

ORGANIZADORES
Giovana Benetti
André Rodrigues Corrêa
Márcia Santana Fernandes
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Mariana Pargendler
Laura Beck Varela

DIREITO, CULTURA, MÉTODO

Leituras da obra de Judith Martins-Costa

AUTORES

Ruy Rosado de Aguiar Júnior • Cristiane Avancini Alves • Ana Paula Oliveira Ávila • Humberto Ávila • Giovana Benetti • Gerson Luiz Carlos Branco • Maria Claudia Cachapuz • Bartolomé Clavero • Giovana Cunha Comiran • André Rodrigues Corrêa • Karime Costalunga • Almiro do Couto e Silva • Erika Donin Dutra • Márcia Santana Fernandes • Tércio Sampaio Ferraz Junior • Mariana Martins-Costa Ferreira • Jorge Cesa Ferreira da Silva • Véra Jacob de Fradera • José Roberto Goldim • Eros Grau • Giacomo Grezzana • Paolo Grossi • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Gustavo Haical • Felipe Kirchner • Maurício Licks • Marcos de Campos Ludwig • Francisco Paulo De Crescenzo Marino • Fernanda Mynarski Martins-Costa • Judith Martins-Costa • Cláudio Michelin Júnior • Giovanni Ettore Nanni • Teresa Negreiros • José Roberto de Castro Neves • Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke • Mariana Pargendler • Miguel Reale Júnior • Carla Müller da Rosa • Kathrin Rosenfield • Gustavo Sanseverino • Claudio Scognamiglio • Guilherme Seibert • Luis Renato Ferreira da Silva • Rafael Peteffi da Silva • Luis Felipe Spinelli • Gustavo Tepedino • Laura Beck Varela • Arnaldo Wald • Tula Wesendonck • Rafael Branco Xavier • Cristiano de Sousa Zanetti

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2019

1ª edição – 2019

© Copyright

Giovana Benetti / André Rodrigues Corrêa / Márcia Santana Fernandes / Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke / Mariana Pargendler / Laura Beck Varela

Imagem da capa
Alfredo Aquino

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

A229d

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de

Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa / Ruy Rosado de Aguiar Júnior ... [et al.]; organizadores Giovana Benetti ... [et al.]. - 1. ed. - Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

992 p.; 24 cm.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-9524-059-9

1. Direito - Filosofia. I. Benetti, Giovana. II. Título.

19-55712

CDU: 340.12

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei nº 9.610/98).

As reclamações devem ser feitas até noventa dias a partir da compra e venda com nota fiscal (interpretação do art. 26 da Lei nº 8.078, de 11.09.1990).

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
GZ EDITORA

contato@editoragz.com.br
www.editoragz.com.br

Av. Erasmo Braga, 299 – Sala 202 – 2º andar – Centro
CEP: 20020-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tels.: (0XX21) 2240-1406 / 2240-1416 – Fax: (0XX21) 2240-1511

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

A PERDA DE INTERESSE DO CREDOR

Cristiano de Sousa Zanetti¹

Ele ainda era uma criança e achava misterioso como as palavras podiam ter efeito, como podiam fazer alguém se mexer, rir ou chorar. Como as palavras conseguiam aquilo? Não parecia magia?

(Pascal Mercier, *Trem noturno para Lisboa*, [tradução de Kristina Michahelles], Rio de Janeiro, Record, 2009, p. 53.)

Introdução

As palavras têm força.

No Direito, sua interpretação encerra um desafio constante. Corresponde aos juristas traduzir as palavras da lei em conceitos e enunciados para determinar o sentido das categorias e regras jurídicas. Suas lições são imprescindíveis para todo aquele que pretenda se aventurar nas sendas de um ramo do conhecimento tão importante quanto difícil².

No campo das obrigações, mora e inadimplemento definitivo são palavras empregadas para qualificar duas modalidades de descumprimento, cada uma com características e consequências jurídicas próprias. Para extremá-las, cumpre ter presente o conceito de interesse do credor, que persiste na mora, mas não no inadimplemento definitivo.

Sem surpresa, são as indicações de uma jurista que permitem aprofundar a compreensão de tal conceito. De acordo com suas lições, para aferir a perda de interesse do credor, importa considerar tanto fatores relacionados à prestação, nomeadamente a natureza do contrato e sua função, como fatores relacionados aos sujeitos da relação jurídica obrigacional, como a conduta

¹ O autor agradece aos acadêmicos Henrique Stecanella Cid, Letícia Rocha Gouveia e Beatriz Uchôas Chagas pela pesquisa e pela discussão que se encontram à base das reflexões externadas por meio do presente artigo. O autor também agradece à acadêmica Ana Carolina Devito Dearo Zanetti pela revisão criteriosa do texto, pelo constante diálogo e pelas sugestões de aprimoramento. O autor igualmente agradece a Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke pela revisão do texto e pelo envio de observações que lhe permitiram complementá-lo. O autor registra, ainda, a satisfação de todos os seus colaboradores em se associar à homenagem que justifica a edição da obra na qual se insere o presente artigo.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. XI. 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 42.

das partes no curso da respectiva relação e o impacto do descumprimento para o credor³.

Nessa ocasião, cumpre levar adiante essa ideia, para formular uma proposta teórica voltada a apontar critérios que permitam identificar grupos de casos que justifiquem a perda do interesse do credor e a consequente caracterização do inadimplemento definitivo. Defende-se, aqui, a adoção de uma dicotomia, a contrapor, de um lado, o critério objetivo, no qual se identifica a perda de interesse do credor na execução da prestação, e, de outro, o critério subjetivo, no qual se identifica a perda de interesse do credor na execução da prestação pelo devedor.

Para justificar a ideia ora avançada, cumpre dividir a exposição em três partes. A primeira será dedicada a situar o conceito de perda de interesse do credor e a apresentar os critérios objetivo e subjetivo que se prestam a aferir sua ocorrência. A segunda se dedicará ao critério objetivo, cuja aplicação leva ao isolamento de um grupo de casos bem conhecido da doutrina brasileira. A terceira se debruçará sobre o critério subjetivo, cuja aplicação leva à identificação de três grupos de casos ainda não inteiramente explorados entre nós. Ao final, seguirá uma conclusão, na qual são sintetizados os resultados obtidos e prestado o devido reconhecimento à linha de pensamento na qual se apoiam.

1. Critérios para aferir a perda do interesse do credor

No Direito brasileiro, a disciplina do inadimplemento das obrigações é caracterizada por uma distinção central, a contrapor, de um lado, a mora, e, de outro, o inadimplemento absoluto, mais bem qualificado como definitivo⁴. A mora pressupõe a possibilidade de cumprimento com proveito para o credor, mediante a execução da prestação, somada ao pagamento de indenização pelas perdas e danos causados pelo devedor, nos termos dos arts. 395, *caput*, e 401, inc. I, do Código Civil. Diversamente, o inadimplemento definitivo somente permite a execução pelo equivalente ou a resolução da relação jurídica, igualmente acrescidas do pagamento da indenização devida ao credor, conforme disposto no art. 475 do mesmo texto legal⁵.

3 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, 219 e 359-372.

4 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, pp. 218-221.

5 MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de 10 anos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2017, v. 979, pp. 215-240; MARTINS-COSTA, JUDITH. O árbitro e o cálculo do montante da indenização. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrólio

Afigura-se, assim, de capital importância diferenciar a mora do inadimplemento definitivo. Para tanto, o critério encontra-se previsto no art. 395, parágrafo único, do Código Civil e consiste na utilidade da prestação para o credor. De acordo com o dispositivo legal, se, a despeito do incumprimento, a execução da prestação ainda for útil para o credor, haverá mora e o inadimplemento será passível de purgação pelo devedor. Diversamente, se a prestação não lhe for mais útil, o credor poderá rejeitá-la e obter a tutela própria ao inadimplemento definitivo.

A utilidade da prestação para o credor consiste, assim, no divisor de águas em matéria de inadimplemento das obrigações. Como ensina a doutrina, trata-se de um verdadeiro *topos*, ou seja, ponto de partida para discriminar as figuras⁶. Ocorre, entretanto, que a ideia de utilidade da prestação para o credor é “semanticamente vaga” e, por isso, reclama concretização, a fim de que possa ser aplicada em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro⁷.

Depois de importante debate, chegou-se à conclusão de que a utilidade reside na idoneidade da prestação para satisfazer o interesse do credor⁸. Nesse particular, a doutrina assentou que a aferição do interesse na execução da prestação não está sujeita ao arbítrio do credor⁹, conforme, inclusive, reconhecido na III Jornada de Direito Civil, realizada em 2004¹⁰. O credor não é, assim, titular de um direito potestativo de recusar a ulterior execução da prestação inadimplida. Na verdade, o desafio consiste em precisar a fronteira entre, de um lado, o direito do credor de recusar a realização da prestação, e, de outro, o direito do devedor de purgar a mora. Não basta, assim, que o

R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 609-638; Zanetti, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição. O inadimplemento recíproco*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 121 e ss.; e Zanetti, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2014, v. 942, pp. 13-14.

6 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., pp. 329-330 e 358-363.

7 MARTINS-COSTA, Judith. *Notas comparatistas sobre a obrigação fundamental do contrato*, no prelo, p. 20.

8 Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Notas comparatistas sobre a obrigação fundamental...*, cit., p. 20; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI. t. II, p. 590 e 591; e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, v. XXIII, pp. 192.

9 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 48.

10 “Enunciado 162 – Art. 395: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

credor declare sua perda de interesse para que reste caracterizado o inadimplemento definitivo. Tendo em vista que, como regra, a prestação morosa ainda pode conduzir à satisfação do interesse contratual¹¹, cabe ao credor demonstrar que sua execução deixou de lhe ser útil¹².

No passado, sustentou-se que distinguir a mora do inadimplemento definitivo é matéria de fato, a ser examinada caso a caso, de acordo com o prudente arbítrio do julgador¹³. Em boa hora, a afirmação foi posta em xeque, dado que, na verdade, trata-se não apenas de examinar os fatos, mas de oferecer sua adequada qualificação jurídica¹⁴, providência que reclama a definição de critérios distintivos, de modo a evitar o “*subjetivismo por parte do julgador*” e, *a fortiori*, a “*insegurança jurídica*”¹⁵.

Na esteira da orientação da melhor doutrina¹⁶, já aproveitada e concretizada em estudo recente¹⁷, defende-se agora que a perda do interesse do credor possa ser aferida tanto com base em um critério objetivo, que consiste na perda de interesse na execução da prestação, como com base em um critério subjetivo, que consiste na perda de interesse na execução da prestação pelo devedor.

Na literatura jurídica nacional, há um grupo de casos perfeitamente identificado no qual tem lugar a perda de interesse do credor na execução da prestação. Trata-se dos contratos nos quais foi pactuado termo essencial. Se o termo ajustado é essencial, não há espaço para execução com proveito para o credor depois de sua ocorrência. Ultrapassado o prazo para o cumprimento não há mora, mas inadimplemento definitivo, portanto.

Não têm merecido a mesma atenção, todavia, os grupos de casos que se encontram sob o critério subjetivo, nos quais o credor não perde o interesse na prestação em si, mas na sua execução pelo devedor, seja porque o inadimplemento se deu de modo a pôr em xeque os valores da confiança e lealdade, próprios à boa-fé objetiva, seja porque o pronto cumprimento se afigura im-

11 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. XXVI, p. 9.

12 NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 601; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução...*, cit., p. 55.

13 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução...*, cit., pp. 52-53.

14 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., p. 219.

15 MARTINS-COSTA, Judith. *Notas comparatistas sobre a obrigação fundamental...*, cit., p. 20.

16 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., pp. 219 e 359-372.

17 No âmbito do contrato de distribuição, sustentou-se, por exemplo, a possibilidade de empregar quatro critérios para diferenciar a mora do inadimplemento definitivo, a saber: perda de mercado; extensão temporal; conjuntura de mercado e os custos necessários ao cumprimento do programa contratual (ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo, *Contrato de distribuição...*, cit., pp. 96-98).

perioso para tutelar os interesses em jogo. Tais casos podem ser reunidos em três grupos típicos, caracterizados, respectivamente, pela recusa de cumprimento por parte do devedor, pela perda da confiança do credor e pela ameaça de dano significativo para o credor.

Para mais bem compreender as diversas situações que tipicamente põem em xeque o interesse do credor, cumpre abordá-las em apartado, a partir do grupo de casos já identificado pela doutrina pátria.

2. Critério objetivo: perda do interesse na execução da prestação

Os contratos soem ser celebrados para atingir determinado propósito. O descumprimento do pactuado caracterizará inadimplemento definitivo sempre que obstar o cumprimento do objetivo comum às partes. Trata-se de um dado objetivo: se a prestação não mais atende aos fins contratados, o credor pode repudiá-la e perseguir a execução pelo equivalente ou a resolução da relação contratual, somadas à indenização pelas perdas e danos sofridos. O ângulo de análise tem então em vista “a função e o fim econômico-social da prestação”, ou seja, “àquilo a que ela normalmente visa a satisfazer conforme o id quod plerumque accidit”¹⁸.

Designadamente, a perda de interesse do credor na execução da prestação, ou seja, pelo critério objetivo, se dá na hipótese de inobservância do termo essencial à satisfação do programa contratual.

No ordenamento jurídico brasileiro, o termo é qualificado como um elemento particular do negócio jurídico e consiste na estipulação de um evento futuro e certo ao qual se encontra submetida a produção de dado efeito¹⁹. No mais das vezes, o termo é empregado para se fixar uma data para a perfeita execução da prestação. Em qualquer hipótese, a inobservância do termo caracteriza inadimplemento. Deve-se distinguir, no entanto, os casos em que o inadimplemento comporta reparo e, portanto, tem a natureza de mora, daqueles em que é irremediável e, portanto, definitivo.

O critério distintivo reside na importância do termo. Se o termo pactuado tiver importância relativa, o cumprimento tardio da prestação ainda poderá satisfazer o credor e haverá mora. Se, diversamente, o termo tiver importância absoluta, não haverá espaço para o cumprimento tardio e o inadimplemento será definitivo. Para empregar a terminologia da doutrina alemã, a diferença, aqui, é entre negócio jurídico relativamente fixo (*relatives Fixgeschäft*) e negócio jurídico absolutamente fixo (*absolutes Fixgeschäft*)²⁰.

18 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., p. 219.

19 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 38-39.

20 HEINRICHS, Helmut. *Palandt BGB*. 63. ed., Munique: C.H.Beck, 2004, § 271, p. 333.

Como regra, o termo tem importância relativa e a prestação pode ser executada posteriormente pelo devedor com proveito para o credor²¹, como também se reconhece no Direito italiano²². A inobservância do termo consiste, assim, em um caso de mora e, como tal, é passível de emenda por parte do devedor. Trata-se, por exemplo, do que sói ocorrer com obrigações de entregar mercadorias: ainda que tardia, a prestação tende a aproveitar ao credor²³. Bastaria, então, ao devedor ressarcir eventuais prejuízos causados para purgar a mora.

A consideração do contrato, todavia, pode levar a conclusão diversa. Isso ocorre se houver estipulação expressa a propósito²⁴. Nessa hipótese, as partes já terão deixado claro que a inobservância do termo poderá acarretar inadimplemento definitivo. Nesse particular, a experiência mostra que são frequentes as cláusulas que permitem a resolução da relação contratual na hipótese de a prestação não ser cumprida de maneira tempestiva, conforme facultado pelo art. 474 do Código Civil.

Em adição, o caráter essencial do termo poderá resultar da interpretação circunstanciada do pactuado, sempre que demonstrar que a execução tardia da prestação não mais aproveitará ao credor²⁵, conforme, inclusive, dispõe o § 323, inc. 2, item 2, do BGB ao disciplinar a resolução²⁶.

21 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. XXVI, p. 9; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução...*, cit., p. 55.

22 BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. 5: La responsabilità, Milano: Giuffrè, 1994, pp. 82-83.

23 ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo, *Contrato de distribuição ...*, cit., pp. 119-120.

24 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. XXIII cit., pp. 186-187.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. XXIII cit., p. 187.

26 "§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung. [...] (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn [...] 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist." O BGB tem tradução do Ministério da Justiça alemão para a língua inglesa, citada nesta e nas próximas notas: "Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract. [...] (2) The specification of a period of time can be dispensed with if: [...] 2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee." Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

Na doutrina nacional, os exemplos se multiplicam: o cavalo que não chega a tempo de corrida²⁷; o cantor que não aparece na data do concerto²⁸, a publicidade de produtos para a Copa do Mundo concluída depois do término da competição²⁹; a orquestra que não se apresenta no evento para o qual foi contratada³⁰; os acepipes que chegam depois do jantar para o qual foram encomendados³¹; os doces que não chegam para a festa de casamento³² e, talvez a mais citada ilustração, o vestido de noiva entregue depois da cerimônia religiosa³³. No Direito português, são referidos os casos do motorista que não aparece a tempo de levar o cliente ao aeroporto³⁴ e do especialista que falta à conferência na qual devia expor suas ideias³⁵. No Direito alemão, cita-se o contrato *just in time*, no qual a observância do prazo é essencial para manutenção da produção, dado que o adquirente sabidamente não mantém estoque e, portanto, deve prontamente adquirir o que necessita alhures para diminuir o dano decorrente do incumprimento³⁶.

Note-se, ademais, que somente o perfeito adimplemento da prestação dentro do termo essencial conduz à satisfação do interesse do credor. Isso significa que não basta que o credor cumpra de maneira tempestiva. Em adição, exige-se que a prestação seja cumprida no lugar e no modo adequados, conforme se infere da leitura do art. 394 do Código Civil, a *contrario sensu*³⁷.

Para ilustrar a ocorrência de inadimplemento definitivo em razão da execução da prestação fora do lugar pactuado, pode-se pensar na hipótese de credor que possua duas unidades industriais, uma em São Paulo e outra em Paranaguá, onde se situa importante porto nacional. Se, em contrariedade ao avençado, o produto adquirido para exportação é entregue em São Paulo ao invés de Paranaguá, o navio destinado a embarcar o produto zarpa e resta inviabilizada sua exportação, o descumprimento é irremediável. Nesse caso,

- 27 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. XXIII cit., p. 186.
- 28 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários...*, cit., p. 422.
- 29 ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição...*, cit., p. 95.
- 30 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13. ed., São Paulo, Atlas, 2013, v. 2, p. 323.
- 31 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 55.
- 32 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2015, v. 2, p. 382.
- 33 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 2, p. 489; NANNI, Giovanni Ettore. *Mora*. in: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo, Atlas, 2011, p. 601.
- 34 VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral* cit., pp. 124-125
- 35 MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações* cit., p. 241
- 36 LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 10. ed. Munique: Vahlen, 2012, p. 223.
- 37 ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. *Contrato de distribuição...*, cit., pp. 78-84.

a execução tempestiva no lugar ajustado se afigura essencial à satisfação do interesse do credor. Sua inobservância, assim, caracteriza inadimplemento definitivo.

Da mesma maneira, a prestação realizada em modo inadequado pode levar ao inadimplemento definitivo. Se a mercadoria especialmente produzida para o carnaval é entregue em embalagem inadequada à sua comercialização, sem que haja chance de substituí-la a tempo de vendê-la durante os festejos de Momo, não há mais chance de satisfazer o interesse do credor. O cumprimento tempestivo, mas de maneira inadequada, acarreta, então, o inadimplemento definitivo.

No âmbito da Convenção de Viena, hoje incorporada ao ordenamento jurídico nacional, há uma decisão que põe em evidência a importância do cumprimento perfeito ao tempo do termo essencial. Trata-se de julgado proferido por Tribunal Arbitral no ano de 1995, em procedimento administrado pela Câmara de Comércio Internacional³⁸. Naquela oportunidade, discutia-se certo contrato de compra e venda de fertilizantes celebrado entre um vendedor austríaco e um comprador suíço. A observância do termo para a entrega da mercadoria se fazia de particular importância, pois o comprador já havia se obrigado a revendê-la para terceiro, sob pena de arcar com certas penalidades contratuais. No contrato, foi ajustado que a mercadoria seria embalada em sacos fornecidos pelo comprador e fabricados de acordo com as instruções do vendedor. Para dar cumprimento ao pactuado, o vendedor transmitiu as instruções de fabricação ao comprador e contratou uma sociedade ucraniana para embalar a mercadoria. Os sacos produzidos, no entanto, não puderam ser empregados pela sociedade ucraniana, por serem desconformes às especificações técnicas locais. Por conta disso, a mercadoria não pôde ser comercializada a tempo e a compradora optou por adquiri-las junto a outro fornecedor por um preço mais elevado para cumprir o contrato que celebrara com o terceiro. O Tribunal Arbitral considerou que houve descumprimento irremediável por parte do vendedor, que determinou a fabricação em desconformidade com as particularidades técnicas a serem observadas pela empresa ucraniana que contratara³⁹. Os julgadores ainda esclarecem que, como regra,

38 Trata-se do caso listado como número 8.128 na base de dados Unilex. O resumo da decisão e seus excertos mais relevantes foram consultados no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=207>>.

39 "D'après l'article 49(1)(a) de la Convention, l'acheteur peut déclarer le contrat résolu si le vendeur n'exécute pas ses obligations et si ce défaut d'exécution constitue une contravention essentielle au contrat. La contravention essentielle au contrat est définie à l'article 25 de la Convention [...]. Il est reproché au défendeur plusieurs contraventions essentielles au contrat au sens des articles 49(1)(a) et 25 de la Convention. D'après la déclaration du directeur général [du fournisseur], les sacs fournis par le demandeur au défendeur n'étaient pas conformes aux normes techniques et de production utilisées dans l'industrie

o simples atraso não basta para que o comprador recuse o recebimento da mercadoria⁴⁰. No caso concreto, contudo, o vendedor sabia que a mercadoria se destinava a um terceiro e que o comprador não podia se atrasar na entrega, sob pena de arcar com dadas penalidades contratuais⁴¹. Tratava-se, portanto,

chimique en Ukraine. Aussi, ils n'ont pu être remplis par [le fournisseur] [...]. L'une des obligations essentielles du défendeur était de donner des instructions qui auraient permis au demandeur de fabriquer des sacs qui pouvaient être remplis par le [fournisseur de l'engrais chimique]. Le défendeur a violé cette obligation. Le défendeur a commis une autre contravention essentielle au sens des articles 49(1)(a) et 25 de la Convention en choisissant un [fournisseur] qui ne pouvait pas pour des raisons techniques remplir correctement [avec l'engrais chimique] les sacs fabriqués selon ses instructions. En conséquence, le défendeur n'a pu exécuter le contrat correctement et dans les délais, au détriment du demandeur. [...] Le défendeur soutient que l'exécution défectueuse du contrat ne lui est pas imputable. Selon ses affirmations, il ne pouvait raisonnablement connaître les motifs ayant empêché l'exécution du contrat au moment de la conclusion de celui-ci. Il allègue qu'il lui était impossible d'éliminer les circonstances ayant empêché l'exécution en agissant lui-même [...]. Cette objection n'est pas justifiée. Le défendeur est responsable du défaut de livraison dû à son fournisseur d'après l'article 79(2) de la Convention [...]. Si le vendeur donne des indications sur l'emballage à l'acheteur et si le vendeur fait appel à un fournisseur, il est du devoir du vendeur de s'assurer à l'avance si son fournisseur peut utiliser l'emballage qu'il a prescrit. Le défendeur a clairement manqué de se renseigner auprès de son fournisseur. Toutefois, même s'il s'en était enquis auprès de [son fournisseur] et que ce dernier avait fourni de faux renseignements, ceci n'aurait pas exonéré le défendeur de sa responsabilité. Le défendeur, qui a choisi [le fournisseur] pour l'exécution de son contrat avec le demandeur, doit être tenu pour responsable du comportement de celui-ci. Ceci se déduit de l'article 79(2) de la Convention puisque la responsabilité du vendeur pour son fournisseur fait partie intégrante du risque général de la fourniture des marchandises”.

40 “Le simple retard ne constitue cependant pas une contravention essentielle d'après l'article 25 de la Convention puisque l'acheteur est habituellement obligé de donner au vendeur un délai raisonnable supplémentaire pour l'exécution de ses obligations conformément à l'article 47 de la Convention. C'est seulement lorsque le délai supplémentaire ainsi imparti arrive à expiration sans que le vendeur ait livré la marchandise que l'acheteur a le droit de déclarer le contrat résolu par application de l'article 49(1)(a) de la Convention. Le retard peut cependant constituer une contravention essentielle au contrat suivant les circonstances spéciales à chaque cas d'espèce dont le vendeur doit avoir connaissance. Un dépassement excessif de la date de livraison, même si aucun délai supplémentaire n'est accordé, peut autoriser l'acheteur à résoudre le contrat. Ceci est tout particulièrement le cas lorsque l'acheteur a donné à la date convenue de livraison une signification particulière connue du vendeur.”

41 “Le défendeur savait déjà d'après ce qui était imprimé sur les sacs que [l'engrais chimique] n'était pas destiné au demandeur, mais à un client de celui-ci. Le défendeur connaissait, par une lettre que le demandeur lui avait adressé, que ce dernier était, en raison des retards du défendeur, menacé par son client de devoir payer les pénalités contractuelles et les coûts additionnels entraînés par les achats de couverture. Aussi la demande faite au vendeur d'exécuter le contrat sans retard avait un poids particulier. Elle faisait du retard dans les livraisons une contravention essentielle au contrat après réception des lettres du demandeur.”

de termo essencial. Como consequência, o Tribunal Arbitral deu por boa a extinção da relação contratual promovida pelo comprador e determinou que o vendedor lhe reembolsasse os custos havidos para comprar a mercadoria junto a outro fornecedor, com o propósito de dar cumprimento ao contrato celebrado com o terceiro⁴².

A sentença arbitral acima narrada evidencia que o termo pode desempenhar um papel decisivo na aferição do interesse do credor. Se o termo for relativo, o inadimplemento terá a natureza de mora e comportará emenda; se for absoluto, o inadimplemento será definitivo e o credor poderá repudiar a prestação e exigir a execução pelo equivalente ou a resolução da relação jurídica, observados, cada vez e sempre, os pressupostos necessários para tanto.

3. Critério subjetivo: perda do interesse na execução da prestação pelo devedor

O negócio jurídico nunca existe em abstrato. No mundo dos fatos, não existe o contrato como categoria, mas o contrato de compra e venda celebrado entre dado vendedor e certo comprador⁴³. Segue-se daí que a aferição do interesse do credor não deve considerar apenas o seu interesse abstrato na realização da prestação, mas também o seu interesse em que a prestação acordada seja realizada pelo devedor, tendo em vista as circunstâncias contemporâneas ao inadimplemento.

Desse exame, emerge que o inadimplemento será definitivo em ao menos três grupos de casos, a saber: a recusa do devedor em honrar o pactuado; a perda da confiança do credor e a ameaça de dano significativo para o credor. Nos dois primeiros grupos, leva-se em conta “a conduta das partes no curso da relação”; no terceiro “o impacto do não-cumprimento para a relação”⁴⁴. São todas hipóteses em que, a despeito de a prestação, em abstrato, aproveitar ao credor, não mais lhe interessa recebê-la das mãos do devedor.

42 “Le demandeur peut également réclamer au défendeur les couts supplémentaires encourus pour effectuer des achats de remplacement auprès [d’un tiers]. L’acheteur peut effectuer des achats de remplacement en cas d’absence d’exécution ou d’inexécution défectueuse du contrat par le vendeur. Toutefois, d’après l’article 75 de la Convention, ceci présuppose la résolution du contrat tout entier, ou dans le cas d’un contrat à livraisons successives, la résolution du contrat pour une ou plusieurs livraisons comme il est dit à l’article 73(1) de la Convention.”

43 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico...*, cit., p. 31.

44 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., p. 219.

3.1. Recusa do devedor

Nos termos do art. 422 do Código Civil, o credor tem o direito de exigir que o devedor se comporte em conformidade com as exigências da lealdade e da confiança e pode, assim, se recusar a receber a prestação se o inadimplemento vier acompanhado de fatos que ponham em xeque tais valores.

Isso se dá sempre que o devedor se recuse de maneira séria e definitiva a prestar. O credor então pode reputar caracterizado o inadimplemento definitivo, mesmo que ainda não tenha sobrevivido eventual termo ajustado⁴⁵, pois não há razões para submetê-lo a uma espera inútil, nem para lhe impor esforços direcionados à manutenção do pactuado, por se tratar de condutas que somente privilegiariam a parte que se comporta de maneira desleal. Nessa circunstância, fica a cargo do credor dar por definitivo o inadimplemento, pois, se a prestação ainda for possível, nada impede que tome a recusa por mora e recorra à execução específica. Segue-se daí que o inadimplemento definitivo pode decorrer – e não que necessariamente decorra – da recusa em prestar por parte do devedor⁴⁶. O regime é voltado à tutela do credor que, diante do devedor recalcitrante, tem à sua disposição diferentes alternativas para tutelar sua posição jurídica.

No Direito alemão, há, inclusive, regras expressas nesse sentido, seja no § 281, inc. 2, 1ª parte, do BGB, que trata do inadimplemento em geral⁴⁷, seja no § 323, inc. 2, item 1, do BGB, que se ocupa da resolução⁴⁸. De acordo com a doutrina alemã, não há por que reconhecer ao devedor o direito de purgar

45 ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Inadimplemento antecipado da obrigação contratual*. In: CELLI JR., Umberto; AMARAL JR., Alberto do; BASSO, Maristela (Coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 311-332, com indicações bibliográficas, dentre as quais as seguintes merecem destaque: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., pp. 239-244 e, da mesma autora, *A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites*, RT 885, pp. 30-48.

46 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução...*, cit., pp. 43-49, em sentido semelhante.

47 “§ 281 Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung. [...] (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert [...].” Em tradução para o inglês: “Section 281 Damages in lieu of performance for nonperformance or failure to render performance as owed. [...] (2) Setting a period for performance may be dispensed with if the obligor seriously and definitively refuses performance [...].”

48 “§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung. [...] (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn: 1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert.” Em tradução para o inglês: “Section 323 Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract. [...] (2) The specification of a period of time can be dispensed with if: 1. the obligor seriously and definitively refuses performance.”

a mora se ele já deixou claro que não pretende fazê-lo⁴⁹. No mesmo sentido, no Direito francês também se defende que a recusa categórica em prestar por parte do devedor permite considerar a inexecução como definitiva⁵⁰.

A recusa deve ser séria e definitiva, de modo que a mudança de orientação do devedor se mostre fora de cogitação⁵¹. Pode ser expressa ou tácita e, portanto, passível de ser inferida das circunstâncias. A título ilustrativo, haverá recusa tácita se o vendedor vender a terceiro a mercadoria que se obrigou a entregar ao credor ou se o locatário restituir o imóvel sem efetuar os reparos a que se tinha obrigado. A recusa também poderá ser inferida se o devedor, a despeito de não negar a prestação, criar obstáculos arbitrários à sua execução, opuser exigências inapropriadas ou afirmar que somente se dispõe a prestar de maneira essencialmente diversa da contratada⁵². A recusa tácita pode ainda restar caracterizada se o devedor deixar de tomar as providências necessárias ao adimplemento, sobretudo se sua inércia se prolongar no tempo a ponto de, inclusive, desrespeitar os sucessivos prazos contratuais fixados para o cumprimento⁵³.

No passado recente, há ao menos duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceram a ocorrência de inadimplemento definitivo em razão da recusa tácita do devedor em honrar o pactuado. No primeiro caso, discutia-se a extinção de dado contrato voltado à construção e transmissão da propriedade de dado bem imóvel. Passados 14 anos sem que as obras tivessem se iniciado, o contrato foi considerado inadimplido de forma definitiva e resolvido pelos julgadores. O longo atraso foi tomado como inexecução definitiva: embora a prestação ainda pudesse ser realizada, não mais interessava ao credor aguardar seu cumprimento pelo devedor⁵⁴. No segundo caso, a controvérsia gravitava em torno de certo compromisso de compra e

49 LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 10. ed. Munique: Vahlen, 2012, p. 223.

50 CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*. In: Publications de l'Institut de Droit Européen de l'Université de la Sarre. Stuttgart/Bruxelas, 1960, v. 5, pp. 42-43.

51 SCHWARZE, Roland. *Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*. Berlim: de Gruyter, 2014, § 281, n. B-91.

52 SCHWARZE, Roland. *Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*. Berlim: de Gruyter, 2014, § 281, n. B-92.

53 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários...*, cit., p. 593, em sentido semelhante.

54 No caso analisado, o tribunal entendeu que “a prestação embora fisicamente realizável, deixou de ter oportunidade. Juridicamente não existe então simples atraso, mas verdadeira inexecução definitiva”, já que era “incontroverso que as obras sequer se iniciaram, evidenciando assim manifesto inadimplemento absoluto das requeridas, que há mais de 14 anos postergam a entrega da unidade autônoma aos requerentes” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0201675-35.2005.8.26.0100, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 29.08.2012).

venda, no qual foi ajustado o pagamento do preço mediante um sinal, seguida de 40 parcelas sucessivas. O promissário comprador deixou de honrar 10 parcelas subsequentes e foi notificado a adimplir pelo promitente vendedor, sob pena de resolução da relação contratual. Ajuizada a ação, o devedor se insurgiu de maneira leviana contra a pretensão do credor, de modo a evidenciar seu desinteresse em purgar a mora. Em razão disso, foi reconhecido o inadimplemento definitivo e resolvido o vínculo entre as partes⁵⁵.

O iterativo descumprimento da obrigação de pagar as parcelas do preço evidencia a possibilidade de haver inadimplemento definitivo de obrigações pecuniárias, pois, embora o dinheiro, em abstrato, aproveite ao credor, pode não mais haver interesse em recebê-lo do devedor, se, para tanto, mostrar-se necessário manter uma relação contratual que a contraparte se recusa a honrar. Ora defendida pelos manuais⁵⁶, ora referendada pelo Poder Judiciário⁵⁷, a afirmação de que as obrigações pecuniárias não comportam inadimplemento definitivo deve ser vista com reserva.

No Direito francês, foi julgado caso em que dado vendedor se recusava a entregar ao comprador dois apartamentos que lhe tinha vendido. Diante da recusa do devedor em prestar, o credor perdeu interesse na execução do

55 De acordo com o tribunal: “Neste contexto, as razões de insurgência, em tudo e por tudo vazias de conteúdo, encerram mero exercício de retórica, sem a mínima aptidão para derruir os sólidos fundamentos do desfecho de parcial procedência do pedido”. Por conseguinte, a Corte concluiu que “tem-se por legitimada a invocação do remédio resolutório na espécie, notadamente ante o desinteresse da apelante por efetivamente purgar sua mora, não se conduzindo minimamente em concreto neste sentido” (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0082912-81.2011.8.26.0224, Rel. Des. Airton Pinheiro de Castro, j. 27.10.2015).

56 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, cit., p. 490; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 2, p. 322.

57 “Desta feita, em sendo a utilidade mensurada objetivamente, é possível concluir que a obrigação pecuniária nunca estará sujeita ao inadimplemento absoluto, pois sempre será útil ao credor e, bem assim, insuscetível de perda ou deterioração. Nesse sentido: ‘o inadimplemento de obrigações pecuniárias é sempre relativo, e sua execução intempestiva nunca é inútil ao credor’ e, mais, ‘descabe o inadimplemento absoluto das obrigações pecuniárias porque o objeto da prestação é bem insuscetível de perda, no sentido jurídico da expressão. Quando se diz que alguém perdeu dinheiro, a afirmação só pode ser compreendida em termos econômicos: o bem deixou de integrar seu patrimônio sem contrapartida (patrimonial ou extrapatrimonial). Para o direito, o significado de perda é mais restrito e pressupõe a desconstituição do bem. Perda é a deterioração completa da prestação’ (Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, v. 2, p. 175). Portanto, no caso em tela, afigura-se incorreta a distinção entre inadimplemento absoluto e relativo, pois, tratando-se de obrigação pecuniária, além de não ser suscetível de perda, sua utilidade nunca cessará, como bem apontou Fábio Ulhoa Coelho” (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0004187-62.2010.8.26.0079, Rel. Des. Marcondes D’Angelo, j. 28.09.2011).

negócio e requereu o pagamento das perdas e danos que sofrera. A Corte de Apelação de Grenoble rechaçou o pedido, sob o fundamento de que, primeiro, o credor deveria conferir ao devedor a oportunidade de adimplir o pactuado. A decisão foi considerada ilegal pela Corte de Cassação, pois, dada a recusa do devedor em prestar, o recurso ao regime da mora seria inútil. O Tribunal então concluiu que carecia de sentido conferir ao devedor a oportunidade de cumprir o pactuado e, embora a prestação ainda pudesse ser realizada, considerou o inadimplemento como definitivo, para que o credor pudesse desde logo reclamar o ressarcimento das perdas e danos que lhe foram causados⁵⁸.

No âmbito da Convenção de Viena, também há uma decisão digna de nota. Trata-se de julgado proferido na Austrália no qual se discutiu dado contrato de compra e venda de sucata de aço⁵⁹. O negócio jurídico foi celebrado em 7 de maio de 1996 entre dada sociedade australiana, como vendedora, e certa sociedade malaia, como compradora. Por força do pactuado, a vendedora se obrigou a embarcar as mercadorias da Austrália para a Malásia, desde que o comprador expedisse uma carta de crédito irrevogável em seu favor, a título de pagamento. Pouco depois de concluído o contrato, houve uma mudança na estrutura interna da compradora que, assim, passou a necessitar da aprovação de seu comitê executivo para expedir a carta de crédito. No dia 5 de agosto, a vendedora notificou a compradora para insistir na apresentação da carta de crédito em dois dias, sob pena de extinção da relação contratual. No dia 8 de agosto, a possível extinção foi reiterada pela vendedora, com indicação de que pretendia dispensar o navio que fretara para transportar a mercadoria, dispor da sucata de aço e reclamar da compradora a indenização decorrente do descumprimento. A compradora então se limitou a responder que a questão continuava sob a análise do comitê executivo que, possível-

58 “Sur la première branche du moyen unique: vu l'article 1146 du code civil, attendu qu'une mise en demeure est inutile quand le débiteur prend l'initiative de déclarer a son créancier qu'il refuse d'exécuter son obligation; attendu que l'arrêt attaqué a y... Levy de sa demande tendant à la condamnation de la société civile immobilière les bruyèes à lui payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il a subi du fait de la résistance de cette société à lui délivrer deux appartements qu'elle lui avait vendus, au motif que Levy s'est abstenu de toute mise en demeure; [...]. par ces motifs : casse et annule l'arrêt rendu le 20 octobre 1971 entre les parties, par la Cour d'Appel de Grenoble”. No resumo do julgado a Corte de Cassação deixou claro que “une mise en demeure est inutile quand le débiteur prend l'initiative de déclarer a son créancier qu'il refuse d'exécuter son obligation” (Cass. Civ. 72-10.247, 3^a Câmara Cível, r. Conseiller M. Guillot, j. 3, 03.04.1973, disponível em: <www.legifrance.gouv.fr/>).

59 Suprema Corte de Queensland, r. Judge B. W. Ambrose, j. 17.11.2000, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001117a2.html>.

mente, se reuniria em algum ponto naquele mês⁶⁰. No dia seguinte, a vendedora notificou a compradora para pôr fim à relação contratual. Ao analisar tais fatos, o julgador considerou que a recusa em expedir a carta de crédito caracterizou um inadimplemento irremediável e deu por boa a extinção da relação contratual levada a efeito pela vendedora⁶¹. Nesse particular, asseve-

60 "On 8 August 1996 [seller's] legal representatives asked [buyer's] legal representatives 'to revert by 12 noon of Friday, the 9th August 1996 as to whether your clients are prepared to honour the contract in question'. [Buyer's] lawyers immediately responded 'unfortunately we are unable to obtain any positive instructions from the defendant Steel SDN BHD [buyer] within this short time. We understand that the Board is meeting some time later this month. In the circumstances we will regret that we are unable to provide any repose to your query either way'."

61 "Because the parties to the contract agreed that the law applying in Brisbane would define their contractual obligations, the Sale of Goods (Vienna Convention) Act 1968 (Qld) requires the application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 to this contract. Article 64 of the Convention provides – '(1) The seller may declare the contract avoided – (a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) if the buyer does not within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63 perform his obligations to pay the price or take delivery of the goods or if he declares that he will not do so within the period so fixed.' 'Fundamental breach' is defined in article 25 of the Convention to mean a breach that results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result'. Article 72 provides – '(1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract the other party may declare the contract avoided. (2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance. (3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.' Repudiation involves conduct on the part of one party to the contract which when viewed objectively is such 'as to convey to a reasonable person in the situation of the other party repudiation or disavowal either of the contract as a whole or of a fundamental obligation under it'. See *Laurinda Pty Ltd v Capalaba Park Shopping Centre Pty Ltd* (1989) 166 CLR 623 per Deane and Dawson JJ. The refusal to establish a timely letter of credit was clearly a fundamental breach within the meaning of Article 25 and Article 64(1)(a) of the Convention. I refer to *Honnold, Uniform Law for International Sales under the United Nations Convention* 2nd ed at 510, 511 and *Helen Kaminiski Pty Ltd v Marketing Products Inc* (US Dist CT 21 July 1997 per Cote J). Such a failure would also justify termination at common law – see *Trans Trust SPRL v Danubien Trading Company Ltd* [1952] 2 QB 297 per Lord Denning at 305. Article 54 of the Convention provides – 'The buyer's obligation to pay the price includes taking such steps and complying with such formalities as may be required under the contract or any laws and regulations to enable payment to be made.' Failure to establish a letter of credit in the circumstances of this case was a failure by [buyer] to meet its 'obligation to pay the price' of the goods

rou que a demora na carta de crédito não passava de mera procrastinação, pautada pela intenção de renegociar o contrato⁶². Houve, portanto, recusa tácita em adimplir o pactuado, o que, na visão do julgador, bastou para que a vendedora tomasse por definitivo o incumprimento da compradora.

A concessão de prazo para que o devedor purgue a mora pode desempenhar um papel decisivo na caracterização tácita da recusa. Nos Direitos alemão, italiano e português há norma que permite a extinção da relação contratual na hipótese de devedor não executar a prestação no prazo adi-

under the contract of sale. [...]. In my view the refusal by [buyer] to establish the letter of credit at a time when the 'Dooyang Winner' was standing by at Bells Bay in Tasmania to commence loading the scrap steel so that it might complete its loading programme either as advised on 18 July 1996 or as subsequently advised on 31 July 1996 was a clear breach by [buyer] of an essential term of the contract as varied. The excuse advanced on behalf of [buyer] for failing to meet its contractual obligation to supply the letter of credit, as it had promised to do on 22 July 1996, that a change of management structure in [buyer] required that an executive management committee approve the issue of letter of credit and that that committee refused to do so, in my view, is at law no excuse at all. Obviously [buyer], whatever changes were made in its management structure or internal arrangements for meeting its financial obligations whilst bound by the contract it had made with [seller] through its authorised officers, was obliged to perform its contractual obligation to procure the issue of a letter of credit as its former authorised officer had undertaken to do."

62 "Thereafter in my view the evidence indicates a simple procrastination on the part of [buyer] to meet its contractual obligation. There is nothing in the evidence to suggest that the appropriate arrangements for the issue of the letter of credit could not have been made within a day or so. Indeed, Rohani Basir had undertaken to do that 'once you have confirmed the vessel of this Contract'. In my view the most likely explanation for the refusal of [buyer] to issue the letter of credit without delay was the resolution of the executive committee on 2 August 1996 that the management be authorised 'to renegotiate and recommend appropriate action in relation to the supply of scrap' by [seller]. In my view [buyer] by the officers who succeeded Rohani Basir and Wan Ghani in its management clearly evinced an intention not to meet [buyer's] contractual obligation. It is clear when one reads the "PAYMENT" clause and the letter from [seller] to [buyer] of 18 July 1996 that the provision of the letter of credit prior to the commencement of loading of the shipment to [buyer] of scrap metal was an essential term of contract. It is clear in my view that [buyer] indicated that it did not intend to comply with that requirement. It is equally clear from the resolution of the committee meeting of 2 August 1996 that [buyer's] proposed instead of meeting its contractual obligations with [seller] to embark upon a 'renegotiation' of that contract – presumably in the light of the fall in the current market value of scrap steel."

cional conferido pelo credor. Nos Direitos alemão⁶³ e português⁶⁴, exige-se apenas que o prazo adicional seja razoável. No Direito italiano reclama-se, em adição, que a resolução somente terá lugar se o inadimplemento não for de escassa importância⁶⁵.

No Direito brasileiro, há regra nesse sentido na legislação especial: os arts. 47 e 49 da Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional inadimplido de maneira definitiva na hipótese de o vendedor não lhe entregar as mercadorias no prazo adicional que lhe foi oferecido para tanto, desde que seja razoável⁶⁶. À diferença do que se dá na Alemanha, na Itália e em

63 “§ 281 Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung. (1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat.” Em tradução para o inglês: “Section 281 Damages in lieu of performance for nonperformance or failure to render performance as owed. (1) To the extent that the obligor does not render performance when it is due or does not render performance as owed, the obligee may, subject to the requirements of section 280 (1), demand damages in lieu of performance, if he has without result set a reasonable period for the obligor for performance or cure.”

64 “Artigo 808.º 1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente”.

65 No direito italiano, são dois os dispositivos dignos de nota: “Art. 1454. Diffida ad adempiere. Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto. Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore”. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto” e “Art. 1455. Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.” Na doutrina: ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 899-900.

66 “Article 47. (1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations. (2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance”. “Article 49. (1) The buyer may declare the contract avoided: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed. (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the

Portugal, contudo, não há, entre nós, regra geral nesse sentido. O emprego do regime, depende, assim, de estipulação que o incorpore. Não obstante, a concessão do prazo adicional pode ser relevante mesmo na ausência de cláusula que a preveja e discipline seus efeitos⁶⁷. Isso porque a inobservância do prazo adicional, desde que razoável, pode demonstrar a falta de interesse do devedor em levar adiante a execução do pactuado e, com isso, caracterizar sua recusa tácita, o que, como visto, basta à ocorrência do inadimplemento definitivo.

Desse modo, se houver recusa expressa ou tácita do devedor em honrar o pactuado, o credor poderá repudiar a prestação e, com isso, dá-la por inadimplida de maneira definitiva, para, na sequência, perseguir a tutela própria ao descumprimento irremediável.

3.2. Perda da confiança

O direito do credor de exigir a execução da prestação em conformidade com a boa-fé objetiva também justifica sua recusa em receber a prestação se houver fatos que o levem a perder a confiança no devedor. Para que tal hipótese reste caracterizada, o comportamento do credor deve pôr em risco a realização satisfatória da prestação futura⁶⁸.

Isso se dá em ao menos três hipóteses.

A primeira consiste nos casos de inexecução dolosa⁶⁹. Se o marceneiro propositalmente danifica o móvel antigo que se obrigou a restaurar, não se pode mais exigir que o credor lhe permita voltar a manuseá-lo. Se o engenheiro intencionalmente elabora um projeto com falha estrutural, não é necessário que o credor lhe confira a oportunidade de corrigir o equívoco. Se o transportador deliberadamente entrega os insumos na unidade fabril equivocada, o credor que constata o ardil pode dar o contrato por inadimplido de maneira definitiva, pois não se lhe pode exigir que suporte a deslealdade da parte contrária.

buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made; (b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time: (i) after he knew or ought to have known of the breach; (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance."

67 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento...*, cit., pp. 89-90.

68 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento...*, cit., p. 88.

69 SCHWARZE, Roland. *Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*. Berlim: de Gruyter, 2014, § 281, n. B-118.

A segunda tem lugar nos casos de inadimplemento reiterado. O credor pode então tomar por definitivo o inadimplemento, pois as circunstâncias justificam a descrença no devedor. No Direito francês, há precedente digno de nota. Trata-se de caso em que um médico anestesista se obrigou em 30 de janeiro de 1986 a prestar serviços com exclusividade pelo prazo de 30 anos para dada clínica, em troca de certa participação societária. Na primeira metade da década de 1990, o profissional descumpriu várias vezes a cláusula de exclusividade e, por isso, esteve indisponível em diversas ocasiões em que deveria dar plantão, fato com grave repercussão para os pacientes da clínica. Em razão do contínuo inadimplemento do pactuado, 30 colegas do anestesista firmaram uma petição para criticar seu comportamento. Mais tarde, em 30 de janeiro de 1995, a clínica o notificou para pôr fim à relação contratual, observado um aviso prévio de seis meses. Irresignado, o anestesista afirmou que o término do vínculo não poderia ter lugar, pois se tratava de uma relação por tempo determinado. Sem razão, de acordo com o Poder Judiciário francês. A Corte de Cassação deu por boa a extinção da relação contratual, diante do reiterado descumprimento do pactuado por parte do anestesista. Embora possível, a execução da prestação que se obrigara já não mais interessava ao credor que, por razões fundadas, não mais confiava no cumprimento do pactuado⁷⁰. O inadimplemento era, então, irremediável.

70 “Attendu que la cour d’appel retient, dans l’exercice de son pouvoir souverain, que le contrat imposait à M. X... de ne pratiquer tous les actes relevant de l’exercice de sa profession qu’à l’intérieur de la clinique, que cependant M. X... a passé outre une mise en demeure de respecter cette clause et continué à consulter en dehors, et ce malgré les inconvénients en résultant pour les patients qui devaient sortir de la clinique, qu’à différentes reprises, des chirurgiens se sont plaints par lettres du comportement de M. X... qui a refusé d’accomplir des actes liés à sa qualité d’anesthésiste, notamment en manquant de disponibilité lorsqu’il était de garde, qu’un chirurgien a souligné qu’en 1993, 1994 et 1995, sont survenus des incidents caractérisés, soit par un manque de disponibilité pouvant avoir des répercussions graves sur la santé des personnes opérées, soit même des états d’énerverment et de brutalité à l’égard de certains malades qui s’en sont plaints, qu’une pétition a été signée le 22 décembre 1994 par trente praticiens critiquant le comportement de M. X..., que les témoignages versés aux débats par celui-ci sont contredits par les attestations et autres pièces du dossier qui démontrent qu’en de nombreuses circonstances et depuis 1981, il a gravement manqué à ses obligations de médecin anesthésiste, y compris en compromettant la santé des patients; que, de ces constatations et énonciations, la cour d’appel, répondant aux conclusions dont elle était saisie, et qui n’a ni méconnu les exigences de l’article 455 du nouveau Code de procédure civile, ni violé l’article 59 du Code de déontologie médicale, ni inversé la charge de la preuve, a pu déduire, sans dénaturer le contrat, ni des lettres de la Clinique des 10 décembre 1993 et 16 septembre 1994, justifiant légalement sa décision, qu’il y a eu des violations graves et renouvelées des obligations contractuelles permettant à la Clinique de résilier le contrat de M. X...” (Cass. Civ. 96-21.485, 1^a Câmara Cível, r. Conseiller M. Chartier, j. 13.10.1998, disponível em: <www.legifrance.gouv.fr/>).

A terceira se verifica nos casos de manifesta imperícia. No Direito alemão, são especialmente considerados os contratos de tratamento de saúde⁷¹. Se o dentista desnecessariamente causa dores lancinantes no primeiro dia de tratamento, não é exigível que o paciente volte no dia seguinte, mesmo que ainda precise de cuidados. No Direito francês, há julgado digno de nota. No dia 19 de janeiro de 2005, um proprietário de cavalo de corrida concluiu negócio jurídico denominado contrato de associação por tempo determinado com certo treinador. De acordo com o pactuado, este treinaria o cavalo até o dia 31 de outubro do mesmo ano, às suas próprias custas, para, no futuro, receber 70% dos ganhos com o desempenho do animal. Ao analisar o desempenho do cavalo antes e depois da celebração do contrato, o proprietário percebeu que o treinador não tinha competência para desenvolver as qualidades do animal. Na verdade, a falta de expertise do treinador estava a prejudicar a carreira do cavalo e, por conseguinte, os interesses do proprietário que, assim, pôs termo ao vínculo contratual. Atestada a incompetência do treinador, a Corte de Apelação de Angêrs reconheceu a legalidade da extinção promovida pelo proprietário. Sobreveio recurso interposto pelo treinador que, todavia, foi rejeitado pela Corte de Cassação⁷². Não obstante ainda permanesse o interesse do proprietário em melhorar o desempenho do seu cavalo de corrida, o inadimplemento foi considerado definitivo, pois a falta de expertise do treinador justificava o descrédito em suas habilidades.

Se devedor inadimplente se comporta de maneira em que nele não se possa confiar, a perda de interesse do credor, à luz da boa-fé objetiva, é justificável e, por conseguinte, autoriza a caracterização do inadimplemento como definitivo.

71 SCHWARZE, Roland. *Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*. Berlin: de Gruyter, 2014, § 281, n. B-118.

72 "Attendu que M. X... propriétaire d'un cheval de course a conclu le 19 janvier 2005 avec M. Y..., entraîneur, un contrat d'association aux termes duquel ce dernier entraînerait ce cheval jusqu'au 31 octobre 2005 à ses frais moyennant une répartition des gains potentiels à raison de 70 % pour M. Y... et de 30 % pour M. X... ; qu'il a été mis fin à ce contrat fin juin 2005 ; que M. Y... a assigné, le 23 décembre 2005, M. X... devant un tribunal de grande instance pour faire juger que la rupture de contrat par le propriétaire était abusive et obtenir l'indemnisation de son préjudice; [...] ; Attendu qu'ayant relevé que la comparaison des performances du cheval avant le contrat d'association en cause, pendant la période d'exécution de ce contrat et postérieurement à sa rupture, de même que l'attestation de Mme Z... établissait que M. Y... avait été dans l'incapacité de développer les qualités du cheval qu'il était chargé d'entraîner et de driver, nuisant en cela à la carrière de l'animal et aux intérêts du propriétaire, la cour d'appel a caractérisé un comportement grave de l'entraîneur justifiant la rupture du contrat à durée déterminée ; qu'elle n'était dès lors pas tenue de procéder à une vérification d'écriture que seule, la prise en compte d'une rupture amiable contestée par M. Y... aurait rendu nécessaire ; que le moyen n'est pas fondé" (Cass. Civ. 07-20.113, 1^a Câmara Cível, j. 05.11.2008, disponível em www.legifrance.gouv.fr/).

3.3. Ameaça de danos iminentes e significativos para o credor

A ponderação dos interesses em jogo também pode levar à ocorrência do inadimplemento definitivo. Isso tem lugar na hipótese em que o descumprimento submete o credor a risco de dano iminente e significativo, conforme reconhece a doutrina alemã ao interpretar o § 281, inc. 2, 2ª parte, do BGB⁷³. Nesse caso, tanto o credor quanto o devedor têm interesse na pronta contratação de uma prestação substitutiva que impeça o agravamento do prejuízo: ao credor, aproveita proteger seus bens; ao devedor, aproveita a diminuição dos danos que, pela mora, seria obrigado a indenizar.

Na doutrina alemã, a figura é exemplificada com o caso do encanador que não comparece para conter o vazamento⁷⁴. Nessa hipótese, a diligência recomenda a contratação de um terceiro para prontamente executar o conserto, sob pena de submeter o credor e, indiretamente, o devedor a prejuízos que podem ser evitados. De maneira oportuna, o exemplo também é invocado entre nós⁷⁵. No regime pátrio em vigor, aliás, os arts. 249, parágrafo único, e 251, parágrafo único, do Código Civil, permitem ao credor, em caso de urgência, obter a satisfação por si ou por terceiro da obrigação de fazer ou não fazer descumprida, independentemente de autorização judicial, o que, por força da lógica, pressupõe definitivo o inadimplemento por parte do devedor. Caberá então ao devedor reembolsar o credor dos custos havidos para obter o resultado próprio à obrigação originalmente pactuada, sem prejuízo de arcar com eventuais danos adicionais que seu inadimplemento tenha causado.

Destarte, nos casos em que o incumprimento submeta o credor à ameaça de danos iminentes e significativos, o inadimplemento poderá ser tomado como definitivo, de modo a permitir o repúdio da prestação, somado às demais tutelas próprias ao inadimplemento definitivo.

73 SCHWARZE, Roland. *Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*. Berlim: de Gruyter, 2014, § 281, n. B-118. O § 281, inc. 2, 2ª alt., do BGB tem a seguinte redação: “Die Fristsetzung ist entbehrlich, [...] wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.” Em tradução para o inglês: “(2) Setting a period for performance may be dispensed with if [...] there are special circumstances which, after the interests of both parties are weighed, justify the immediate assertion of a claim for damages”.

74 SCHWARZE, Roland. *Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)*. Berlim: de Gruyter, 2014, § 281, n. B-118.

75 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. XXIII cit., p. 186.

Conclusão

A “*tarefa primeira*” da doutrina é a construção de “*modelos dogmáticos*” que ofereçam “*esquemas de solução*” para os conflitos entre as pessoas⁷⁶. Conforme se afirma com propriedade, a “*qualificação jurídica dos fatos*” é o ponto mais alto de uma ciência voltada a precisar os contornos dos institutos jurídicos e “*propiciar a fixação do seu campo operativo*”. Afinal, “*o direito não pode se dar ao luxo de não ser positivo e o direito positivo não pode se dar ao luxo de desvalorizar a segurança jurídica*”, pois a ideia mesma de Estado de Direito reclama que todos saibam como devam proceder para que, querendo, possam agir em conformidade com o ordenamento jurídico⁷⁷.

No mundo do Direito, a ciência precede o fazer justiça⁷⁸. A compreensão do ordenamento jurídico, todavia, é cheia de dificuldades, que podem decorrer do emprego de conceitos que reclamam concretização, como vem a ser o *topos* da utilidade da prestação, compreendido como interesse do credor em sua realização.

Para dar solução adequada ao problema no Direito brasileiro, a melhor doutrina recomenda ter em conta fatores relacionados à prestação e fatores relacionados aos sujeitos da relação jurídica obrigacional⁷⁹. Sua consideração permite sustentar a existência de dois critérios voltados a identificar grupos de casos nos quais se justifica a perda do interesse do credor no cumprimento do pactuado: o objetivo e o subjetivo.

O critério objetivo afere a perda de interesse na execução da prestação. Sob tal critério, tem-se o grupo de casos nos quais a perda de interesse do credor decorre da inobservância de termo essencial à satisfação do programa contratual. Se a prestação não for perfeitamente executada dentro do termo essencial, não mais satisfará o interesse do credor e, por isso, poderá ser por ele rejeitada.

O critério subjetivo afere a perda de interesse na execução da prestação pelo devedor. Sob tal critério, há ao menos três grupos de casos a serem considerados, assim discriminados: a recusa do devedor, a perda da confiança no devedor e a ameaça de dano iminente e significativo aos bens do credor. Embora, em abstrato, a prestação ainda possa aproveitar ao credor,

76 MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 11 e 27.

77 MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, n. 1, pp. 1.058-1.059.

78 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v. 1, p. XXIV.

79 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, cit., p. 219.

em concreto, não mais lhe interessa, seja porque o inadimplemento se fez acompanhar de comportamento que põe em xeque os valores da lealdade e confiança, seja porque a consideração dos interesses em jogo reclama sua pronta obtenção junto a terceiro, para evitar o agravamento dos danos decorrentes do incumprimento.

A proposta teórica ora endereçada não tem a pretensão de esgotar, mas apenas de contribuir para o esclarecimento do conteúdo do conceito de interesse do credor. Não se descarta, pois, que possa haver outros critérios e, conseqüentemente, grupos de casos que possam conduzir ao inadimplemento definitivo, sem, todavia, se enquadrar nas hipóteses mencionadas. Daí não segue, no entanto, que o esforço seja em vão. Se é verdade que as palavras provocam efeitos, não resta mais que procurar delimitar seu sentido e, com isso, seguir o caminho apontado por quem, no Direito Privado brasileiro, hoje as compreende melhor do que ninguém.