessante critério para determinação da natureza de um prazo como prescricional ou decadencial.

32. CAMARA LEAL. *Da prescrição e da decadência*, p. 337. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, pp. 106, 113 e 136) prefere utilizar a expressão preclusão para qualificar a decadência.
33. CAMARA LEAL, op. cit., pp. 100 e 101.
34. MARCOS BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico*, p. 140.
35. Código Civil, artigos 1101 e 1105, combinados com o artigo 178, §§ 02 e 05, inciso IV, do Código Civil. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. VI, pp. 329 e 340.
36. COUTO E SILVA, *Obrigação como processo*, p. 120; ANTUNES VARELA, op. cit., pp. 55-57.
37. OLÍMPIO COSTA JR., *A relação jurídica obrigacional*, p. 31.
38. ANTUNES VARELA, op. cit., vol. II, pp. 403 e segs.; KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, pp. 31 e segs.; ALMEIDA COSTA, op. cit., pp. 118 e segs.
39. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 34. “Cabe distinguir conceitualmente a responsabilidade da dívida (do dever de prestar). Aquela segue a esta como a sobre ao corpo.
40. KARL LARENZ, *Derecho Civil – Parte general*, pp. 54, 58 e 61.
41. A comparação entre os três valores não está em Larenz.
42. KARL LARENZ, op. cit., pp. 55 e 56.
43. KARL LARENZ, op. cit., p. 58.
44. KARL LARENZ, op. cit., p. 61.
45. Uma análise interessante da aplicação desses princípios ao direito dos contratos foi feita por FERNANDO NORONHA (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*).
46. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*; COUTO E SILVA, *A obrigação como processo e O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*; KARL LARENZ, *Derecho Civil – Parte general e Derecho de obligaciones*; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*; ANTUNES VARELA, *Direito das obrigações*; RUY ROSADO DE AGUIAR JR. *A extinção dos contratos por incumprimento* (Resolução); JUDITH MARTINS COSTA, *O princípio da boa-fé*.
47. FERNANDO NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p.151.
48. Os autores que tratam da boa-fé objetiva divergem sobre a denominação das funções exercidas pelo princípio na concretização do direito, embora concordem sobre o seu conteúdo. RUY ROSADO DE AGUIAR JR. (*A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, p. 243-244), após anotar as duas funções primordiais da boa-fé (criação de deveres secundários, acessórios ou anexos de conduta e imposição de limites ao direito subjetivo), anota as opiniões de outros autores: FRAZ WIEACKER, LUIS DIEZ-PICAZO e CLOVIS DO COUTO E SILVA. Apesar da divergência sobre a denominação das funções, concordam todos com o seu conteúdo.
49. KARL LARENZ (*Metodologia da ciência do direito*, pp. 242 e segs.) analisa a estrutura circular do processo interpretativo, que denomina de círculo hermenêutico. É a necessidade de o intérprete, no processo de concreção da norma, fazer um movimento pendular entre a norma e o fato até o ajuste adequado em conformidade com os valores e princípios diretores do ordenamento jurídico.
50. FERNANDO NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, pp. 152 e segs.
51. Apelação Cível n. 588023440, tendo por relator o Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., julgada no dia 07 de junho de 1988, cuja ementa é a seguinte: “CONTRATO. INTERPRETAÇÃO. O contratante não se pode valer de uma cláusula mal redigida para fazer interpretação contrária a boa-fé e ao bom senso. Recursos improvidos”. Acórdão publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* n. 133, p. 362.

52. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, v. II, pp. 719, 742, 797 e 837.
53. Apelação Cível n. 589073956 da 5ª Câmara Cível, tendo por relator o Des. RUY ROSADO DE AGUIAR Jr., julgado no dia 19 de dezembro de 1989. A ementa é a seguinte: “Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário de não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador. *Venire contra factum proprio*”. Contrato. A vendedora de loja de vestuário, que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente”. O acórdão está transcrito e comentado no artigo Princípio da boa-fé, de JUDITH MARTINS COSTA (*Ajuris*, 50, p. 207).
54. Agravo de Instrumento n. 588059501 da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 29 de novembro de 1988, tendo por relator o Des. ADROALDO FURTADO FABRICIO, cuja ementa é a seguinte: “DEBITO ALIMENTAR. Prisão do devedor. Ainda que, tecnicamente, o envelhecimento da dívida não mude o seu caráter alimentício, a imposição de prisão civil relativamente a parcelas de há muito vencidas assume caráter antes punitivo do que motivador, razão pela qual deve ser evitada. Peculiaridade do caso concreto em que a tramitação do agravo consumiu quase dois anos”. No mesmo sentido, o Agravo de Instrumento n. 588033852 da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, julgado em 30 de agosto de 1988, tendo por relator o Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS: “ALIMENTOS. EXECUÇÃO RETARDADA. PENA DE PRISÃO RESTRITA. Restringe-se a execução de alimentos, sob pena de prisão, às três últimas prestações, eis que a pretensão se deduziu retardada e modo cumulativo de longo período”. Em sentido contrário, os Agravos de Instrumento n. 587061169 e 587003542 respectivamente da 3ª e da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça.
55. Apelação Cível n. 194165254 da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, julgada no dia 29 de setembro de 1994, tendo por relator o Dr. Jorge Alcebiadas Perrone de Oliveira. A ementa é a seguinte: “AÇÃO DE DESPEJO. DESCABIMENTO QUANDO TRANSFORMADA A RELAÇÃO EM COMODATO POR LONGO PERÍODO DE FALTA DE PAGAMENTO DOS ALUGUERES. Ausente o pagamento de alugueres por cerca de quatro anos, sem manifestação do locador, transmuda-se a relação em comodato. Assim como o contrato de locação não teve forma especial, também o distrato pode se dar sem forma específica, cabendo inclusive a modificação tácita da avença. Se uma das partes passa a ter comportamento diverso daquele previsto no contrato e a outra por inépcia concorda, dá-se adesão abdicativa operando-se alterações do contrato. Transformada a locação em comodato, inviável o uso da ação de despejo, que é específica para a retomada na locação. Carência de ação e não improcedência. Apelo desprovido”.
56. Recurso Especial n. 21.162-5/SP da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado no dia 18 de outubro de 1994, tendo por relator designado para o acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. A ementa é a seguinte: “CASAMENTO. Regime de Bens. Separação legal. Viúvo que não inventaria os bens da ex-mulher. O viúvo que recusa pelo regime da comunhão de bens, sem antes proceder ao inventário dos bens do casal, beneficiando-se com o patrimônio aportado pela nova esposa, alienado a benefício comum, não tem legitimidade para propor ação de retificação do registro civil, a fim de fazer prevalecer o regime da separação legal, com o intuito de assim excluir a mulher da partilha do único bem com que ele concorreu para o patrimônio do casal, comportamento malicioso que não pode encontrar guarida no ordenamento jurídico, presidido pelo princípio da boa-fé. Nesse caso, seria só dos filhos o

- interesse de promover a ação. Carência reconhecida. Arts. 183, XIII, 226 e 258 do Código Civil. Recurso conhecido. Voto vencido”.
57. ANELISE BECKER, *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*, p. 60; CLOVIS DO COUTO E SILVA, *O princípio da boa-fé*, p. 56.
58. Apelação Cível n. 588012666, tendo por relator o Des. RUY ROSADO DE AGUIAR Jr., julgado no dia 12 de abril de 1988. A ementa foi a seguinte: “Contrato. Resolução. Adimplemento Substancial. o comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de resolução julgada improcedente e procedente a consignatória”. O acórdão está transcrito no artigo denominado Princípio da boa-fé, de JUDITH MARTINS COSTA, que está publicado na *Revista Ajuris*, n. 50, pp. 207-225.
59. MARIO JULIO ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, p. 57.
60. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 63.
61. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 47.901-3/SP, julgado no dia 12 de setembro de 1994, que está assim ementado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção derivado da boa-fé. Furto de veículo. O estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento dos veículos assume o dever, derivado do princípio da boa-fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário, o vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida, que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever. Agravo improvido”.
62. A jurisprudência do STJ consolidou-se nesse sentido, consumado com a edição da Súmula n. 130.
63. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, v. I, p. 595.
64. RUY ROSADO DE AGUIAR JR., *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (Resolução), p. 126.
65. ARAKEN DE ASSIS, *Resolução do contrato por inadimplemento*, p. 103, fornece exemplo semelhante também referente a contrato de compromisso de compra e venda.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (Resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1991.
- . Aspectos Modernos do Direito das obrigações. In *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista Forense*, v. 193, pp. 30-49, 1991.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- AVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e Concreção na Aplicação do Direito*. Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, agosto de 1994. (não publicado).
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 9, n. 1, pp. 60-77, novembro de 1993.
- BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. t. I e II.

- CAMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatisky Editor, 1976.
- _____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- _____. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Navarra, 1968.
- ENNECERUS, Ludwig. Tratado de derecho civil. In: ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor, e WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona: Bosch, 1950. v. I: Derecho Civil – Parte General.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. Direito Subjetivo. In: SANTOS, J.M. Carvalho (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsóí., v. XVII, pp. 210-393.
- FRADERA, Vera Maria Jacob. A quebra positiva do contrato. *Revista Ajuris*, n. 44, pp. 144-152.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988. t. II.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I e II.
- _____. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- MARTINS COSTA, Judith H. Princípio da boa-fé. *Revista Ajuris*, n. 50, pp. 207-227.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. I e II.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOUAROS, G. Michaélides. L'évolution récente de la notion de droit subjectif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 2, pp. 252-268, 1978.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí., 1955. t. V, VI e XXII.
- _____. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. I.
- SILVA, Luiz Renato Ferreira da. Compensabilidade da dívida prescrita. *Ajuris*, n. 44, pp. 166-170.
- SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista Ajuris*, n. 29, pp. 99-126.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I e II.
- _____. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1980. v. I.
- VON THUR, A. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.