

A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação
Judith Martins-Costa

Índices

Rafael Xavier e Pietro Webber (Coords.) / Judith Martins-Costa Advogados

Capa

Nacho Pons

Preparação e editoração eletrônica

Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Impressão e acabamento

Psi7 | Book7

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

Martins-Costa, Judith

A boa-fé no direito privado : critérios para a sua aplicação / Judith
Martins-Costa. – São Paulo : Marcial Pons, 2015.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-66722-35-2

1. Direito privado. 2. Direito civil - Brasil. Título.

15-26633

CDU-347(81)

© Judith Martins-Costa

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, 17/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [10-2015]

Similar caminho é seguido por autorizada doutrina brasileira. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar Jr., conquanto a previsão negocial da resolução facilite o desate contratual, «dispensando o processo judicial, sempre formal e moroso», se houver litígio e a demanda for submetida ao juiz, «cabe-lhe examinar a conformidade da norma contratual e da conduta das partes à luz da Lei e os princípios de regência». E esclarece, em entendimento que ora se endossa plenamente: «[a] cláusula da resolução de pleno direito é uma disposição contratual como outra qualquer, submetida ao juízo de validade não apenas formal, mas também material. O juiz não pode, ao apreciar a relação submetida ao seu julgamento, deixar de aplicar os princípios do Direito das Obrigações e as normas constitucionais, para com eles, aferir a consonância da cláusula com o sistema jurídico». ²⁸⁹ Assim, o juiz ou o árbitro deverá interpretar a cláusula, «o que fará adotando uma compreensão restritiva para delimitar a prestação, e verificará a gravidade do inadimplemento, indispensável para a extinção do contrato», com o que, na apreciação do contrato e da conduta das partes, «o juiz indagará sobre a natureza essencial da prestação, considerando a totalidade da relação obrigacional, (...)». ²⁹⁰

3. A condição resolutiva e o art. 128 do Código Civil. No que tange à condição resolutiva (Código Civil, arts. 121, 127 e 128), o princípio da boa-fé tem a função de resguardar os atos já praticados, assim se compreendendo aqueles executados da conclusão do contrato até o implemento da condição. Portanto, embora a eficácia normal de desfazimento *ipso facto* do negócio condicionado, seus efeitos não são apagados. O implemento da condição opera *ex nunc* se a condição foi aposta a negócio de duração continuada ou periódica, e não foi convencionado diversamente, desde que os atos praticados na pendência da condição tenham sido «compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme os ditames de boa-fé».

§ 81. Resolução (em sentido amplo) por inadimplemento

1. Proposição. São outras funções e eficácias que caracterizam a ligação entre o princípio da boa-fé e a resolução contratual por inadimplemento (Código Civil, art. 474, primeira parte, e art. 475), hipóteses distintas em seus fundamentos, pressupostos e eficácias da resolução por excessiva onerosidade superveniente (Código Civil, art. 478), bem como da resolução por impossibilidade superveniente não imputável ao devedor.

gazione dedotta nella clausola è stata adempiuta in modo solo leggermente imperfetto (con un ritardo minimo, con qualche trascurabile difetto qualitativo), non sembra che il creditore possa invocare la clausola: posto che a essere pignoli un'imperfezione può trovarsi, sarebbe come mettergli in mano un'inammissibile condizione risolutiva meramente potestativa».

289. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. VI, t. II, p. 413.

290. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Idem*, vol. VI, t. II, p. 414-415.

2. As espécies de inadimplemento. No Direito brasileiro o termo «inadimplemento» recobre várias formas²⁹¹ que devem ser bem distinguidas, pois o inadimplemento requerido como elemento do suporte fático da regra resolutive é apenas o «definitivo»: a prestação não foi cumprida e não mais o poderá ser, seja porque destruída a possibilidade de o devedor cumprir («impossibilidade superveniente imputável»), seja porque a prestação perdeu a utilidade para o credor. Não se trata, pois, de um qualquer incumprimento, mas de um incumprimento revestido por «gravidade» ou «importância», atingindo irremediavelmente a utilidade que o contrato teria para o credor (Código Civil, art. 395, parágrafo único, *a contrario*) e, assim, ferindo o programa contratual. Não se confunde, pois, com todo e qualquer incumprimento contratual: diferentemente da mora, em que a prestação não cumprida ainda poderá ser executada com utilidade para o credor, o incumprimento definitivo significa que a prestação, que não foi prestada *como devida não poderá mais sê-lo*, na conhecida fórmula de Agostinho Alvim.²⁹² Assim, quando a prestação já não mais pode ser efetuada, por impossibilidade; ou quando deixa de satisfazer o interesse legítimo do credor (porque, embora faticamente possível, seria inútil para o credor), a mora se transforma em inadimplemento definitivo (absoluto).²⁹³

3. O incumprimento definitivo. Diz-se haver uma situação de incumprimento definitivo porque há uma *inapelabilidade* no incumprimento. Fala-se, por isso, no «caráter transformista» da mora devedora²⁹⁴ que se converte em incumprimento definitivo²⁹⁵ justamente porque, no dizer de Araken de Assis, ocorre «uma inatuação importante – a falta atribuída ao devedor – é *irrecuperável*».²⁹⁶ E é irrecuperável seja se a coisa se perdeu, seja em face da inutilidade que o contrato passa a ter, em razão do inadimplemento, para o credor, assim autorizando-se enjeitar a prestação e exigir perdas e danos o parágrafo único do art. 395 do Código Civil. Assim, a «inapelabilidade» acima mencionada não se reduz aos aspectos fáticos (*e.g.*, a coisa a ser transmitida se perde para o credor, sem culpa do devedor, o que é hipótese de impossibilidade superveniente não-imputável). Há aspectos normativos e valorativos envolvidos. A «inapelabilidade» pode

291. WALD, Arnaldo. *Direito Civil. Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

292. ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 15: «a prestação «não foi cumprida, e nem poderá sê-lo».

293. Assim em MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

294. ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 113 e ss. Idem: AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 120 e ss.; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42 e o nosso MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V. Tomo II. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Forense, 2004, p. 225 e ss.

295. CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 85.

296. ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101. Destaquei.

decorrer da *gravidade* do incumprimento, gravidade essa que vem a atingir justamente a utilidade da prestação para o credor.

O problema mais delicado está em averiguar qual é – ou quais são – os critérios de mensuração dessa «importância» (também dita «gravidade») do inadimplemento, isto é: quando se pode dizer – e quem pode dizer – que a prestação foi tão gravemente violada que se tornou inútil para o credor?

4. Critérios para a averiguação da inutilidade da prestação para o credor. *Grosso modo*, dois são os critérios adotados, o subjetivo e o objetivo. Pelo primeiro, se aprecia ou a vontade das partes²⁹⁷ ou a chamada «inutilidade subjetiva», qual seja, inutilidade que resultaria para o credor se cumprida fosse a prestação morosa; e há o *critério objetivo*,²⁹⁸ atado ao interesse do sinalagma, sendo composto pela conjugação entre os interesses subjetivos objetivamente detectáveis à luz do programa contratual. Não apenas elementos objetivos compõem esse segundo critério: é que se agregam, na noção de «utilidade» do art. 395, parágrafo único, *a contrario*, também certos elementos subjetivos (o interesse para o credor, em vista de sua legítima expectativa; a confiança depositada fundamentadamente em que a prestação seria adequadamente satisfeita) e elementos objetivos (o interesse decorrente da operação econômica em causa, do sinalagma estruturante do contrato),²⁹⁹ além de elementos objetiváveis (a gravidade do incumprimento, consideradas a normalidade da operação em causa e as expectativas suscitadas legitimamente no credor). Vincula-se, pois, ao quadro contratual concretamente considerado isto é: não apenas o tipo contratual tomado *in abstracto* ou o tipo de prestação afetada pelo descum-

297. CONSTANTINESCO, Léon-Jean. *Inexécution et Faute et Droit Comparé*. Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1960, p. 174, citado por BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos da Resolução por Incumprimento. *Obra Dispersa*, vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991, p. 136. Com aprofundadas referências a esse critério, bem como o da causa, também sustentado na doutrina francesa, v. GENICON, Thomas. *La Résolution du Contrat pour Inexécution*. Paris: LGDJ, 2007, p. 75 e ss.

298. É de valia para a qualificação da «inutilidade» a contribuição da doutrina e da jurisprudência italianas acerca do inadimplemento de «scarsa importanza» do art. 1.455 do *Codice Civile*, em razão da reconhecida influência desse Código no Código Civil brasileiro de 2002. A propósito consulte-se: CUBEDDU, Maria Giovanna. *L'importanza dell'Inadempimento*. Torino: Giappichelli, 1995; SPALLAROSSA, Maria Rosa. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, n. 5, 1972, p. 452-480; RICIUTTO, Vincenzo. Il Recente Orientamento della Cassazioni sui Criteri di Valutazione dell'Importanza dell'Inadempimento. *Rivista di Diritto Commerciale*, n. 2, Milano, 1987, p. 454-464; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Diritto Civile: Obbligazioni e Contrati*. Torino: UTET, 1995, p. 141 e ss.; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Tomo II. Milano: UTET, 1996, p. 599; COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'Inadempimento e Teoria del Contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. No Direito da *common law*, o tema é tratado a partir da distinção entre «conditions» e «warranties», havendo maior margem de decisão ao juiz para ponderar sobre a gravidade do incumprimento (v. WHITTAKER, Simon. Les Sanctions de l'Inexécution des Contrats – Droit anglais. In: FONTAINE, Marcel; VINEY, Geneviève (Orgs.). *Les Sanctions de l'Inexécution des Obligations Contractuelles*. Études de Droit Comparé. Bruxelles e Paris: Bruylant-LGDJ, 2001, p. 1000 e ss.)

299. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 132-133. Também TEPEDINO, Gustavo. A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento Firmados à Época do Chamado «Plano Cruzado». *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, vol. 301, mar./1988, p. 83.

primento, mas o inteiro conjunto contratual em suas circunstâncias.³⁰⁰ Cabe ao intérprete, na mensuração da gravidade do inadimplemento, compor dados de dupla ordem: de um lado, os «elementos objetivos» fornecidos pela regulação contratual, extraídos da natureza da prestação; de outro, os «elementos subjetivos», que residem na necessidade que tem o credor, «em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa. Não os motivos ou desejos que eventualmente o animavam, mas a expectativa resultante dos dados fornecidos pelo contrato, por isso, legítima».³⁰¹

Os elementos objetiváveis, acima referidos, dizem respeito à aferição da gravidade do incumprimento. Toma-se em conta, por esse critério, «o conteúdo particular do contrato em causa, atendendo não só às específicas cláusulas escritas deste mas ainda a qualquer declaração ou fato concludente de que possam inferir-se as especiais finalidades de uso ou de troca a que o credor destinava a prestação (...)».³⁰² Assim, a «*objectividade* do critério não significa de forma alguma que se não atenda ao interesse *subjectivo* do credor e, designadamente, a fins visados pelo credor que, não tendo sido integrados no conteúdo do contrato, representam simples motivos em princípio irrelevantes. O que esta *objectividade* quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer pessoa (designadamente, pelo próprio devedor ou pelo juiz) e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor».³⁰³

5. **Incumprimento definitivo parcial.** O incumprimento definitivo e grave, causa da resolução em sentido lato, pode ser, em algumas hipóteses, apenas parcial, atingindo, portanto, parte da prestação devida, no tempo, forma e lugar devidos, atingindo, ainda assim, irremediavelmente, o interesse creditício e, portanto, a utilidade da prestação para o credor. Porém, a possibilidade da

300. Assim se evidencia o «interesse do sinalagma» a balizar quando é caso de resolução, ou quando são outras as soluções admitidas, como aprovaram os juristas reunidos pelo Conselho da Justiça Federal ao assentar no Enunciado n. 162 (referente ao art. 395 do Código Civil) que «[a] inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deve ser aferida objectivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjectivo do credor» - III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2006). Assim indica igualmente a jurisprudência que, com base naqueles critérios, tem decidido ora pelo «adimplemento substancial» do contrato, rejeitando a resolução, ora pelo seu «inadimplemento fundamental», conduzindo, aí sim, à via resolutória (exemplificativamente: TJRS. Ap. Cív. 588016147. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Julgamento em 03.04.1988; TJRS. Ap. Cív. 70001605252. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Sérgio Pilla da Silva. Julgamento em 09.11.2000. E ainda: TJRS. Ag 70001005586. Décima Quarta Câmara Cível. Relator Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Julgamento em 29.06.2000).

301. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. Resolução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 131-132. Destaquei.

302. BAPTISTA MACHADO, João. *Do Princípio da Liberdade Contratual. Obra Dispersa*, vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991, p. 137. Destaquei.

303. BAPTISTA MACHADO, João. *Idem*, p. 137. Destaquei.

resolução parcial por inadimplemento, depende de o objeto da obrigação ser divisível.³⁰⁴

Alguns dificuldades se antepõem a esse entendimento quando a relação jurídica decorre de contratos, como o de empreitada, em vista de sua classificação dogmática como obrigação de *fazer* e de *resultado*. Porém, a «afirmação de serem (sempre) indivisíveis as obrigações de fazer é falsa»,³⁰⁵ diz Pontes de Miranda, admitindo que se «o empreiteiro só exequiu em parte a obra, o inadimplemento parcial pode dar ensejo à resolução do contrato, com a indenização por perdas e danos, nos quais se inclui o que já fora pago».³⁰⁶ Isso porque o entendimento pelo qual haveria vedação à resolução parcial quanto às obrigações de fazer, como na empreitada, deixa antever o universo da empreitada simples, aquele que fora estampado tipicamente no Código Civil de 1916, em época na qual as grandes obras de infraestrutura não eram sequer cogitadas. Então se afirmava ser *indivisível* a obrigação de fazer obra, pois quando se requer a construção de uma casa, por exemplo, se requer o resultado advindo da feitura da obra, isto é, a casa. Nessa hipótese, justifica-se afirmar que se quer o todo, pois o resultado é o todo.³⁰⁷ Porém, pode-se querer o todo e ser este composto por partes individuadas. Nesse caso, nenhuma dificuldade há para considerar indivisível a obrigação apenas quanto a cada coisa a ser entregue, e não quanto

304. V.g.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato*, vol. VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 498-499; ASSIS, Araken. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158-159. Na doutrina estrangeira é conhecida a lição de Marty e Raynaud, que, expondo a possibilidade de inexecução parcial da obrigação e a possibilidade de o credor insatisfeito de buscar a execução e as perdas e danos, questionam: «Mais peut-il aussi agir en résolution pour inexécution?» E respondem: «La jurisprudence reconnaît alors un pouvoir d'appréciation aux juges qui peuvent prononcer la résolution s'ils estiment l'inexécution assez grave pour être ainsi sanctionnée et apprécient, suivant les circonstances, s'il y a lieu à résolution ou seulement à l'octroi de dommages et intérêts» (MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Droit Civil*, vol. II. Tomo I. Paris: Sirey, 1962, p. 265); No mesmo sentido: WEL, Alex. *Droit Civil*. Paris: Dalloz, 1971, p. 503. Também no Direito espanhol a controvérsia foi superada no sentido de aceitar-se a resolução parcial, desde que grave o suficiente para determinar a insatisfação do credor, como dá conta a monografia de GONZÁLEZ-REGUERAL, María Angeles Fernández. *La Resolución por Incumplimiento en las Obligaciones Bilaterales*. Madrid: La Ley, 1998, p. 39. No Direito italiano, peculiarizado pela regra do art. 1.455 do *Codice Civile* (que valoriza "l'importanza dell'inadempimento"), em regra legal única dentre os direitos codificados, ainda assim não é afastada a possibilidade de apelar-se ao remédio resolutorio no caso do adimplemento apenas parcial do contrato, anotando-se: «Nell'ipotesi di adempimento parziale o di adempimento tardivo occorre invece valutare secondo parametri di obiettività e normalità se l'inesattezza o la mancanza di una parte della prestazione ledano notevolmente l'interesse creditorio, considerate anche le circostanze e la natura della prestazione» (CUBEDDU, Maria Giovanna. *L'importanza dell'inadempimento*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 20).

305. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 2.708, 3, p. 153.

306. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 4.844, 1, p. 375.

307. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 2.708, 3, p. 153-154, e § 2.800, 6, p. 137. Ressalte-se que mesmo no Código de 1916 aceitava-se a possibilidade de se estipular que o resultado final – a obra como um todo –, também viesse a ser alcançado por partes, como por exemplo, a casa venha a ser construída por partes, assim constando do seu art. 1.241, ora reproduzido no art. 614 do Código vigente, alusivo à hipótese de a empreitada «constar de partes distintas», ainda quando conformada por um objeto fisicamente uno, como uma casa ou um prédio.

ao resultado como um todo. Ou seja, a indivisibilidade estará apenas em não se poder entregar em partes a coisa passível de individuação a ser construída. Assim, «se for do interesse do empreitante receber a parte concluída da obra, ou se o contrato for para a construção de obras independentes (ex.: cinco prédios), será possível a resolução parcial.

Nos contratos de execução prolongada, cuja natureza exige continuidade da prestação por certo tempo para a obtenção do resultado final desejado pelos contratantes, o princípio geral é o de que o inadimplemento de uma parte pode ocasionar a resolução do contrato na sua totalidade. Mas isso não afasta a necessidade de exame de cada caso, pois além da hipótese de prestações separadas e autônomas, ainda pode acontecer que as partes tenham interesse em manter o que foi prestado até o momento da resolução, compondo interesses de parte a parte». ³⁰⁸ Nesse caso, aduz Araken de Assis, «o contrato se considerará repartido em tantas partes quantas prestações recíprocas puderem ser isoladas no programa contratual». ³⁰⁹ O ponto central está, pois, na atenção à noção jurídica de divisibilidade.

6. Boa-fé e apreciação da utilidade da prestação para o credor. O princípio da boa-fé é auxiliar na mensuração da utilidade da prestação para o credor, crivo para autorizar-se a resolução por inadimplemento. Nesse sentido, atua positiva e negativamente. Explica-se:

Constituindo a resolução (*lato sensu* considerada) direito formativo extintivo que decorre de fato superveniente à conclusão do contrato, por vezes este direito, pode ser inibido por força do princípio da boa-fé, quando o seu exercício caracteriza conduta incompatível com os deveres de lealdade e cooperação devidos pelos contraentes. Diante das drásticas consequências da tutela resolutória, ³¹⁰ ao juiz cabe extrema cautela ao decretar essa radical morte do contrato, para tanto atuando o princípio da boa-fé na valoração da conduta devida, tanto por quem exerce o direito de resolução, quanto do que sofre os efeitos da resolução.

É o que se verificou no *caso da negação da tutela antecipada*. ³¹¹

308. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*, vol. VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 498-499. Também: ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

309. ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 159.

310. No sistema brasileiro (que admite a resolução com caráter geral para os contratos bilaterais, *ex vi* do art. 475 e de sua topologia) impõe-se a necessidade de a dicção resolutória ser submetida à formalidade do processo judicial. Subjaz à resolução a configuração de «modalidade gravíssima de descumprimento», como alerta Assis, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 101.

311. STJ. AgRg no REsp 969596/MG. Quarta Turma. Relator Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 18.05.2010. DJ de 27.05.2010; idem: STJ. REsp 620787/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 28.04.2009. DJ de 11.05.2009.

402
(Case do turno)

Frente a «rescisão [sic] de contrato de promessa de compra e venda» que continha cláusula resolutória expressa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia decidido, por maioria, pelo não-cabimento de antecipação de tutela por conta de alegado esbulho possessório, por entender que, havendo contrato de compra e venda, «a posse enfeixada nas mãos do comprador, a princípio, é justa». Consequentemente, não haveria que se falar em esbulho possessório «em decorrência de seu inadimplemento, mesmo que o contrato conte com a cláusula resolutiva expressa, porque, ainda nesta hipótese, se mostra imprescindível o reconhecimento, pela via judicial, de tal resolução».³¹²

Os agravantes alegaram, dentre outros argumentos, ter o acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo* violado os artigos 128, 474 e 475 do Código Civil, sendo desnecessária a declaração judicial de resolução do contrato para o deferimento da liminar de reintegração de posse pretendida; diante do incumprimento do promissário comprador, conforme cláusula resolutória firmada, restara resolvido o pacto.

Prevaleceu, porém o entendimento de ser irrelevante, para a concessão da tutela antecipada, a notificação da devedora e a existência de cláusula expressa de resolução do contrato por inadimplemento. Considerou-se estar a reintegração na posse do imóvel dos promissários-vendedores condicionada à prévia resolução judicial da promessa de compra e venda, pois, «[e]nquanto isso não ocorrer, a permanência da ré no imóvel não torna injusta sua posse, transmitida pelo contrato. Nem há esbulho possessório, por enquanto, conforme entendimento jurisprudencial». E fundamentou o Ministro-Relator o seu entendimento não apenas na garantia da ampla defesa, mas, expressivamente, na «necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos, [de modo que] na antecipação de tutela reintegratória de posse, é imprescindível prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa».³¹³

A decisão não foi acertada – não por ter invocado a boa-fé, mas por não ter tentado para a distinção entre *resolução tácita* do contrato (parte final do art. 474 e art. 475 do Código Civil) com a *cláusula resolutiva expressa* que opera de pleno direito (art. 474, primeira parte). Havendo cláusula resolutiva expressa, não há que se falar em necessidade de decisão judicial para que a resolução opere seus efeitos desconstitutivos. O efeito extintivo é automático. Por isso que, quanto à extinção da relação jurídica obrigacional por concreção de cláusula resolutiva expressa, a sentença é declaratória e não constitutiva.³¹⁴

312. No voto vencido, restou consignado: «É cabível a antecipação de tutela, em sede de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, quando há prova inequívoca da verossimilhança da alegação relativa à inadimplência substancial do promitente comprador e existe perspectiva de dano irreparável traduzida na depreciação econômica do bem e agressão à posse por terceiros».

313. Referiu-se, como precedentes: STJ. REsp 620787/SP. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 28.04.2009. DJ de 27.04.2009.

314. Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 546-547, p. 182-184; Assis, Araken de. *Resolução do Contrato*

Por vezes o exercício do direito formativo de resolução é obstado por se ter delineado o «adimplemento substancial do contrato», cabendo examinar em apartado essa figura cuja aplicação, na *praxis* jurisprudencial, nem sempre atende aos requisitos apontados pela doutrina.

§ 82. O adimplemento substancial do contrato

1. Noção e origem. A figura do adimplemento substancial do contrato advém de construção do *common law* (com o nome de *substantial performance*), pela qual se entende deva ser rejeitada a resolução quando, apesar do incumprimento no tempo, modo e forma devidos houve cumprimento parcial e este foi «muito próximo» ao previsto no contrato como resultado devido. A razão de ser desta figura está em que, entre extinguir o negócio jurídico e preservá-lo, sua preservação é justificada por razões de utilidade. Por intermédio da figura do adimplemento substancial, portanto, limita-se o direito a resolver, embora se assegure ao credor o direito a exigir o cumprimento ou à indenização pela mora.

(A doutrina do *substantial performance* ingressou no Direito brasileiro por via doutrinária,³¹⁵ sendo aberta posteriormente a porta dos Tribunais que estabelecem a ligação entre essa figura e o princípio da boa-fé objetiva. Esse é o critério para averiguar, no caso concreto, se há de prevalecer o direito à extinção por resolução ou se sobreleva o interesse à manutenção do vínculo.³¹⁶)

2. Adimplemento substancial e boa-fé. Não tendo sido prevista essa figura no Código Civil (nem no revogado, nem no ora vigente), sua porta de entrada no

por *Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o Direito Formativo Extintivo de Denúncia no Contrato de Agência. In: MARTINS-COSTA, Judith et alii. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 183.

315. Entre outros: COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: FRADERA, Vera (Org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33-58; BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 9, 1993, p. 60-70; ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 126-131.

316. A jurisprudência é maciça. Cite-se, exemplificativamente: STJ. REsp 656103/DF. Quarta Turma. Relator Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em 12.12.2006. DJ de 26.02.2007; STJ. REsp 712173/RS. Terceira Turma. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento em 17.10.2006. DJ de 12.03.2007; STJ. AgRg no Ag 607406/RS. Quarta Turma. Relator Min. Fernando Gonçalves. Julgamento em 09.11.2004. DJ de 29.11.2004; STJ. REsp 272739/MG. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 01.03.2001. Também nos Tribunais estaduais, exemplificativamente, TJRS. Ap. Cív. n. 70001605252. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Sérgio Pilla da Silva. Julgamento em 09.11.2000; TJRS. Ag. 70001005586. Décima Quarta Câmara Cível. Relator Des. Aymoré Roque Pottes de Mello. Julgamento em 29.06.2000. No TJRJ: Ag. n. 2008.002.05366. Décima Nona Câmara Cível. Relator Des. Marcus Tullius Alves. Julgamento em 12.05.2008; TJRJ. Ap. Cív. n. 2008.001.02736. Nona Câmara Cível. Relator Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgamento em 06.05.2008; no TJSP: Ap. Cív. n. 4392314500. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgamento em 29.05.2008; TJSP. Recurso Inominado n. 28578. Terceira Turma Cível. Relator Des. João Batista Silvério da Silva. Julgamento em 15.05.2008.

Ordenamento brasileiro foi, também, o princípio da boa-fé, ainda que, por vezes, confundido com outras figuras, como a lesão, o enriquecimento sem causa, a função social do contrato ou mesmo o princípio do equilíbrio contratual.³¹⁷ O fundamento do adimplemento substancial está, porém, na conjugação entre a boa-fé – como modeladora do exercício jurídico – e a utilidade contratual.

Assim está no *caso das prestações duvidosas*.³¹⁸

A demanda havia sido estabelecida entre promitente vendedor e promitente comprador. Este último se comprometera a pagar o valor do imóvel em parcelas indexadas pela hoje extinta OTN. Na ocasião, as partes acordaram que o adquirente arcaria com um valor equivalente a «certo número de OTN's estabelecido no contrato. No entanto, no instrumento particular de compra e venda não restou definida o número de prestações a serem pagas». O comprador, então, ajuizou ação para garantir o domínio do imóvel próprio, e o credor opôs a exceção de contrato não cumprido.

Chegada a lide ao STJ, este decidiu ser apenas «[a]parente a incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial, pois na verdade, tais institutos coexistem perfeitamente podendo ser identificados e incidirem conjuntamente sem ofensa à segurança jurídica oriunda da autonomia privada». E esclareceu:

«No adimplemento substancial tem-se a evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para a verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato. Nessa linha de pensamento, devem-se observar dois critérios que embasam o acolhimento do adimplemento substancial: a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida.»

Essa linha de entendimento corrobora o que já estava no *caso do financiamento quase integralmente adimplido*.³¹⁹

O comprador havia pago todas as prestações de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária em garantia, com a falta apenas da última prestação, cujo valor foi consignado judicialmente. Não tendo essa sido paga, o credor lançara mão da ação de busca e apreensão, rejeitada, recorrendo-se à doutrina do adimplemento substancial, pois se considerou:

317. Exemplificativamente: STJ. REsp 1051270/RS. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 04.08.2011. DJ de 05.09.2011; TJRS. Ag n. 70011314200. Décima Quarta Câmara Cível. Relator Des. Sejalmo Sebastião de Paula Nery. Julgamento em 04.04.2005.

318. STJ. REsp 1215289/SP. Terceira Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. Julgamento em 05.02.2013. DJ de 21.02.2013. TJSP. Ap. Cív. n. 4392314500. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgamento em 29.05.2008.

319. STJ. REsp 272739/MG. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado Aguiar. Julgamento em 01.03.2001. DJ de 02.04.2001. No mesmo sentido: STJ. REsp 469577/SC. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 25.03.2003. DJ de 05.05.2003.

«O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso.» E, sendo sublinhado o fato da consignação judicial do valor da última parcela, concluiu-se: «[n]ão atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse».

Os julgados se sucedem, ora porque foram pagas 30 das 38 parcelas devidas em contrato de leasing de carretas (*caso das carretas*),³²⁰ ora porque ficara faltando apenas uma das prestações (*caso do financiamento quase integralmente adimplido*),³²¹ ora porque 68% do devido fora pago (*caso dos 32% devidos*).³²² Embora em alguns casos aluda-se à «equidade»³²³ ou à «função social do contrato»,³²⁴ certo é que tem sido mantida a linha de entendimento segundo a qual – vedado o reexame de matéria fática e contratual, pelos óbices das súmulas 5 e 7/STJ – afirma-se a tese: quando presente um adimplemento que se vislumbre próximo o resultado final do contrato, «não mais é possível a resolução contratual, senão que eventual prejuízo a uma das partes dará ensejo, tão só, à indenização por perdas e danos, a ser buscada em demanda respectiva».³²⁵

Ao proferir decisão pelo adimplemento substancial, o julgador, implícita ou expressamente reconheceu assegurar a Lei ao credor – uma vez ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor –, a opção por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC). Porém, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida próximo ao resultado final (razão da expressão «adimplemento substancial»), limita-se o exercício desse direito pelo credor, pois a resolução caracterizaria afronta à boa-fé como regra de lealdade entre os contraentes. Com essa solução, fica preservado o direito de crédito, «limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato». O credor poderá «optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma inden-

*indenação do devedor
da prestação*

320. STJ. REsp 1200105/AM. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 19.06.2012. DJ de 27.06.2012.

321. STJ. REsp 272739/MG. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 01.03.2001. DJ de 02.04.2001.

322. STJ. AgEg no AREsp 238432/RS. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 18.06.2013. DJ de 21.06.2013.

323. STJ. REsp 1215289/SP. Terceira Turma. Relator Min. Sidnei Beneti. Julgamento em 05.02.2013. DJ de 21.02.2013.

324. STJ. REsp 1051270/RS. Quarta Turma. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 04.08.2011. DJ de 05.09.2011.

325. Assim se lê no STJ. AgEg no AREsp 238432/RS. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 18.06.2013. DJ de 21.06.2013.

zação (perdas e danos), mas não a extinção do contrato» por via da resolução.³²⁶ As perdas e danos serão devidas pela mora.

Assim, o tracejamento de uma vinculação entre a boa-fé, como baliza da licitude no modo do exercício de direitos subjetivos (inclusos os direitos formativos) e o «princípio da utilidade contratual» deve ser bem compreendido na apreciação dos casos concretos em que é sustentada a caracterização de um adimplemento substancial. Caso contrário, poderá restar caracterizado o uso abusivo de uma figura que é, de *per se*, excepcional na medida em que excepciona o «princípio da exatidão ao prestar».³²⁷

§ 83. O inadimplemento antecipado do contrato

1. Premissas. O direito de resolução por inadimplemento, previsto nos artigos 474 e 475 do Código Civil, é um direito formativo extintivo dependente de um fundamento. Este reside no fato do incumprimento ou na situação de inadimplência.³²⁸ Porém, como é sabido, tecnicamente só se configurará o inadimplemento relativo ao tempo, nas obrigações a termo, quando alcançado o termo preestabelecido. O Código Civil rejeita a possibilidade de o credor cobrar dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou determinado em lei para além das três hipóteses fixadas no art. 333, inclusive determinando, no art. 939, a responsabilidade por danos de quem assim agiu.³²⁹ Ainda assim, doutrina e jurisprudência têm construído um outro caminho que não diz respeito propriamente a exigir o cumprimento do contrato, mas a pedir a sua extinção pela via resolutiva. Trata-se do inadimplemento antecipado, ou *violação antecipada do contrato*, hipótese por vezes confundida – equivocadamente – com a *violação positiva do contrato*, embora essa última seja atinente, exclusivamente, a violação de dever lateral (dever de proteção³³⁰).

2. Noção. O inadimplemento antecipado não é um «terceiro gênero», mas é espécie inserida no quadro geral do inadimplemento definitivo, obedecendo, portanto, aos seus requisitos e permitindo, como regra, a eficácia de resolução.³³¹

326. STJ. AgEg no AREsp 238432/RS. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 18.06.2013. DJ de 21.06.2013.

327. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 96-97.

328. BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos da Resolução por Incumprimento. *Obra Dispersa*, vol. I. Braga: Scientia Iuridica, 1991, p. 130-131.

329. Código Civil, art. 939, *in verbis*: «O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro».

330. Por todos FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 264 e ainda em: *Inadimplemento das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45. Ver também Capítulo VI, §64, *supra*, bem como o §84, *infra*.

331. ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104-107. Defendemos similar posição: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V. Tomo II. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158. Também assim Jorge Cesa Ferreira da Silva, assinalando que, apesar

A jurisprudência tem voltado a sua atenção à figura. Porém, a exata compreensão de seus fundamentos, aplicabilidade e eficácia têm sido reveladas em arestos de Tribunais estaduais,³³² ainda que, em muitos casos, embora invocada a teoria do inadimplemento antecipado, se trate, mais propriamente, de exceção de contrato não cumprido ou de exceção de insegurança.³³³

No Superior Tribunal de Justiça tem-se notícia apenas de um único acórdão³³⁴ referindo a figura – o *caso da Encol*³³⁵ –, precedente muito citado que julgou litígio derivado de promessa de compra e venda, fundando-se o pedido resolutorio na «notória falência da Encol».

Porém, como resta claro se examinada a integralidade do acórdão, e não apenas a sua ementa, não se tratava, a rigor, de inadimplemento antecipado.

A construtora havia falido e continuava a exigir o pagamento das prestações pelo promitente comprador. A decisão foi embasada, pois, no art. 1.092 do Código de 1916, indicado expressamente no texto da decisão. E, com efeito, o caso era manifestamente de invocação da *exceção de insegurança* também prevista no art. 1.092, 2ª parte, do Código de 1916, e ora acolhida no art. 477.³³⁶

de disposições específicas limitarem a amplitude de efeitos, «não vedam a admissão da figura em seu aspecto global» – (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 261) –, com referência aos arts. 333, 1.423 e 1.424 do Código, os quais teriam a eficácia de limitar os efeitos da figura do inadimplemento antecipado, mas não a de vedar, caracterizando-se, por vezes, a hipótese de inadimplemento de deveres de prestação, por outra, de deveres laterais (vide p. 263 e 264).

332. Aplicando corretamente a figura está decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que averbou: «se um dos contraentes revela, por demonstração inequívoca, a intenção de não cumprir a prestação contratada a tempo certo. Todavia, se também inadimplente, perde o outro legitimidade para propor a ação, ainda mais quando esta é aforada antes do prazo previsto para a conclusão da obra» (TJSC. Ap. Cív. 40.801. Relator Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira. Julgamento em 19.10.1993). Também assim o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao reconhecer o inadimplemento antecipado pela abusividade da cláusula de decaimento em hipóteses verdadeiramente teratológicas como o caso da construtora disfarçada em cooperativa que não havia, passados 10 anos da conclusão do contrato e faltando apenas dois meses para o alcance do termo contratual, sequer se iniciado a construção, não tendo, até então, praticado nenhum ato em vista da execução contratual (TJSP. Ap. Cív. 413.104.4/6-00. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgamento em 10.04.2008).

333. Exemplificativamente: Na hipótese, o promitente vendedor havia simplesmente paralisado a obra – e não negara o fato em contestação. Mais uma vez tratava-se de liberar o promitente comprador da obrigação de pagar, em atenção à estrutura comutativa da relação em causa (v. TJRS. Ap. Cív. 196060800. Nona Câmara Cível. Relatora Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Julgamento em 11.06.1996. Idem, no TJSP. Ap. Cív. 340.980.4/6-00. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgamento em 25.10.2007).

334. Embora as seguintes decisões monocráticas: STJ. Ag 525789/PR. Relatora Min. Nancy Andrighi. Publicação em 23.10.2003; STJ. Ag 622283/RS. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Publicação em 24.02.2005; STJ. Ag 1294697/DF. Relator Min. João Otávio de Noronha. Publicação em 03.03.2011; STJ. AREsp 255526/SP. Relator Min. Sidnei Beneti. Publicação em 23.11.2012.

335. STJ. REsp 309626/RJ. Quarta Turma. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 07.06.2001. DJ de 20.08.2001. TJSP. Ap. Cív. 534.004.4/2-00. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgamento em 10.07.2008.

336. Art. 477, *in verbis*: «Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la».

Cabe, bem por isso, delinear a figura – sua origem e seus pressupostos – evidenciando os laços com o princípio da boa-fé.

3. Origem. A figura da *breach of contract* nasceu no Direito da *common law* encontrando suas raízes em decisão da jurisprudência inglesa de 1853, no caso *Hochster v. De la Tour*, que até hoje serve de paradigma para a longa lista de *cases* julgados pelas cortes inglesas e norte-americanas.³³⁷ A sua criação se explica, funcionalmente, porque no Direito inglês não se traça a mesma distinção existente em vários dos países da *civil law* entre o não-cumprimento [definitivo], o cumprimento defeituoso e a mora³³⁸ de modo que «tudo o que não for aquele cumprimento estipulado é considerado como uma quebra da promessa de garantia³³⁹ feita. A *breach of contract*³⁴⁰ é sancionada, de regra, apenas por intermédio de uma ação de ressarcimento do dano causado pela não-observância da garantia contratualmente assumida,³⁴¹ pois, se há inadimplemento (qualquer um, inclusive o que, em nossos sistemas, recai no conceito de mora) se considera violada uma obrigação implícita, qual seja: que a prestação seja fornecida em sua totalidade.³⁴² Considera-se, ademais, que essa violação deva ser «fundamental», isto é: deve concernir a um aspecto essencial do contrato (*goes to the root of the contract*).³⁴³

É justamente esse o ponto, asseguram Zweigert e Kötz, em que reside a chave explicativa da grande diferença entre o regime do inadimplemento entre

337. Assim relata AZULAY, Fortunato. *Do Inadimplemento Antecipado*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 101-102, expondo o caso: o autor, apesar de contratado para iniciar seu serviço de correio no continente europeu a partir de 1.º de junho, recebeu de seu empregador, em maio, a comunicação de que não deveria trabalhar, repudiando, assim, o contrato, já ajustado, mais cuja execução ainda não se iniciara. Inconformado, recorreu aos tribunais. O advogado do empregador defendeu a tese que o repúdio ao contrato nada mais era do que uma oferta para «rescindir o contrato». Na decisão consagrou-se a tese de que, como afirmou o juiz Compton, «quando uma parte anuncia a sua intenção de não cumprir o contrato, a outra parte pode aceitar essa palavra e rescindir o contrato. A palavra rescindir implica que ambas as partes acordam em pôr fim ao contrato. Mas estou inclinado a pensar que a parte pode também dizer: desde que V. anunciou que não dará seguimento ao contrato, eu concordo em dá-lo por findo desde este momento; far-lhe-ei responsável pelos danos que sofri; mas procederei de forma a fazer com que os danos sejam os menores possíveis».

338. Consultei MONTANIER, Jean-Claude; SAMUEL, Geoffrey. *Le Contrat en Droit Anglais*. Grenoble: PUG, 1999, p. 114 e ss.; ZITSCHER, Harriet Christine. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 152; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Tomo II. Trad. italiana de Adolfo di Majo e Andrea Gangemi. Milano: Giuffrè, 1995, p. 180 e ss.; LAITHIER, Yves-Marie. *Étude Comparative des Sanctions de l'Inexécution du Contrat*. Paris: LGDJ, 2007, p. 565 e ss.

339. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Tomo II. Trad. italiana de Adolfo di Majo e Andrea Gangemi. Milano: Giuffrè, 1995, p. 201.

340. ZITSCHER, Harriet Christine. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 152

341. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Tomo II. Trad. italiana de Adolfo di Majo e Andrea Gangemi. Milano: Giuffrè, 1995, p. 201.

342. O precedente foi fixado no caso *Hoenig v. Isaacs*, [1952] 2 AII ER p. 176 a 180-182, como informam MONTANIER, Jean-Claude; SAMUEL, Geoffrey. *Le Contrat en Droit Anglais*. Grenoble: PUG, 1999, p. 115.

343. Assim fixado em *Decro-Wall v. Practitioners Ltd* [1971] 2 AII ER 216, referido por MONTANIER, Jean-Claude; SAMUEL, Geoffrey. *Le Contrat en Droit Anglais*. Grenoble: PUG, 1999, p. 115.

o sistema da *common law* e o da *civil law*. Não havendo as refinadas distinções nesse último traçadas entre as diferentes espécies do gênero inadimplemento, foi preciso encontrar uma solução para os casos em que o devedor, ainda antes do termo, declara que não cumprirá ou se comporta de modo tal que, por sua conduta, inviabilize o cumprimento do contrato. E a solução foi reconhecer a *anticipatory non performance*, que enseja ao credor uma escolha: ou exerce a pretensão resolutória ou pede a manutenção do contrato, se não tiver necessidade de atos cooperativos por parte do devedor, com o que nasce o seu direito a pedir em *debt* o preço contratual.³⁴⁴

4. O inadimplemento antecipado nos documentos do Direito Contratual Internacional. A circulação desse modelo para outros sistemas se expandiu principalmente no campo das vendas internacionais de mercadorias, impulsionada que foi pela Convenção de Viena, de 1980, que possibilitou a declaração de inadimplemento antecipado, com algumas particularidades relativamente ao previsto em geral nos sistemas nacionais.

Na forma de seu art. 72, «se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste».³⁴⁵ Explicita Schlechtriem: «a incidência do art. 72 implica sempre que a obrigação em causa não esteja vencida, isto é: que haja espaço para temer-se a ocorrência de um incumprimento contratual futuro. Diferentemente, no caso da inexecução de uma obrigação contratual já vencida, a possibilidade de resolver o contrato deve ser apreciada unicamente à luz dos artigos 49 ou 64».³⁴⁶

Mais tarde, consagraram-na os Princípios UNIDROIT (art. 7.3.3)³⁴⁷ e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos em que recebida com o nome de *anticipatory non-performance*.³⁴⁸ Dos Códigos de origem romano-germânica

344. *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* [1962] AC 413, referido por MONTANIER, Jean-Claude; SAMUEL, Geoffrey. *Le Contrat en Droit Anglais*. Grenoble: PUG, 1999, p. 115.

345. FRADERA, Vera. O Conceito de Inadimplemento Fundamental no art. 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 11, 1996, p. 55-66.

346. No original: «Le jeu de l'article 72 implique toujours que l'obligation en jeu ne soit pas encore échue, en d'autres termes, qu'il y ait lieu de craindre une contravention contractuelle future. À l'opposé, en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle déjà échue, la possibilité de résoudre le contrat doit être appréciée uniquement à la lumière de l'article 49 ou de l'article 64». (SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*. Paris: Dalloz, 2008, p. 349-350.)

347. *In verbis*: «Article 7.3.3 (Anticipatory non-performance) Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract». Traduzido por Lauro Gama Júnior: «(Inadimplemento antecipado) Uma parte poderá extinguir o contrato, se, anteriormente ao termo de execução do contrato, resulta claro que haverá inadimplemento essencial pela outra parte». Disponível em <<http://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Último acesso em 30.04.2015.

348. *In verbis*: 9:304. «Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract».

acolhe-a o italiano, com base em interpretação ampliativa que vem sendo feita pela jurisprudência dos artigos 1.219, 2, e 1.460, segundo os quais não é necessária a constituição em mora, mediante intimação ou notificação («*richiesta*») feita por escrito quando «o devedor declarou, por escrito, não querer cumprir a prestação»³⁴⁹ (art. 1.219, 2), cabendo a exceção de inadimplemento (art. 1.460). Essa mesma solução tem chegado por via doutrinária e jurisprudencial a outros sistemas por força da globalização que enseja um incremento na circulação de modelos jurídicos.³⁵⁰

Esse brevíssimo *excursus* comparatista se mostra relevante para bem apreciar os problemas que circundam a efetiva recepção da figura no Direito brasileiro, em que, por vezes, ou não é dada atenção aos requisitos necessários à sua aplicação ou se usa a denominação para embalar diversa significação.

5. Aceitação no Direito brasileiro. Entre nós, a doutrina do inadimplemento antecipado se apresentou primeiramente pela via doutrinária, não recebendo – à época em que publicados os pioneiros estudos de Serpa Lopes³⁵¹ e de Azulay³⁵² – maior repercussão, muito embora já em 1983 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela lavra do então Desembargador Athos Gusmão Carneiro, tenha dado solução congruente com aquela preconizada pela *anticipatory non-performance*, ainda que sem nomeá-la.

Naquele pioneiro caso fora prometida a construção de um hospital mas, passado o tempo, nenhuma providência havia sido tomada pelo responsável pela construção, e as promessas haviam ficado «no plano das miragens». Porém, os subscritores vinham pagando, religiosamente, as quotas pelas quais se haviam obrigado. O fundamento da decisão não poderia, pois, ser outro que não o expressado pelo Relator: «[a]ssim, ofende todos os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos à integralização de tais quotas, sob pena de protesto dos títulos. Procedência da ação de rescisão de contratos em conta de participação».³⁵³

349. Codice Civile, no original: «quando il debitore há dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione».

350. Ver FRADERA, Vera. A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina, um entrave à integração no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, vol. 736, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 20 e ss. Recentemente: LAITHER, Yves-Marie. Étude Comparative des Sanctions de l'Inexécution du Contrat. Paris: LGDJ, 2007, p. 565 e ss.

351. Ainda que em obra não monográfica, Miguel Maria de Serpa Lopes já se manifestava pela quebra positiva, ante manifestação expressa do devedor ou prática de ato incompatível com o cumprimento da prestação (*Exceções Substanciais*: Exceção de Contrato Não Cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 291-295).

352. Em 1977, Fortunato Azulay preceituava a aceitação da figura, por entender que o art. 1.092 (onde consagrada a *exceptio non adimpleti contractus*) possibilitava interpretação analógica (AZULAY, Fortunato. *Do Inadimplemento Antecipado*. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1977, p. 111 e ss.).

353. TJRS. Ap. Cív. 582000378. Primeira Câmara Cível. Relator Des. Athos Gusmão Carneiro. Julgamento em 08.02.1983, assim ementada: «Contrato de participação assegurando benefícios vinculados à construção de hospital, com compromisso de completa e gratuita assistência médico-hospitalar. O Centro Médico Hospitalar de Porto Alegre Ltda. não tomou a mínima providência para construir o prometido hospital, e as promessas ficaram no plano das miragens; assim, ofende todos

6. Inadimplemento antecipado e boa-fé. A maior aceitação da doutrina do inadimplemento antecipado ocorreu, em nosso país, quando descobertas as potencialidades do princípio da boa-fé como fonte produtora de deveres anexos e laterais nos anos 90 do século XX. Então se ampliaram os estudos, passando-se a atentar para essa hipótese, por considerar que a prática de atos contrários ao contrato violava o comportamento devido em razão da boa-fé contratual. Ainda assim a resposta doutrinária era majoritariamente negativa,³⁵⁴ ressaltando-se o entendimento expresso, nos anos 90 do século XX, por Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Araken de Assis, averbando o autor primeiramente citado: «[é] possível o inadimplemento antes do tempo, se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo, contra a prestação, de tal sorte que se possa deduzir, conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá cumprimento. Se esta situação se verificar, o autor pode propor a ação de resolução».³⁵⁵

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a doutrina voltou ao tema, situando o inadimplemento antecipado como uma das eficácias do princípio da boa-fé objetiva e se ocupando em delinear os requisitos exigíveis à sua aplicação. A associação entre a doutrina do inadimplemento antecipado e a boa-fé é explicada por Clóvis do Couto e Silva porque nos sistemas de raiz romanística a recepção da doutrina da *anticipated breach of contract* ocorreu justamente pela via daquele princípio, considerada a sua função de fonte autônoma de direitos e obrigações, assim evidenciando a presença os elementos cooperativos «necessários ao correto adimplemento».³⁵⁶ E, com efeito, numa

os princípios de comutatividade contratual pretender que os subscritores de quotas estejam adstritos à integralização de tais quotas, sob pena de protesto dos títulos. Procedência da ação de rescisão de contratos em conta de participação».

354. Em estudo datado de 1988, Vera Fradera respondia negativamente à questão de saber se a Doutrina tinha aplicação no Direito brasileiro, mas atentava às potencialidades do novo Código Civil, *in verbis*: «Será possível aplicar a quebra positiva do contrato às violações positiva do contrato no Direito brasileiro? Parece-nos, por ora, bastante difícil essa solução, nos moldes em que é feita no Direito alemão ou americano. [...] Entendemos que, com a adoção do novo CC, as possibilidades de acionar o devedor por quebra do contrato serão maiores, desde que há o art. 422». (FRADERA, Vera. *Quebra Positiva do Contrato*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, vol. 44, nov./1988, p. 144-152, além das p. 150-151).

355. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*: Resolução. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 126-130. Em sentido similar: ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104-107; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261, com referência aos arts. 333, 1.423 e 1.424 do novo Código, os quais teriam a eficácia de limitar os efeitos da figura do inadimplemento antecipado, mas não a de a vedar, caracterizando-se, por vezes, a hipótese de inadimplemento de deveres de prestação, por outra, de deveres laterais (vide p. 263 e 264). Também o nosso MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil - Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V. Tomo II. 1ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158 e ss.

356. COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: CAETANO, Marcello; MOREIRA ALVES, José Carlos; COUTO E SILVA, Clóvis do; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (Orgs.). *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 47. A doutrina posterior seguiu esse entendimento. Ver, entre outros: BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substantial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 9, 1993, p.

perspectiva finalista e funcional, cabe essa aproximação principiológica, pois não seria probo (Código Civil, art. 422) deixar o credor inerte e de mãos amarradas, no aguardo de um adimplemento que certamente não virá, já que anunciada, com certeza, a inevitabilidade do inadimplemento. Há, na figura um pretendido *efeito liberatório*, permitindo ao credor frustrado a chance de buscar junto a outros eventuais contratantes os propósitos idealizados na relação que restou fracassada.³⁵⁷

Porém, sendo correta a associação entre a figura do inadimplemento antecipado e a boa-fé, é preciso reconhecer que não basta a mera invocação daquele princípio. Antes de mais, é preciso o cuidadoso exame dos requisitos do inadimplemento antecipado, bem trabalhados nos sistemas que operam há mais tempo com essa figura.

7. Requisitos. Os requisitos ou condições – cumulativos e de obrigatória presença, requeridos em todos os sistemas que acolhem a figura do inadimplemento antecipado³⁵⁸ – partem da consideração de ser excepcional a invocação dessa doutrina, na medida em que afasta o princípio da pontualidade. Sumarizando-os, indica-se ser necessário que: (i) ocorra um inadimplemento imputável caracterizado como grave violação do contrato, possibilitando uma «justa causa» à resolução; (ii) haja plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; (iii) caracterize-se, por parte do devedor uma conduta culposa, seja ao declarar que não vai cumprir, seja ao se omitir quanto aos atos de execução, recaindo em inércia de modo que o seu comportamento contratual nada indique no sentido da execução (comportamento concludente).

O primeiro requisito é atinente às características do inadimplemento que levam à invocação da figura, e está bem presente na Convenção de Viena, nos Princípios UNIDROIT e nos Princípios do Direito Contratual Europeu. Os abalizados comentários ao art. 9:304 destes Princípios editados na França pela *Société de Législation Comparée* esclarecem: «[a] resolução fundamentada nesse artigo somente é possível se a obrigação, cuja inexecução se teme, é de tal ordem que autorizaria o credor a resolver o contrato».³⁵⁹

A doutrina brasileira acerca do inadimplemento antecipado não está longe dessa interpretação. «[n]ão se quer afirmar, de modo algum», diz Daniel

60-70; FRADERA, Vera. Quebra Positiva do Contrato. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, vol. 44, nov. 1988, p. 144-152; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

357. USTÁRROZ, Daniel. Incumprimento Antecipado do Contrato. *Revista Jurídica Empresarial*, vol. 1, mar.-abr./2002, p. 59.

358. Para uma análise comparatista v. LAITHIER, Yves-Marie. *Étude Comparative des Sanctions de l'Inexécution du Contrat*. Paris: LGDJ, 2007, p. 566-576. No Direito europeu, consulte-se ROUHETTE, Georges (Org.). *Principes du Droit Européen du Contrat*. Paris: Société de Législation Comparée, 2003, p. 380-381.

359. Em tradução livre. No original: «La résolution sur le fondement du présent article n'est possible que si l'obligation dont on craint l'inexécution est telle que son non-respect autoriserait le créancier à résoudre le contrat. (...)». Todas as citações estão em: ROUHETTE, Georges (Org.). *Principes du Droit Européen du Contrat*. Paris: Société de Législation Comparée, 2003, p. 380-381.

Ustároz, «a ocorrência de “incumprimento prévio” sempre que uma das partes desatende a um dever, mas apenas a situação na qual, antes mesmo de esvaído o prazo, já se pode constatar o inadimplemento. O esclarecimento, conquanto banal, mostra-se necessário para auxiliar a compreensão, na medida em que há julgados que se valem de termos semelhantes para ilustrar qualquer inadimplemento no curso da execução do contrato».³⁶⁰

O entendimento é correto, cabendo lembrar o que acima foi recordado acerca da gravidade do inadimplemento autorizativo da resolução.³⁶¹ É preciso restar caracterizada a *fundamental non-performance* não sendo suficiente um simples atraso que não retire do contrato a utilidade a que fora predisposto. Além do mais deve ser «manifesta» ou «patente» a inabilidade ou indisponibilidade do devedor para cumprir. Se o que existe é apenas uma dúvida, diz Martinez, cabe pedir uma garantia, como está no art. 8:105 dos Princípios Europeus,³⁶² ou, se cabível, opor exceção de insegurança entre nós autorizada pelo art. 477 do Código Civil.

Quanto à necessidade de certeza acerca do inadimplemento, afirma José Roberto de Castro Neves: «a mera dificuldade no futuro cumprimento ou receio do credor de que o devedor não entregará a prestação não acarretam o inadimplemento antecipado. Deve haver a certeza de que, pelas circunstâncias atuais, o devedor não estará apto a cumprir o seu dever obrigacional».³⁶³ Assim, as situações em que não há certeza, mas tão somente uma «alta probabilidade de inadimplemento, antevista pelo credor» escapam à esfera do inadimplemento antecipado, sendo regidas pelo já referido art. 477 (exceção de insegurança).³⁶⁴ Sua invocação carece, pois, de uma «situação unívoca», manifesta, não sendo suficiente que o credor receie o futuro inadimplemento.³⁶⁵

Por fim, quanto ao terceiro requisito, o devedor deve declarar ao credor que não cumprirá ou adotará comportamento concludente com o sentido dessa declaração. Seja implícita ou explícita a recusa em adimplir, a recusa ambígua não autoriza a antecipação.³⁶⁶

360. USTÁROZ, Daniel. Incumprimento Antecipado do Contrato. *Revista Jurídica Empresarial*, vol. 1, mar.-abr./2002, p. 59. Destaquei.

361. Esse requisito – embora revestido por roupagens diversas – «importante» ou «fundamental», como está nos Princípios UNIDROIT para os Contratos de Comércio Internacional (art. 7.3.3), bem como na Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG (art. 72) e nos acima já mencionados Princípios do Direito Europeu – é imprescindível a invocação do art. 475 do Código Civil.

362. MARTINEZ, Belén Andreu. Incumplimiento Antecipado: regulación en los Principios de Derecho Contractual Europeo y soluciones a la vista del Código Civil español. In: ESPIAU, Santiago; ALOY, Antoni. *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 333-334.

363. CASTRO NEVES, José Roberto. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 355.

364. CASTRO NEVES, José Roberto. *Idem*, p. 357.

365. LAITHIER, Yves-Marie. Étude Comparative des Sanctions de l'Inexécution du Contrat. Paris: LGDJ, 2007, p. 568.

366. LAITHIER, Yves-Marie. *Idem*, p. 571, que refere: «le refus n'autorise aucune anticipation s'il est ambigü».

§ 84. A violação positiva do crédito

1. Proposição. Ocorre o adimplemento de um contrato quando realizado o conjunto dos interesses envolvidos na relação. Como já antes discernido, os interesses envolvidos podem ser basicamente de duas espécies – os interesses à prestação (e os correspondentes deveres de prestação) – e os interesses à proteção da própria esfera jurídica, afetados que podem ser pelo contrato.³⁶⁷ A esses últimos correspondem os deveres de proteção (deveres laterais) nascidos do imperativo de agir segundo a boa-fé. Como explica Jorge Cesa Ferreira da Silva: «[p]or “interesses envolvidos na relação” entende-se – fundamentalmente após Stoll – não só aqueles vinculados diretamente ou indiretamente à prestação, como também os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda obrigação envolve».³⁶⁸

Mais tarde, a doutrina incorporou a essa noção todo um conjunto de deveres que tem uma relação indireta ou qualitativa com a prestação,³⁶⁹ como os deveres de *lealdade e de cooperação* e propôs a noção: configura-se a violação positiva do crédito pelo «inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação».³⁷⁰ Assim, a distinção entre deveres anexos e deveres de proteção (ou deveres laterais) aqui já tantas vezes mencionada,³⁷¹ é imprescindível para a adequada compreensão da figura da violação positiva do contrato. Quem iguala ou confunde os interesses à prestação (inclusivos da obrigação principal, dos deveres secundários e dos anexos) com os interesses à proteção, tenderá a considerar que a figura da violação positiva do contrato é inútil entre nós, pois o conceito de mora no Direito brasileiro é amplo (Código Civil, art. 394), englobando tempo, lugar e modo da prestação. Essa posição é equivocada, pois tempo, lugar e modo atinem à prestação (interesses à prestação), sejam principais, secundários ou anexos, e não diretamente aos interesses à proteção («deveres laterais»). É a violação desses interesses que é apanhada pela noção de «violação positiva do contrato».

2. Extensão. Conquanto a figura da «violação positiva do contrato» não exija a existência de um contrato – tanto assim que passou a ser mais conhecida na Alemanha como violação positiva «do crédito» ou da «pretensão» («*Forde-*

367. Neste livro, Capítulo III, §20, *supra*. Reitere-se a bibliografia principal em língua portuguesa: CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Contrato e Deveres de Proteção*. Separata do *Suplemento ao BDFUC*, vol. XXXVIII. Coimbra: Almedina, 1994, p. 39; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69 e ss.

368. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69. É feita referência a STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxis*, n. 136, 1932, p. 287-288.

369. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Idem*, p. 78-80.

370. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Idem*, p. 273. Registramos nosso entendimento de que basta o «descumprimento imputável» e não, necessariamente, o «descumprimento culposo».

371. Vide, *supra*, Capítulo III, §20, e Capítulo VIII, §64.

ring») – se houver contrato, a violação será de dever relacionado ao contrato,³⁷² ensejando *pretensão indenizatória contratual*, ainda que inexistia pretensão à prestação primária (dever principal de prestação, eventualmente atingido por nulidade, ou ineficácia, ou desaparecido por impossibilidade). Isso porque, como explica Ferreira da Silva, «o fato ocorreu não só por ocasião do contrato, mas por ato *diretamente* vinculado à (virtual) execução do contrato».³⁷³

A redação dada pelo Código Civil ao art. 394 confere ao regime da mora, que é inadimplemento relativo, um amplo campo de extensão, permitindo apanhar sob essa noção também o adimplemento insatisfatório e o defeituoso. No texto legal, alude-se não apenas à prestação feita no devido *tempo*, mas, igualmente «no *lugar* e na *forma* em que a lei ou a convenção estabelecer». Porém, como acima já se apontou, a noção legal vincula-se à noção de *prestação* e, portanto, atine e resguarda os *interesses à prestação*. Daí a utilidade da figura da violação positiva do crédito para resguardar a satisfação dos *interesses à proteção*.³⁷⁴ Como bem sublinha Jorge Cesa Ferreira da Silva, «não obstante esses casos sejam protegidos em nosso Ordenamento pelas cláusulas gerais dos artigos 186 e 187, do Código» a consequência indenizatória não é a única viabilizada pelo Ordenamento, sendo útil a figura para permitir a visualização e aplicação, «de outros efeitos decorrentes do descumprimento, tais como a possibilidade de resolver o contrato ou de opor a exceção de contrato não cumprido, efeitos que não se viabilizam se o caso fosse tratado, simplesmente, como descumprimento de dever geral».³⁷⁵

3. Eficácia. Cabe, ainda, pontuar a eficácia. Abrangendo a figura da violação positiva do crédito tão somente o descumprimento de dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, inserto em interesse de proteção (e que, portanto, tem vinculação apenas *mediata* com o dever de prestação), o incumprimento gera direito às perdas e danos, e não à resolução, não tendo a violação positiva do crédito, de regra, a virtualidade de gerar o nascimento do direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*. Em uma hipótese, porém, cogita-se da eficácia resolutiva. É quando o incumprimento do dever lateral seja tão grave que venha a conduzir, justificadamente, à quebra da confiança e, assim, à perda do interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional. Nesse caso, haveria o

372. Para uma exaustiva análise, veja-se UDA, Giovanni Maria. *La Buona Fede nell'Esecuzione del Contratto*. Torino: Giapichelli, 2004, p. 234 e ss.

373. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 101. Grifei.

374. HAICAL, Gustavo. O Inadimplemento pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral Advindo da Boa-Fé Objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 900, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 67. «Desse modo, em face de a mora, no Direito brasileiro, abranger não só o atraso no cumprimento da prestação, mas também o não cumprimento desta, no lugar e no modo devido, referindo-se exclusivamente aos interesses de prestação, somente se dará a violação positiva do crédito quando ocorrer o descumprimento de deveres laterais nucleados nos interesses de proteção e quando não vier a afetar o interesse do credor na prestação, pois na segunda hipótese, advirá o inadimplemento absoluto».

375. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 273.

inadimplemento absoluto e, por conseguinte, o advento do direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*.³⁷⁶

Portanto, perante a relação jurídica obrigacional, determinar a eficácia – se indenizatória, apenas, ou resolutive, com o pagamento das perdas e danos causados pela resolução, dependerá da análise da gravidade do descumprimento do dever de proteção. Se o incumprimento quebrou a confiança e gerou a perda do interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional, não se configura a violação positiva do crédito, mas desenha-se caso de inadimplemento absoluto e, conseqüentemente, é gerado o direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*.³⁷⁷

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apenas um único acórdão está indexado a essa figura.³⁷⁸ E, ainda assim, como bem percebeu o Tribunal, não se tratava da hipótese de violação positiva, mas de caso de resolução por inadimplemento e de aplicação de cláusula penal por incumprimento parcial da prestação.

§ 85. Conclusões muito sintéticas

A análise funcional da boa-fé até aqui procedida conduz a cinco sintéticas conclusões:

376. Veja-se: HAICAL, Gustavo. O Inadimplemento pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral Advindo da Boa-Fé Objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 900, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 70-71: «Como o inadimplemento absoluto e o relativo, no Direito brasileiro, constituem figuras que abarcam de um modo mais abrangente os casos de inadimplemento, a figura da violação positiva do crédito é muito restrita. E, pelo fato de se poder afirmar existir direito de resolução somente quando ocorrer o inadimplemento absoluto, a violação positiva do crédito tão só pode gerar direito a perdas e danos. Isso porque, se houver o descumprimento de dever lateral nucleado no interesse de proteção de grande intensidade perante o vínculo obrigacional, poderá vir a ocasionar o desinteresse de um dos figurantes afetados em manter o vínculo contratual, gerando o inadimplemento absoluto. Isso pode se dar, pois o dever lateral descumprido, mesmo estando na esfera dos interesses de proteção, encontra-se vinculado de modo mediato aos deveres de prestação. Em ocorrendo a perda do interesse na manutenção da relação obrigacional, pode-se argumentar que houve a transformação da violação positiva do crédito em inadimplemento absoluto, dando causa, aí sim, ao direito formativo extintivo de resolução *lato sensu* (resolução *stricto sensu* e resilição) ou ao justo motivo ao exercício do direito formativo extintivo de denúncia. O critério de utilidade de manutenção do vínculo contratual, a permitir a extinção do contrato pelo descumprimento de dever lateral, inserido na esfera de proteção de um dos figurantes da relação contratual, é pautado pela afetação da confiança legítima ou pela quebra do interesse do outro figurante na manutenção do vínculo».

377. Outra já não era a lição de Pontes de Miranda ao tratar do tema: «Surge o problema da violação positiva do contrato. ¿É possível que tal se dê com devedores de omissão? ¿Há violação positiva do crédito de não fazer? Se o devedor omite, mas, no omitir, não satisfaz o crédito de omissão (adimplemento ruim), posto que não impossibilite a prestação, nem incorra em mora por inadimplemento, tem de indenizar, porque adimplemento ruim não satisfaz; e pode ser que o credor peça a resolução ou a resilição do contrato. Basta que o adimplemento ruim seja tal que se cancele o interesse do credor em torná-lo bom, ou que retire poder confiar-se no adimplemento posterior» (PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXV. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 3.091, 7, p. 342). Em igual sentido: STEINER, Renata. *Descumprimento Contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 245.

378. STJ. AgRg no REsp 1349081/AL. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 06.05.2014. DJ de 12.05.2014.

Inadimplemento absoluto

Violação positiva do crédito

(i) a boa-fé configura um instituto jurídico composto por diversas figuras que lhe dão entidade funcional;

(ii) distinguem-se ontológica e funcionalmente a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva: a primeira é um estado de fato; a segunda é norma de conduta na relação obrigacional (norma de direcionamento de condutas), cânone hermenêutico, fonte integrativa e critério (*standard*) corretivo de comportamentos, no momento do exercício jurídico, e corretivo do conteúdo contratual;

(iii) em todas as situações em que invocável o princípio da boa-fé objetiva também opera o postulado fático-normativo da materialidade das situações subjacentes, com o que, hão de ser entrecruzados os critérios de aplicação com as específicas funções ensejadas pelo caso concreto, considerada, ainda, a fase da relação obrigacional concretamente examinada; conseqüentemente, a determinação da cláusula geral da boa-fé objetiva não há de ser procedida ao modo da aplicação de um princípio geral, mas há de ser procedida em vista da concreta *fattispecie* contratual e das circunstâncias de direito e de fato que a circundam;

(iv) a carência de maior tratamento dogmático ao princípio da boa-fé, traçando-se as necessárias distinções e apontando-se previamente aos critérios para a sua aplicação reflete-se na assistematização jurisprudencial. Muito frequentemente confunde-se boa-fé objetiva e subjetiva; chama-se o princípio para chegar à solução já prevista em regra; mistura-se o princípio da boa-fé com outras noções também dotadas de alta vagueza semântica (*e.g.*, dignidade da pessoa humana, função social do contrato, equidade, enriquecimento sem causa, etc.), com sérios prejuízos à sua densificação, para além de empobrecer as suas potencialidades e servir como capa a decisões voluntaristas.

(v) o caminho da construção dogmática da boa-fé, com base em critérios firmes e em distinções que oferecem segurança deve ser ainda trilhado pela doutrina brasileira. Para tanto, é necessário um diálogo mais ativo entre doutrina e jurisprudência. Almeja-se que possa contribuir, para tanto, o esforço de crítica sincera e construtiva aqui ensaiado.

Critica à bonaldização do instituto