

*LUIZ PHILIPPE TAVARES DE AZEVEDO CARDOSO*

***INADIMPLEMENTO ANTECIPADO  
DO CONTRATO NO  
DIREITO CIVIL BRASILEIRO***

 **MALHEIROS  
EDITORES**

reequilíbrio é construído por restituições correspectivas a um contrato em que seu reequilíbrio é dado pela excussão extrajudicial.

Uma crítica substancial ao mecanismo de excussão do contrato de alienação fiduciária em garantia é feita por Manoel Justino Bezerra Filho. Para o autor, a possibilidade de o comprador não ser minimamente compensado pelo investimento feito no contrato é uma injustiça grave, que fere o bom-senso e traz prejuízos sociais em uma área sensível como é a da moradia. Além disso, o sistema da alienação fiduciária é preponderantemente extrajudicial, deixando o Judiciário alheio a esse tipo de conflito.<sup>155</sup>

Em todo esse contexto há um ponto que realmente merece reflexão, a respeito do inadimplemento antecipado por impossibilidade superveniente do compromissário-comprador e sua relação com a alienação fiduciária em garantia. É que, como se viu, a construção de tal solução foi essencialmente jurisprudencial.

Com efeito, sobre o compromisso de compra e venda há vasta experiência jurisprudencial, de modo que a atuação dos juízes em prol de uma justiça comutativa, afastando cláusulas abusivas, freando demandas iníquas, ainda que com embasamento legal, e criando soluções inovadoras é até comum.<sup>156</sup>

155. Manoel Justino Bezerra Filho, "A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel – Exame crítico da Lei 9.514, de 20.11.1997", RT 819/65-76, Ano 93, São Paulo, Ed. RT, janeiro/2004. O autor aponta a necessidade de viabilizar o crédito imobiliário para resolver o déficit habitacional brasileiro. Informa que o atual sistema de financiamento imobiliário, mediante a alienação fiduciária em garantia, é uma tentativa de aumentar o crédito imobiliário. Para isso, os mecanismos de garantia devem ser eficientes, a fim de dar segurança ao mercado de valores mobiliários de onde viria o crédito. Ocorre que, para o autor, a opção legislativa acabou por tirar o risco da atividade empresarial especulativa e colocá-lo todo a cargo dos adquirentes, que podem perder suas poupanças e sua moradia, sem nada receber em troca. Afirmo que o mecanismo de leilões extrajudiciais não garante minimamente o recebimento de uma justa compensação frente à situação ocorrida. Por fim, avalio também que há uma tendência de afastar do Judiciário problemas graves como esse, mas que a judicialização do conflito volta, por exemplo, por meio de possessórias. Tais opiniões são bastante ponderáveis. Atualmente pode-se adicionar a elas o fato de que o epicentro da crise econômica de 2008 foi o sistema de crédito imobiliário americano, de onde o Brasil copiou o sistema de securitização. Assim, se, de um lado, tal sistema viabiliza oferecimento maior de crédito, por outro, além de causar injustiças comutativas concretas, traz um risco social imenso, ao acentuar o potencial destrutivo da especulação financeira.

156. Lembre-se também da Súmula 308 do STJ: "A hipoteca firmada entre construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". Segundo Cláudio Luiz

É de se notar, portanto, essa diferença: um modelo de forte intervenção judicial, ao lado de um modelo de quase nenhuma intervenção judicial; um modelo orientado pela busca de soluções equitativas, de aplicação de institutos em prol da justiça comutativa, ao lado de um modelo orientado para a eficiência de mercado. Se um deles pode trazer insegurança jurídica, o outro também guarda riscos sociais consideráveis.

Há muitos questionamentos que podem ser feitos diante dessa realidade: o incremento do crédito habitacional, a interferência do Judiciário nos contratos e na solução de conflitos de direito civil, a eficiência do mercado, a justiça nas relações entre particulares. Quanto ao próprio uso dos diferentes contratos, poder-se-ia dizer que, enquanto o compromisso pode muito bem servir para a aquisição de lotes ou para negociação entre particulares em pé de igualdade, a alienação fiduciária é garantia realmente mais eficiente para financiamento de unidades autônomas futuras.

Mas, de tudo isso, parece-me que há realmente dois modelos distintos: o do compromisso de compra e venda e o da alienação fiduciária. Este último revela realmente uma tendência a sair do âmbito do Judiciário. Entretanto, não se pode afirmar que a mudança seja total e definitiva. Ao contrário, ainda há espaço para que a experiência e a prática jurídicas demonstrem quais os mecanismos contratuais mais justos e úteis. Nesse sentido, a narrativa e o detalhamento desta experiência jurídica e social com o inadimplemento antecipado no compromisso de compra e venda são dignos de servir como exemplo de uma Justiça segura e, ao mesmo tempo, humana.

## 2.6 As restituições no inadimplemento antecipado do contrato

Voltando ao inadimplemento antecipado no compromisso de compra e venda, é preciso mencionar posicionamento jurisprudencial que limita a resolução pelo compromissário até o momento de entrega das chaves ou da imissão na posse do imóvel. A justificativa seria a natural desvalorização sofrida pelo imóvel a partir do uso, de seu desgaste, com prejuízo para a construtora ou incorporadora.<sup>157</sup>

Tem total pertinência a crítica de Francisco Eduardo Loureiro a tal solução: a justificativa para a resolução nesses casos não é o arrendi-

Bueno de Godoy, trata-se de mais um exemplo criativo de construção jurisprudencial, que concretiza a operacionalidade da função social do contrato (*Função Social do Contrato*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 181-184).

157. STJ, 2ª Seção, REsp 476.780-MG, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 11.6.2008.

mento, mas a impossibilidade superveniente de arcar com as prestações. Por isso, vedar a resolução é limitar a solução pela execução da prestação devida ou aguardar a resolução pelo credor. Ora, nenhuma das alternativas é satisfatória, visto que não há patrimônio para saldar a dívida bem como não há sentido em se aguardar resolução pelo credor de um contrato que já perdeu sua função social. O caso, contudo, revela um problema, que é a dosagem da quantidade a ser restituída, abatida de perdas e danos sofridos pelo vendedor, bem como pela cobrança de preço referente à utilização do imóvel, que não pode ficar gratuita. Nesse ponto, a solução é justamente a de bem avaliar, com precisão, as verbas restituições, mas não vedar o exercício do direito à resolução. Pode até ocorrer que haja muito pouco a ser efetivamente restituído ao comprador depois de deduzidas as verbas devidas ao vendedor. Nem por isso a resolução deixará de ter valia, ante seu efeito liberatório.<sup>158</sup>

É preciso, portanto, especificar o que deve ser restituído.

Basicamente, numa relação de compromisso de compra e venda, quando resolvida, o compromissário deve restituir o imóvel, e o compromitente deve restituir as parcelas do preço pagas.

No inadimplemento antecipado pode ser que o compromissário não tenha recebido nenhuma prestação por parte do compromitente: não houve construção da unidade autônoma, ou, pela ausência de regularização do loteamento, sequer houve transmissão da posse do lote. Foi assim que ocorreu nos casos de descumprimento de obrigação acessória pelo compromitente-vendedor: a única prestação a ser devolvida era a dos compromissários-compradores.<sup>159</sup>

158. Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., pp. 213-214.

159. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 263.614.4/6-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 28.9.2006; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 534.004.4/2-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.7.2008; TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Ap 76.826-4/5, rel. Des. Reis Kuntz, j. 20.5.1999; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 234.491-4/6-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 1.8.2006; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 411.649-4/8-00, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 5.9.2006; TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Ap 222.548-4/4-00, rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 1.6.2006; TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Ap 994.03.110649-1, rel. Des. Piva Rodrigues, j. 9.3.2010; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 9187302-49.2005.8.26.0000, j. 30.8.2011; TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, ACi, rel. Des. Cláudio Godoy, j. 20.9.2011; TJRJ, 8ª Câmara Cível, Ap 2005.001.19441, rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. 13.9.2005; TJRS, 3ª Turma Recursal Cível, Ap 71002537397, rel. Des. Jerson Moacir Gubert, j. 29.4.2010; STJ, 4ª Turma, REsp 309.626, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 7.6.2001.

A restituição do pagamento do preço deve ser, assim, integral. Significa isso que todas as parcelas devem ser restituídas, com atualização monetária, corrigidas a partir do desembolso.<sup>160</sup>

Os julgados também determinaram incidência de juros moratórios a partir da citação. Não houve determinação de pagamento de juros compensatórios. Nesse sentido, os julgados destoam de posicionamento exarado por Ruy Rosado de Aguiar Jr. no sentido de que devem ser restituídos os frutos, independentemente de boa-fé, compreendidos aqui os juros,<sup>161</sup> pois é certo que juros moratórios não se confundem com frutos do capital. Segundo o autor, eventuais aluguéis recebidos pelo compromissário devem também ser restituídos a título de frutos.

É de se notar, contudo, que mesmo em casos de resolução de compromisso de compra e venda fora da hipótese de inadimplemento antecipado a restituição do preço pago é sempre acrescida de correção monetária desde o desembolso de cada parcela e juros moratórios desde a citação.<sup>162</sup>

No caso de inadimplemento antecipado por ausência de cumprimento de dever preparatório ou instrumental, como a imputabilidade ficou totalmente a cargo do compromitente-vendedor, não houve qualquer retenção de parcela a título de indenização ou cobertura de despesas.

A indenização devida ao compromissário lesado será verificada no item a seguir.

Já, com relação aos casos de inadimplemento antecipado com resolução pelo compromissário-comprador a questão da restituição possui maiores detalhes.<sup>163</sup> Aqui, houve entrega do imóvel e uso pelo compromissário-comprador, assim como a imputação do inadimplemento antecipado está a cargo dele.

160. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 534.004.4/2-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.7.2008. Em sede de doutrina: Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., pp. 170-173.

161. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 693.

162. TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Ap 0001636-96.2011.8.26.0654, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 7.11.2013.

163. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 38.024-4/7, rel. Des. José Osório, j. 18.6.1998; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 214.338-4/2-00, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 26.10.2006; TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Ap 526.138-4/0-00, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 1.4.2009; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 55.120-4/0, rel. Des. Cunha Cintra.

Geralmente o abatimento de verbas devidas pelo compromissário-comprador dá-se com a retenção de parte das parcelas pagas, ou até mesmo pela utilização da cláusula de decaimento, com exclusão de outras verbas, sem maiores especificidades.<sup>164</sup> Contudo, é possível sua melhor identificação.

O que é importante notar é a existência de uma verba devida em virtude do uso do imóvel. A rigor, existe aí restituição de uma prestação de ceder o uso da coisa, que, como não pode ser devolvida *in natura*, deve ser concretizada pelo equivalente.<sup>165</sup> Se não houver restituição desta prestação, haverá enriquecimento do compromissário, que usará gratuitamente de um imóvel, às custas do compromitente.

Esse valor tem variado na jurisprudência. Para Ruy Rosado de Aguiar Jr. não pode ele equivaler ao valor de aluguel, pois não se trata de locação, mas de uso do imóvel como seu por quem o recebera em razão do compromisso.<sup>166</sup> Em julgado do TJSP estipulou-se verba no valor de 0,5% ao mês do valor do contrato, devidamente atualizado, durante todo o período de ocupação.<sup>167</sup> Utilizado, assim, parâmetro do aluguel, mas com referência ao valor do compromisso, encontra-se solução equitativa, que satisfaz a especificidade da verba remuneratória.

As acessões e benfeitorias devem também ser indenizadas.<sup>168</sup>

Quanto aos juros incidentes na restituição do preço pelo compromissário que declara o inadimplemento antecipado, surge divergência sobre seu termo inicial, se da data do trânsito em julgado da decisão que decreta a resolução<sup>169</sup> ou se da data da citação. A corrente que fixa o termo inicial de contagem a partir do trânsito em julgado padece do mesmo vício

164. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 230-231.

165. Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., p. 173.

166. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 693.

167. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 9188629-92.2006.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 25.8.2011.

168. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 695; Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., p. 218; TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, ED 0010755-83.2005.8.26.0007/50000, rel. Des. Cláudio Godoy, j. 8.10.2013.

169. STJ, 2ª Seção, REsp 1.008.610-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 26.3.2008.

já apontado de se considerar o inadimplemento antecipado como mera desistência, como se direito não fosse. Ora, a partir da citação já tem o compromitente ciência da pretensão legítima de restituição de parte das parcelas pagas, de modo que não há por que afastar a regra geral do art. 405 do CC.<sup>170</sup>

Juros moratórios também incidem sobre o valor a ser retido referente à taxa de ocupação. Ocorre que, aqui, a ação é proposta pelo adquirente, que é a parte devedora desta soma de juros. Por isso, é de se questionar se o termo inicial de sua contagem seria também a data da citação, ou se poderia ser estipulado outro marco inicial, como o trânsito em julgado da sentença que os fixa. Parece que esta última hipótese seria mais adequada.

Com efeito, no caso ora em exame, o autor da ação de resolução é o próprio adquirente, que se verá obrigado, em virtude do efeito restitutivo da resolução, a pagar a taxa de ocupação, acrescida de juros moratórios. Seria estranho fixar o termo inicial desses juros, devidos pelo autor, na citação do réu. É de se observar que não há, nem seria preciso que houvesse, pretensão do réu ao recebimento de tal verba e de seus acréscimos, pois a eficácia restitutória independe de pedido expresso.<sup>171</sup> Dado que tal verba deve ser fixada em sentença, possui fonte na eficácia desconstitutiva da resolução, independe de pedido expresso e, nesse caso, é devida pelo próprio autor da demanda, melhor não criar novo requisito de procedibilidade, como um depósito preliminar de tal verba, mas adotar solução também já cunhada na jurisprudência, consistente na delimitação do termo inicial dos juros moratórios sobre a taxa de ocupação no trânsito em julgado da sentença.

Foi o que se fez em julgado que deu pela resolução de compromisso por inadimplemento imputável aos promitentes-vendedores, no qual se fixou taxa de ocupação a ser restituída pelos compromissários-compradores, com termo inicial no trânsito em julgado. Entendeu-se que a partir daí seria possível falar em mora quanto a tal obrigação, utilizando como base a hipótese inversa, acima citada, a respeito do entendimento do STJ sobre o termo inicial da contagem dos juros moratórios incidentes sobre a restituição das parcelas pagas.<sup>172</sup>

170. Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., p. 217.

171. Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., p. 171.

172. TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, ED 0004651-73.2003.8.26.0292/50000, rel. Des. Cláudio Godoy, j. 17.12.2013.

Poder-se-ia objetar, ainda, a utilização de critérios distintos para hipóteses semelhantes: quanto às parcelas pagas os juros incidiriam desde a citação, mas quanto à taxa de ocupação, somente a partir do trânsito. Ora, tal diferença tem justificativa justamente no fato da posição que ocupam as partes no processo. Aquele que tem o ônus da ação possui o bônus da respectiva incidência dos juros moratórios.

Imagine-se, assim, caso de inadimplemento antecipado, por declaração de impossibilidade relativa de continuar pagando as prestações, em que a ação de resolução fosse proposta pelo alienante, e não pelo adquirente declarante. Nesse caso, o termo inicial dos juros de mora sobre a taxa de ocupação seria o da citação, pela ciência da pretensão, enquanto o termo inicial de juros moratórios sobre a restituição das prestações pagas seria o trânsito em julgado da decisão, quando, independentemente de pedido do réu, seria fixada a obrigação, e, então, se poderia falar em mora.

Feitas essas considerações, é possível sintetizar. Nos casos de inadimplemento antecipado em que o devedor é titular do direito de resolver, as restituições se fazem da seguinte forma: o compromitente restitui as prestações pagas atualizadas a partir do desembolso, a indenização fixada para as benfeitorias e acessões, tudo acrescido de juros de mora contados a partir da citação; o compromissário devolve a coisa e restitui quantia referente ao uso do imóvel pelo tempo de ocupação, fixada equitativamente, com juros moratórios a partir do trânsito em julgado.

Tais verbas são as que possuem natureza restitutória, essencialmente ligadas ao que foi efetivamente prestado. É de se mencionar, nesse contexto, julgado do STJ, em recurso especial representativo de controvérsia, no qual se ratificou o entendimento de que em compromissos de compra e venda submetidos ao Código de Defesa do Consumidor é abusiva a cláusula que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada na hipótese de resolução do contrato por culpa de qualquer dos contratantes. Em síntese de todo válida para este trabalho, pontuou-se, ainda, que a restituição deve ser imediata ao compromissário-comprador, integral se por culpa exclusiva do compromitente, ou parcial, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.<sup>173</sup>

Finaliza-se, assim, a questão das restituições. Há, contudo, ainda mais uma categoria de verbas a serem indenizadas, referentes ao prejuízo que as partes tiveram com o inadimplemento imputável do contrato. Tais

173. STJ, 2ª Seção, REsp 1.300.418-SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 13.11.2013, DJe 10.12.2013.

são, por exemplo, as despesas administrativas, fiscais, com intermediação de venda e publicidade feitas pelo compromitente-vendedor, quando culpado o compromissário-comprador. A cargo do compromissário-comprador, por sua vez, pode haver também prejuízos além da restituição integral do que foi pago. O tema toca a cláusula penal e a possibilidade de indenização por dano moral. É o que se passa a examinar.

### 3. Indenização

De acordo com a síntese de Araken de Assis, o art. 475 do CC concede, ao lado do direito de resolver, a pretensão de perdas e danos ao contratante lesado. O direito à indenização não é efeito direto e dependente da resolução. As perdas e danos estão ligadas, assim como à resolução, ao inadimplemento.<sup>174</sup> Entretanto, existe resolução sem que haja imputabilidade do inadimplemento. Já, as perdas e danos estão ligadas ao inadimplemento imputável.<sup>175</sup>

A indenização é, assim, uma sanção, baseada no ilícito, e, desse modo, representa um direito autônomo.<sup>176</sup> Com o exercício do remédio resolutório, observadas as restituições, a indenização vem a ocupar importante papel, ligado à responsabilidade contratual. Note-se, assim, essa diferença: as restituições provocadas pelo mecanismo resolutório são recomposições daquilo que foi prestado; a indenização por perdas e danos, com fundamento no ilícito imputável, está ligada aos prejuízos sofridos para além das restituições do que foi prestado.

No tocante ao inadimplemento antecipado, a alusão à indenização por perdas e danos como um dos seus efeitos ocorre, mas nem sempre.<sup>177</sup>

174. Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., pp. 147-148.

175. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 701.

176. Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., p. 149.

177. Guilherme Magalhães Martins, “Inadimplemento antecipado do contrato”, cit., *Revista Trimestral de Direito Civil* 36/100; Anderson Schreiber, “A trílice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras”, cit., *Revista Trimestral de Direito Civil* 32/25; Raphael Manhães Martins, “Inadimplemento antecipado: perspectivas para sua aplicação no Direito Brasileiro”, cit., *RF* 391/18-183.

Interessante notar que Judith Martins-Costa acentua a resolução como efeito do inadimplemento antecipado (“A recepção do incumprimento antecipado do contrato no Direito Brasileiro: configuração e limites”, cit., *RT* 885/30-48. Da mesma forma:

Aline de Miranda Valverde Terra aponta-o como efeito básico, sem maiores controvérsias, decorrente de qualquer inadimplemento, com aplicação do art. 389 do CC. Para quantificá-lo, ressalta a verificação do momento em que tenha ocorrido, a fim de possibilitar ao credor alternativas ao interesse descumprido, principalmente nos contratos com termo essencial. Tudo que o credor fizer para tentar se precaver do prejuízo deve ser indenizado, independentemente de sua eficácia. Em consequência, a atitude do credor a mitigar seu prejuízo é preferível à sua inércia frente à situação inevitável, agravando ainda mais os danos advindos.<sup>178</sup>

Raphael Manhães Martins, por sua vez, postula que ao credor não deve ser imposto ônus de aguardar até o termo estipulado para se ver ressarcido do inadimplemento sofrido. Aponta a necessidade da indenização para reposição dos gastos na relação perturbada, assim como garantia de não perder o que já investiu no contrato. Refere-se, por fim, à dificuldade de cálculo do prejuízo. Aliando-se a precedente do Direito dos Estados Unidos da América, defende que o dano seria calculado da seguinte forma: verifica-se o benefício que a parte prejudicada teria com o cumprimento da obrigação e se deduz, deste valor, os custos em que incorreria. Há, assim, posição de se conceder, a título de lucros cessantes, aquilo que a parte lesada lucraria com o contrato, se este tivesse sido adimplido. No caso de um imóvel, o dano seria o seu valor de mercado no termo de vencimento, deduzido o pagamento de seu preço. No caso de um escritório de um profissional, os danos poderiam representar o que teve de gastar para conseguir outra alternativa, somado ao que deixou de receber pela ausência da prestação.<sup>179</sup>

A questão quanto à quantificação da indenização é, realmente, complicada, e em breve será analisada. Com respeito ao dever de indenizar as perdas e danos, entendemos que ele decorre, no caso de inadimplemento antecipado do contrato, do fato da resolução contratual. Não se está a confundir o que é próprio da resolução com o que é próprio da responsabilidade civil. Ocorre que o inadimplemento antecipado, tal como o entendemos, provoca a perda da função social do contrato, e é esse o ponto chave que autoriza a resolução. A indenização faz parte de

Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 579-584; Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., pp. 105-109.

178. Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit., pp. 238-248.

179. Raphael Manhães Martins, "Inadimplemento antecipado: perspectivas para sua aplicação no Direito Brasileiro", cit., *RF* 391/181-183.

um momento posterior, em que já se decidiu pela ocorrência do inadimplemento antecipado.

Não se duvida de que se possa ser indenizado por quebra de deveres acessórios e laterais, simplesmente, com base em tudo quanto foi exposto a respeito da relação obrigacional complexa. Todavia, esse tipo de indenização por descumprimento de dever, por si só, abrangeria outro trabalho, em que seus pressupostos, inclusive de exigibilidade, devem ser examinados. No plano do inadimplemento antecipado do contrato o que ocorre é a resolução, e, a partir dela, o dever de indenizar.

Lembre-se, também, que no caso exceção de contrato não cumprido viu-se que pode haver oposição de exceção por descumprimento de obrigação acessória. Daí não se conclui, todavia, que isso seja inadimplemento antecipado, tal como entendido neste trabalho. Como também essa hipótese não exclui a possibilidade de oposição de exceção em caso de inadimplemento antecipado.

Da mesma forma ocorre com a indenização por perdas e danos derivados de ilícito relativo. De forma alguma ela se esgota no inadimplemento antecipado. É categoria amplíssima, que pode envolver o descumprimento de obrigações acessórias e laterais. Já, o inadimplemento antecipado, em si, que autoriza a resolução, tal como disposto no art. 475, acaba por facultar também a indenização por perdas e danos derivada da responsabilidade contratual. É uma consequência lógica.

Resta averiguar, entretanto, nos casos jurisprudenciais, base deste trabalho, como foi tratada a questão da indenização. Nesse sentido, revela-se um detalhe importante na jurisprudência. Nos casos, a indenização por perdas e danos apareceu em uma minoria deles, e era mais um ponto satélite do que nuclear da demanda. Este, por sua vez, era relativo à resolução e à restituição das parcelas pagas. O trato da indenização foi sempre pontual, bastante limitado, e quase sempre apreciado como matéria de prova.

Com relação aos casos de inadimplemento antecipado do compromitente-vendedor, pode-se averiguar: (a) casos em que há pedidos de indenização por danos materiais ou morais, mas que foram rejeitados por ausência de prova, principalmente por não se presumirem nem os lucros cessantes, nem o dano moral;<sup>180</sup> (b) casos em que por circunstância

180. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 317.624-4/9-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 23.10.2007; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 228.230-4/7-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 18.7.2006; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 170.517-4/0-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 31.10.2006; TJSP,

especialíssima foi concedida indenização por dano moral;<sup>181</sup> (c) um caso em que houve aplicação da cláusula penal, como prefixação dos danos;<sup>182</sup> (d) dois casos em que houve comprovação de danos materiais.<sup>183</sup>

Verifica-se, assim, que o pleito indenizatório e, mais ainda, sua concessão são raridades. Parece haver um entendimento no sentido de que a devolução integral de quantias pagas causada pelo efeito restitutivo da resolução já configura uma reparação satisfatória ao quanto ocorrido.

Já, nos casos de inadimplemento antecipado do compromissário-comprador a situação muda: aqui, foi autorizada retenção, por força de cláusula contratual, de parte das parcelas pagas, a título de indenização por despesas efetuadas bem como pela utilização do imóvel. Não há especificações maiores. A cláusula de retenção, na verdade, foi revisada, para ser retida quantia menor, justificada justamente para dedução das verbas acima apontadas: uma de cunho indenizatório, outra de cunho restitutivo.<sup>184</sup>

Veja-se, portanto, que a solução prática da jurisprudência é mais simples que a preconizada pela doutrina. Não se nega a possibilidade do pleito indenizatório, que é decorrência lógica do inadimplemento, mas sua concessão depende de prova, bem como pode ser calibrada em cláusula penal ou de retenção.

### 3.1 Interesse positivo ou negativo

Em doutrina há uma divergência, ainda não plenamente solucionada, sobre o que se indeniza em caso de resolução contratual. Ruy Rosado de Aguiar Jr. entende que o que deve ser indenizado é o interesse positivo,

4ª Câmara de Direito Privado, Ap 534.004.4/2-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.7.2008.

181. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 456.337.4/3-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.5.2007; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 179.350-4/3-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 30.5.2006; TJRS, 3ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71002537397, rel. Des. Jerson Moacir Gubert, j. 29.4.2010.

182. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 159.042-4/1-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 9.5.2006.

183. TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 411.649-4/8, rel. Des. Berrita da Silveira, j. 5.9.2006; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 9187302-49.2005.8.26.0000, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 30.8.2011.

184. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 38.024-4/7, rel. Des. José Osório, j. 18.6.1998; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 214.338-4/2-00, rel. Des. Jacobina Rabello, j. 26.10.2006; TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 55.120-4/0, rel. Des. Cunha Cintra.

correspondente ao aumento de patrimônio que o contratante teria se o contrato tivesse sido cumprido.<sup>185</sup> Já, para Araken de Assis o dano a ser indenizado corresponde ao interesse negativo, isto é, os danos que advieram da não conclusão do negócio frustrado.<sup>186</sup>

Explica Araken de Assis que, como a resolução opera retroativamente, destruindo os efeitos do contrato no plano de sua eficácia, não há coerência lógica em se arbitrar danos correspondentes ao que se ganharia com o contrato cumprido. Ora, se existe a opção entre manter o contrato ou pedir sua resolução, a alternativa da resolução implica a recomposição com os danos pelo negócio desfeito, e não supondo sua manutenção.<sup>187</sup>

A posição tem coerência. Entretanto, Ruy Rosado de Aguiar Jr. defende que a proteção ao interesse positivo responde a um critério mais justo e equitativo, observando que a resolução não eliminou todos os efeitos do contrato, haja vista a relação de liquidação e, justamente, a obrigação de indenizar. Nesse sentido, a lei brasileira, principalmente ao aludir a lucros cessantes, como aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar, deve ser interpretada como aludindo ao adimplemento faltante, isto é, ao dano positivo.

Jorge Cesa Ferreira da Silva aprofunda ainda mais a polêmica ao esclarecer que a expressão “danos emergentes e lucros cessantes” pode se referir tanto ao interesse positivo como ao interesse negativo. Nas suas palavras: “Não se deve confundir interesse negativo com lucro cessante, como se ele representasse o que se perdeu. Tanto no interesse negativo quanto no positivo, indenizam-se o que a parte perdeu e o que ela deixou de ganhar. Contudo, quando a indenização é pelo interesse positivo, inclui-se o que a parte perdeu com a inexecução do contrato e com o que ele lhe geraria de lucro. No interesse negativo essa previsão de lucro contratual inexistente, de modo que a indenização compreende aquilo que ela perdeu e aquilo que ela deixou de ganhar (oportunidades de outros contratos, perda de chances etc.), abstraindo-se os lucros contratuais que decorreriam da contratação que não foi concluída”.<sup>188</sup>

185. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, pp. 702-708.

186. Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., pp. 149-152.

187. Idem, *ibidem*.

188. Jorge Cesa Ferreira da Silva, *Inadimplemento das Obrigações*, São Paulo, Ed. RT, 2007, p. 175.

José Osório de Azevedo Jr. afirma, de modo categórico, que na hipótese de resolução por culpa do compromitente-vendedor a reparação, para ser efetiva, deve levar em conta a valorização do imóvel que deixou de integrar o patrimônio do promissário.<sup>189</sup>

No âmbito jurisprudencial, é preciso dizer que a posição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. encontrou guarida no STJ. Em duas oportunidades, envolvendo resolução de compromisso de compra e venda, consignou-se que a indenização devida devia abarcar o dano positivo, consubstanciado no valor atual do imóvel que deixou de ser entregue. Constatou, ainda, expressamente, da ementa de um deles que “o descumprimento do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por parte da promitente-vendedora leva à indenização do promissário comprador, que tem o direito de receber, além da devolução do preço, a diferença do valor atual do imóvel. No caso dos autos, a expressão contida no art. 1.059 do CC, incluindo nas perdas e danos ‘o que o credor razoavelmente deixou de lucrar’, compreende a indenização pelo dano positivo, isto é, aquela suficiente para colocar o credor na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido”.<sup>190</sup>

Tal entendimento conta também com precedente no TJSP, no qual foi devida indenização por lucros cessantes em razão de resolução contratual por ausência de entrega de imóvel prometido por cooperativa, correspondente à valorização do imóvel, que deixou de integrar o patrimônio dos adquirentes.<sup>191</sup>

Em ocasião posterior o mesmo STJ assentou entendimento no tocante à resolução de compromisso de compra e venda imputável ao compromitente-vendedor e a devida indenização: houve resolução, com restituição da integralidade das parcelas pagas, e condenação na indenização de lucros cessantes, da seguinte forma: “A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada.

189. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., p. 231.

190. STJ, 4ª Turma, REsp 403.037-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.5.2002. V. também: STJ, 4ª Turma, REsp 109.174-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.2.1997.

191. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 990.10.211582-8, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 5.8.2010.

Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC)”.<sup>192</sup>

Lícito entender-se, daí, que no caso de resolução por inadimplemento absoluto de compromisso de compra e venda, imputável ao compromitente-vendedor, há restituição integral do preço pago, verba restitutória que compreende também o dano emergente, além de se indenizar o lucro cessante presumido, consistente nos aluguéis que poderiam ser rendidos, desde a data prevista para entrega até o ajuizamento da ação. É solução que se aproxima mais da indenização pelo interesse positivo.

Tal entendimento, apesar de contar com adesão considerável<sup>193</sup> e de ser praticamente unânime quando o pedido é apenas de indenização pelo atraso (mas não de resolução<sup>194</sup>), conta também com divergências. Nesse sentido, constatou de acórdão do TJSP, em ação de resolução de compromisso de compra e venda por inadimplemento absoluto dos compromitentes-vendedores, que, “resolvido o negócio, tem-se o retorno das partes ao estado anterior (ditada inclusive pelo reembolso também pedido), e nesses termos não cabe raciocinar em projeção com o uso que se faria do objeto do contrato” – negando assim, a pretensão de lucros cessantes referentes a aluguéis.<sup>195</sup>

Esses posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais ilustram a divergência existente no Direito Brasileiro sobre o que deve ser indenizado em caso de resolução contratual. Para chegar a uma posição razoável sobre a indenização no inadimplemento antecipado do contrato, mister se faz recolher mais alguns dados.

Tratando-se de compromisso de compra e venda, no que tange ao inadimplemento do promissário-comprador a cláusula penal exerce papel importante. Apoiada nos arts. 413 do CC e 53 do CDC, a jurisprudência tem calibrado a cláusula, para indenizar o compromitente-vendedor no referente a despesas administrativas e fiscais, intermediação da venda, depreciação do imóvel de novo a usado e o já aludido período de

192. STJ, 3ª Turma, REsp 644.984-RJ, rela. Min. Nancy Andrichi, j. 16.8.2005 [o art. 335 do CPC-1973 corresponde ao art. 375 do novo CPC].

193. STJ, 3ª Turma, REsp/AgR 1.049.894-RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 19.10.2010; STJ, Ag/AgR 692.543-RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 9.8.2007.

194. TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap 0071237-71.2012.8.26.0100, rel. Des. Cláudio Godoy, j. 26.11.2013.

195. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 9053227-49.2000.8.26.0000, rel. Des. Fábio Tabosa, j. 18.10.2011.



ocupação (que possui natureza de verba restituitória, e não indenizatória). Também as arras servem tanto de parâmetro para fixação dos danos indenizáveis como também devem ser computadas nos valores pagos pelo compromissário-comprador a fim de se fazer o cálculo do reembolso e da retenção.<sup>196</sup>

José Osório de Azevedo Jr. mostra como varia o percentual de devolução, em virtude das circunstâncias de fato, nos casos de inadimplemento do compromissário-comprador: praticamente de 0% a 90%.<sup>197</sup>

Ainda que não haja uma certeza matemática, é possível afirmar, de tudo quanto exposto, que o inadimplemento antecipado do compromissário-comprador conta com maior facilidade para apuração das verbas a indenizar, que, dada a quantidade de casos, já foram mais ou menos identificadas pela jurisprudência: despesas administrativas, fiscais, com intermediação de venda e publicidade, a desvalorização natural do imóvel de novo a usado e a própria cláusula penal. Com isso, tem-se como chegar a patamares mais seguros para verificação do quanto a reter. Somado a essas verbas, não se pode esquecer do período de ocupação, cujo equivalente pecuniário deve ser restituído. É possível concluir, assim, que haverá casos em que a retenção de todas as parcelas pagas poderá não recuperar totalmente o vendedor de seus danos. Mantemos a posição de que tal situação não obsta à resolução, mas não impede a cobrança do crédito superior.

Pode-se notar, de tais verbas indenizatórias, que, em princípio, o que se indeniza nos casos de inadimplemento do compromissário-comprador são interesses que mais se aproximam dos negativos do vendedor, ligados à frustração do negócio e às verbas despendidas durante sua preparação, conclusão e execução. Esses critérios devem ser mantidos para fixação da indenização, ou do valor a ser retido, nos casos de inadimplemento antecipado pelo compromissário-comprador.

Mais difícil mostra-se o cálculo da indenização para os casos de inadimplemento antecipado do compromitente-vendedor. Como visto, houve poucos parâmetros jurisprudenciais: ou se indenizou por meio de cláusula penal;<sup>198</sup> ou foram indenizados os gastos com a defesa dos inte-

196. Francisco Eduardo Loureiro, "Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda", cit., in Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), *Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais*, 2ª ed., pp. 214-216.

197. José Osório de Azevedo Jr., *Compromisso do Compra e Venda*, cit., 6ª ed., pp. 217-220.

198. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 159.042-4/1-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 9.5.2006.

resses dos compromissários em ações judiciais;<sup>199</sup> ou foram indenizados pagamentos a título de corretagem e análise de crédito.<sup>200</sup> Todas, verbas, portanto, ligadas à frustração do negócio.

Veja-se que nos casos analisados não há sequer condenação em lucros cessantes, seja pelo interesse negativo, seja pelo positivo. A menção que os julgados fazem a juros diz respeito sempre aos moratórios.<sup>201</sup>

A indenização referente a valores de aluguel parece-me descabida para casos de inadimplemento antecipado, por uma contradição natural: o inadimplemento ocorre antes do termo; logo, até aí não haveria imóvel construído, seja para moradia, seja para locação. Portanto, tais lucros cessantes, se presumidos, não corresponderiam ao caso concreto. Ainda no caso de lotes de terreno sem regularização mais difícil ainda a fixação de um valor de aluguel.

Poder-se-ia pensar, então, na provável valorização do imóvel na data de sua entrega. Contudo, tal parâmetro melhor serviria aos casos de resolução por inadimplemento absoluto, e não antecipado. É tormentoso calcular o valor provável de um bem que não existe, e que talvez sequer existirá em data futura. Essa, aliás, é uma das objeções feitas à *anticipatory breach* no próprio Direito Inglês e no Direito Americano.

Assim, ainda que se pretenda avaliar o interesse positivo em razão de inadimplemento antecipado, melhor seria limitar ao tempo do ajuizamento da ação de resolução o valor que teria o imóvel a ser construído. Isso poderia ser feito de forma mais simples, via perícia, até por ação cautelar de antecipação de prova. Os dados a serem colhidos seriam todos atuais. Por exemplo: quanto vale o direito do autor na data de ajuizamento da ação e quanto ele valeria caso o cronograma de execução do empreendimento fosse cumprido? Essa pode ser uma pergunta respondível em termos certos, como se exige do dano, ainda que dos lucros cessantes.

Além disso, essa forma de cálculo poderia mais se adequar à natureza antecipada do inadimplemento em tela. Visto que o contratante

199. TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 411.649-4/8, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 5.9.2006.

200. TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 9187302-49.2005.8.26.0000, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 30.8.2011.

201. Lembrando-se que Araken de Assis, defensor da indenização pelo interesse negativo, refere-se aos frutos do dinheiro empregado pelo compromissário-comprador, que poderiam ser entendidos como lucro cessante do interesse negativo, correspondentes à aplicação de tal soma, por exemplo, na poupança (*Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., p. 151).

considera, antes do termo de vencimento, a perda da função social do contrato e, assim, não aguarda seu advento para se liberar do vínculo, é justo e proporcional que sua indenização seja limitada pelo marco temporal anterior também ao termo.

É de se ressaltar, outrossim, a importância da verificação de quanto efetivamente foi prestado pelo contratante lesado. Se ele cumpriu inteiramente sua prestação, os lucros cessantes por não tê-la empregado em outra atividade são mais mensuráveis. Se não houve contraprestação, talvez não haja lucros cessantes.

Vê-se, assim, na linha da jurisprudência, que a matéria indenizatória realmente depende muito das circunstâncias de fato e da prova que foi efetivamente trazida aos autos. Essa linha deve ser seguida nos casos de inadimplemento antecipado.

Entretanto, é necessário um posicionamento sobre o interesse positivo ou negativo em tal indenização. Dada a natureza do problema do inadimplemento antecipado do contrato, com perda da sua função social e a constituição de sua extinção antecipadamente, a proteção, nesses casos, ao interesse negativo soa mais coerente.

A comunicação do contratante lesado é a da perda do interesse no contrato tal qual ele está. Logo, seu maior interesse seria o de se desvincular dele e ser restituído e indenizado do que gastou. Até mesmo por não ter empregado investimentos em outra atividade. Entretanto, pleitear os lucros que adviriam de seu futuro adimplemento parece negar a essencialidade da figura e do remédio resolutório.

Diga-se, ainda, que uma das vantagens do inadimplemento antecipado é a de mitigar danos. Dada sua evidente ocorrência, o contratante lesado age, antes do termo, para evitar perdas e desenvolver, com outro parceiro, a cooperação necessária para seus interesses. Por essa razão, também, seria mais consentânea com sua natureza a proteção do interesse negativo.

Dados, porém, os precedentes jurisprudenciais em matéria de resolução de compromisso de compra e venda por inadimplemento absoluto do compromitente-vendedor, tutelando o interesse positivo, não é de se negar sua possibilidade para o inadimplemento antecipado. Nossa posição, como estudioso, expostas as soluções já ocorridas, é no sentido acima postulado. O inadimplemento antecipado do contrato, na sua essência, no Direito Brasileiro visa a liberar o contratante de um contrato que perdeu seu fim, restituí-lo das quantias pagas e indenizá-lo dos custos que teve com tal contratação.

### 3.2 Dano moral por inadimplemento antecipado do contrato

Por fim, cabe tratar do dano moral em virtude do inadimplemento antecipado. A jurisprudência concedeu, em casos específicos, dano moral pelo inadimplemento antecipado. Em um deles chegou-se a dizer que os danos morais eram presumíveis na espécie.<sup>202</sup> Em outros dois, porém, os danos morais foram atribuídos à conduta da outra contratante, que protestou títulos indevidamente e acionou sistemas de proteção ao crédito. Daí, propriamente, e não do inadimplemento antecipado, advieram os danos morais.<sup>203</sup>

Não se pode deixar de notar também outros casos em que foram pleiteados danos morais mas se julgou no sentido da sua não comprovação, principalmente por não se verificar situação de excepcionalidade, bem como por não haver registro de dor psíquica considerável para efeitos de dano moral.<sup>204</sup>

Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica a reconhecer, em aspecto geral, a possibilidade do dano moral advindo de descumprimento contratual. Mas para que este se concretize efetivamente não basta o mero descumprimento, como situação corriqueira da vida, mas é necessário que o dano seja grave e que, de per si, atinja valor básico da personalidade, ligado ao núcleo valorativo da dignidade da pessoa humana.<sup>205</sup>

Desta forma, não se pode excluir, *a priori*, a possibilidade de dano moral advindo de inadimplemento antecipado do contrato. Contudo, não se pode concluir pelo inverso, ou seja, justamente que, pelo caráter excepcional do inadimplemento antecipado, por sua relação com a confiança contratual, pela gravidade do descumprimento, haveria sempre dano moral.

Como salientado, é necessário, para indenização por dano moral, além da plena configuração do inadimplemento antecipado do contrato, que no caso concreto se atinja, de forma grave e valorativa, a dignidade da pessoa humana do contratante.

202. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 179.350-4/3-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 30.5.2006.

203. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 456.337.4/3-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.5.2007; TJRS, 3ª Turma Recursal Cível, Recurso Inominado 71007337397, rel. Des. Jerson Moacir Gubert, j. 29.4.2010.

204. TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 534.004.4/2-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10.7.2008; TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Ap 170.517-4/0-00, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 31.10.2006.

205. TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Ap 0701360-34.2012.8.26.0704, rel. Des. Cláudio Godoy, j. 26.11.2013.

#### 4. *Demanda de cumprimento: não cabimento*

O último dos efeitos levantados pela doutrina, mas inócua na jurisprudência, é a demanda de cumprimento, ou seja, a execução forçada da prestação devida, quando caracterizado o inadimplemento antecipado do contrato.

Nesse sentido, Guilherme Magalhães Martins defende a possibilidade de execução específica no tocante à realização dos atos preparatórios, mencionando os dispositivos da legislação processual que visam à obtenção do resultado prometido ao credor. Obtempera, contudo, tal posição nos casos de obrigações instantânea e diferida, nas quais o ato devido somente é exigível no advento do termo.<sup>206</sup>

Raphael Manhães Martins também defende a execução específica, mas a entende dependente de circunstâncias do caso concreto. Explica que a possibilidade da execução específica não é apenas eticamente justificável, como também incentiva o devedor a prestar e a cooperar com o parceiro contratual, reforçando aspecto positivo ao tráfico social: a função do direito das obrigações seria, primordialmente, garantir o cumprimento da promessa original. Refere-se, especificamente, à atual possibilidade de antecipação de tutela, somada aos mecanismos coercitivos do direito processual, para comprovar a viabilidade prática da demanda de cumprimento.<sup>207</sup>

Abre exceção, contudo, para os casos de prestação instantânea e diferida, devido à sua inexigibilidade. Propõe, nesses casos, apenas a imposição de multas cominatórias, como forma de pressionar o devedor ao cumprimento, mas com incidência apenas a partir do vencimento. Reitera, no entanto, que em caso de ausência de atos preparatórios a execução específica é plenamente possível. Nesse sentido, poderia o credor até se valer da contratação de terceiro para realização do objeto do contrato, recaindo para o devedor originário os custos de tal medida.<sup>208</sup>

Aline de Miranda Valverde Terra, por sua vez, expressa a posição mais radical para o problema. Afirmar a autora que, embora nos casos de inadimplemento antecipado ainda não se tenha verificado o termo de vencimento, a violação efetiva da prestação já ocorrida implica a perda do benefício do prazo ao devedor, de modo a tornar a prestação exigível

206. Guilherme Magalhães Martins, "Inadimplemento antecipado do contrato", cit., *Revista Trimestral de Direito Civil* 36/100-101.

207. Raphael Manhães Martins, "Inadimplemento antecipado: perspectivas para sua aplicação no Direito Brasileiro", cit., *RF* 391/184-186.

208. Idem, pp. 186-187.

vel desde já. Logo, nos casos de inadimplemento antecipado haveria a presença não só do direito de crédito, mas também de sua exigibilidade, tornando o caso exatamente igual ao de uma obrigação inadimplida no termo. A tese da autora é a da absoluta relativização do termo de vencimento, tendo em vista o descumprimento do programa de cumprimento, entendendo o adimplemento como um processo complexo, de deveres plurais, todos voltados à consecução do resultado útil e justo esperado pelo credor. Dessa forma, qualquer violação ocorrida, ainda que antecipada, é violação da prestação devida. Daí a perda do benefício do prazo e a adequação da demanda de cumprimento.<sup>209</sup>

A autora explica que a opção pelos efeitos do inadimplemento antecipado do contrato está diretamente ligada ao fundamento que se atribui à figura. Assim, para os que entendem o inadimplemento antecipado como hipótese de violação positiva do contrato haveria somente os efeitos da resolução e da indenização. Contudo, na sua visão, o inadimplemento anterior ao termo fundamenta-se no inadimplemento da prestação devida e, por isso, deve receber todos os efeitos de qualquer inadimplemento. A posição está devidamente embasada e mostra-se também atenta à realidade fática. Prescreve a autora que, caso a prestação devida demande atos preparatórios, é necessário que seja determinado, na imposição da obrigação de fazer, um prazo compatível com o resultado que se pretende obter.<sup>210</sup>

A posição defendida neste trabalho, porém, é diversa.

Lembra-se aqui o quanto exposto por Judith Martins-Costa, Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Araken de Assis a respeito da vedação de se exigir a obrigação devida antes do termo de vencimento fora das hipóteses especificadas em lei.<sup>211</sup>

Entendemos que esse obstáculo lembrado pelos autores é intransponível, salvo exceção, que se verá adiante. E tal entendimento não é meramente legalista, mas radica sua base na identificação do direito lesado bem como na natureza que se atribui ao inadimplemento antecipado.

Com efeito, viu-se, no tocante ao pressuposto positivo do inadimplemento antecipado, a presença de uma obrigação sujeita a termo de

209. Aline de Miranda Valverde Terra, *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit., pp. 238-256.

210. Idem, *ibidem*.

211. Judith Martins-Costa, "A recepção do incumprimento antecipado do contrato no Direito Brasileiro: configuração e limites", cit., *RT* 885/31; Ruy Rosado de Aguiar Jr., *Comentários ao Novo Código Civil: da Extinção do Contrato*, cit., vol. VI, t. II, p. 584; Araken de Assis, *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, cit., 4ª ed., pp. 107-108.

vencimento. Ora, viu-se também como o termo de vencimento implica não meramente um detalhe ligado a efeitos práticos, mas uma delimitação do próprio direito adquirido. Trata-se, como visto, de direito desprovido de exigibilidade. Existe direito, existe crédito, mas a prestação não é exigível.

O direito existente fundamenta devidamente a exceção de contrato não cumprido, a resolução (que é direito sem pretensão) com a restituição do que foi pago e a indenização pelos custos com o contrato. Entretanto, esse direito, incompleto, não fundamenta a demanda de cumprimento. É a sua essência que limita o remédio legal.

E, de outra forma, não se pode criar, academicamente ou jurisprudencialmente, outra hipótese de vencimento antecipado da dívida fora daquelas que a lei já dispõe. Trata-se de outra figura. O inadimplemento antecipado do contrato, por sua vez, devidamente adaptado aos limites do sistema, mostra-se como uma solução para o credor, mas uma solução limitada por sua própria natureza e pela lei vigente.

Não somente o direito incompleto, desprovido de exigibilidade, impede a demanda por cumprimento. A própria configuração do inadimplemento antecipado do contrato revela que se trata de casos em que o contrato perde sua função social, que o fim contratual não é mais de ser alcançado. Há quebra grave da confiança na persecução desse fim, com praticamente certeza de sua não realização no termo estipulado. Isso leva à perda do interesse na manutenção do contrato. Consequentemente, há perda do interesse também na demanda de cumprimento.

A relação contratual está gravemente ferida: há perda de interesse em que aquele determinado devedor execute a prestação devida, como também há perda de interesse por ser o resultado praticamente inalcançável no tempo útil. Essa característica do inadimplemento antecipado, indispensável para sua configuração com segurança, e não como mera desistência de negócios duvidosos, faz perder também o interesse natural, prático, coerente e devido, na demanda de cumprimento.

Esse argumento embasa também, como visto no item anterior, a posição tomada quanto à indenização pelo interesse negativo: se a prestação principal não provoca mais o interesse do credor, a indenização deve ser não pelo que ela deixou de trazer, mas pelos custos que a sua frustração gerou. Da mesma forma, e anteriormente, se o que justifica o inadimplemento antecipado é a perda do interesse na prestação principal, na cooperação contratual para se alcançar o resultado programado, como agora exigir judicialmente este mesmo resultado, que se entendia inútil e frustrado?

Repita-se que o entendimento do inadimplemento antecipado como categoria jurídica requer, para segurança das relações obrigacionais, esse aspecto grave: não basta o inadimplemento de obrigações acessórias. É necessária a perda da função social do contrato. Identificada a frustração da finalidade contratual, resta aos contratantes somente isso: resolver o contrato, liberar-se de suas obrigações, ter de volta o que foi prestado, indenizar-se dos prejuízos com a contratação frustrada. A partir de então os contratantes terão toda a liberdade para escolher novos parceiros contratuais a fim de, por cooperação, alcançarem os resultados que pretendem.

#### 4.1 Obrigação acessória exigida por norma cogente

Acima foi dito, entretanto, que há uma exceção. Resta explicá-la. Tal exceção está embasada, justamente, nos casos jurisprudenciais focados, isto é, em dados históricos do Direito Brasileiro.

Foi visto como um dos grupos de casos de inadimplemento antecipado envolvia o descumprimento de obrigações acessórias relativas à regularização de loteamento e ao registro da incorporação imobiliária. Tais obrigações, por sua vez, decorrem de lei: dos arts. 37 e ss. da Lei 6.766/1979 e do art. 32 da Lei 4.591/1964. Existe aí obrigação acessória no tocante à relação obrigacional complexa advinda do contrato. Porém, essa mesma obrigação é obrigação legal, imposta para tutela da coletividade de consumidores e até do interesse difuso da sociedade em não haver loteamentos e edificações irregulares.

Nesse caso, independentemente do inadimplemento antecipado, tais obrigações podem ser exigidas por quaisquer interessados, inclusive os contratantes. Não se trata da exigibilidade da prestação principal. Tampouco da exigibilidade de uma obrigação acessória qualquer. É a exigibilidade de uma obrigação derivada de norma cogente, em prol de interesses que ultrapassam os dos contratantes.

Assim, poderia ser objetado: ora, se se pode exigir o registro do loteamento ou o da incorporação, se está tutelando inadimplemento antecipado do contrato com demanda de cumprimento. Não é bem disso que se trata.

Na verdade, nesse tipo de demanda<sup>212</sup> não se está cogitando, em princípio, do interesse contratual, se está tutelando interesse coletivo ou

212. Cite-se, a título exemplificativo, do TJSP: 4ª Câmara de Direito Privado, Ap 0158529-07.2006.8.26.0100, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.3.2011; 1ª Câ-

difuso, de consumidores e da regularidade urbana. A ausência, por si só, da regularização, sob o ponto de vista contratual, é violação de dever acessório e gera, conforme o caso, perda da confiança e até impossibilidade de cumprimento da prestação principal no seu termo de vencimento. Daí, ocorre a perda da função social. Entretanto, do ponto de vista de interesses difusos e coletivos, dos quais os adquirentes, contratantes, também podem ser sujeitos ativos, nos termos legais, há inobservância de norma cogente, que gera pretensão à regularização.

É difícil, porém, legitimar-se uma pretensão a mera obrigação preparativa. Pense-se, por exemplo, num contrato de empreitada: exigir a construção da obra – prestação preparatória – é praticamente exigir a prestação instantânea final – sua entrega. Ora, a vantagem de se decompor a relação obrigacional em obrigações principais e acessórias é vislumbrar melhor o que ocorre na complexidade das relações sociais e jurídicas. Daí não decorre que cada obrigação do vínculo possa ser, sempre e de todo modo, objeto de exigibilidade, de acordo com o interesse do credor. Numa relação obrigacional a exigibilidade que tem o credor, em princípio, é da prestação principal. A violação de obrigações acessórias e laterais pode ensejar remédios jurídicos: indenização no caso de violação positiva do contrato, resolução contratual e outros. No caso do inadimplemento antecipado ela gera, como se viu, a resolução, a exceção, a indenização. Não é por se tratar de violação a dever que todos os mecanismos legais reparadores são, automaticamente, disponibilizados ao interessado.

O inadimplemento antecipado do contrato, tal qual entendido neste trabalho, não é uma panaceia para se solucionar antecipadamente cada violação de dever ocorrida no processo da relação obrigacional complexa.

A relativização total do termo de vencimento bem como a equiparação total do inadimplemento antecipado com qualquer outra forma de inadimplemento, seja absoluto, por impossibilidade ou perda de interesse, ou relativo, não ajudam a entender a figura e a utilizá-la quando for realmente necessária.

O inadimplemento antecipado, como figura excepcional e limitada que é, tem campo de atuação restrito. Não é necessária uma equiparação

mara de Direito Público, Ap 9101908-35.2009.8.26.0000, rel. Des. Danilo Panizza, j. 12.6.2012; 3ª Câmara de Direito Privado, Ap 0043144-65.2010.8.26.0554, rel. Des. Beretta da Silveira, j. 18.6.2013; 5ª Câmara de Direito Privado, Ap 9000087-06.2009.8.26.0576, rel. Des. James Siano, j. 4.9.2013; 1ª Câmara de Direito Público, Ap 0002597-55.2008.8.26.0197, rel. Des. Luís Francisco de Aguiar Cortez, j. 26.11.2013; 5ª Câmara de Direito Privado, Ap 0322932-94.2009.8.26.0000, rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, j. 27.11.2013.

total do Direito Brasileiro com uma figura importada da *Common Law*. Tampouco é proveitosa a exacerbação de todos os remédios obrigacionais para a solução de um problema pontual. É preciso harmonizar e adaptar as novas soluções jurisprudenciais com o que o sistema já havia construído em matéria obrigacional.

Nesse sentido, o uso que se fez do inadimplemento antecipado tem essa serventia: resolvem-se contratos que antes do advento de seu termo, por inadimplemento de deveres acessórios e laterais de um dos contratantes, perderam seu sentido, seu fim concreto. Há, nesse miolo, grave perda de confiança entre parceiros contratuais e impossibilidade prospectiva de cumprimento com relação ao fim contratual almejado. Por isso, a melhor solução é a liberação dos contratantes do vínculo e de suas obrigações, com restituição do que prestaram e com indenização do que gastaram. Essa é a forma de se resolver tal problema no Direito Brasileiro, com justiça e segurança.