

Miguel Drummond de Paula Labouriau



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

por

MIGUEL DRUMMOND DE PAULA LABOURIAU

ORIENTADOR: Carlos Nelson de Paula Konder

2009.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO

por

MIGUEL DRUMMOND DE PAULA LABOURIAU

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Carlos Nelson de Paula
Konder

2009.2

Aos meus pais Maria Elizabeth e Fernando, pelo amor e pela confiança nas minhas decisões.

Aos meus irmãos, Flavia e Pedro, pela convivência e pela palavra de conforto.

Aos meus queridos amigos, cuja companhia permitiu que os longos períodos de estudo se tornassem mais prazerosos.

Agradecimentos

Durante os cinco longos anos que compuseram minha formação acadêmica nos pilotis da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, muitas foram as pessoas com as quais tive a oportunidade de conviver. Utilizo-me deste espaço para agradecer a algumas destas pessoas que participaram de uma maneira especial em minha formação acadêmica, profissional e pessoal.

Ao Professor Carlos Raymundo Cardoso, docente exemplar cuja correção e probidade são dignas de aplauso, agradeço o apoio constante, os preciosos ensinamentos e as oportunidades de crescimento acadêmico.

Ao Professor Dante Braz Limongi, titular de um discurso encantador e aprazível, cuja palavra de amizade sempre serviu de incentivo e força nos momentos de engajamento acadêmico e profissional.

Ao Professor Flávio Müller dos Reis de Salles Pupo, devo minha graditão, não apenas pelas lições de sala de aula, mas principalmente pelo zelo e pelo auxílio em minha formação profissional, quando de minha passagem pelos quadros da Procuradoria Geral do Estado.

À Professora Caitlin Sampaio Mulholland agradeço o apoio e orientação durante a monitoria da cadeira de teoria geral de Direito Civil, e ao Professor Marcelo Junqueira Calixto, pela paciência e cordialidade, ao me permitir participar de suas pesquisas.

À Professora Maria Celina Bodin de Moraes, acadêmica brilhante de índole serena e cativante, cujo discurso foi capaz de me revelar o encanto do direito civil. Agradeço-lhe profundamente pelo carinho, pelas lições, pela paciência e pelas oportunidades de aprofundamento e reflexão escolar tanto durante a monitoria da cadeira de teoria geral de Direito Civil, como ao longo da pesquisa desenvolvida no âmbito da Iniciação Científica.

Finalmente, ao Professor Carlos Nelson de Paula Konder, cujo apoio incondicional serviu-me de incentivo durante minhas batalhas acadêmicas. Sem seu auxílio e paciência teria sido impossível completar este trabalho. Agradeço profundamente por sua orientação impecável, pela oitiva e pela dedicação em me guiar por estes tortuosos caminhos da Faculdade.

Resumo

Este trabalho monográfico tem por objetivo analisar criticamente o instituto do inadimplemento antecipado do contrato, configurado através da conduta culposa do devedor no sentido de não adimplir antes do termo avençado. Este estudo requer uma prévia abordagem dos novos deveres instrumentais que passam a compor o complexo obrigacional, como decorrência do princípio da boa fé objetiva. Através desta perspectiva, torna-se possível vislumbrar novos mecanismos de tutela do crédito, de que é exemplo o inadimplemento antecipado. Discutem-se as teorias da violação positiva do contrato e da funcionalização do adimplemento para que se possa, ulteriormente, revelá-las no debate acerca da natureza jurídica do inadimplemento antecipado. Busca-se identificar os elementos conformadores desta forma de incumprimento, com a precisa caracterização dos comportamentos do devedor que possibilitem a configuração da inadimplência antecipada. Define-se seu fundamento jurídico e descreve-se sua aplicabilidade. Por fim, anotam-se os possíveis efeitos da quebra antecipada, determinando-se em quais ocasiões é viável a aplicação da resolução do contrato e da execução específica. Faz-se alusão à cláusula penal e à prescrição, especulando-se algumas conclusões no que pertine a tais institutos no bojo do inadimplemento anterior ao termo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil-Constitucional; Direito Obrigacional; Inadimplemento das Obrigações; Inadimplemento Antecipado; Princípio da Boa fé Objetiva; Dever de Mitigação dos Danos; Violação Positiva do Contrato; Funcionalização do Adimplemento.

Sumário

Introdução	8
 1. Reflexões sobre a Relação Obrigacional e seu Inadimplemento	11
1.1 Novos Paradigmas do Direito Obrigacional	11
1.2 Novidades sobre o Inadimplemento: Violação Positiva do Contrato	23
 2. Aspectos Gerais do Inadimplemento Antecipado	36
2.1. Origens Histórico-jurídicas	36
2.2. Estruturação Lógico-sistemática	37
2.2.1. Elemento Objetivo	38
2.2.2. Elemento Subjetivo	44
2.3. Natureza Jurídica	45
2.4. Fundamentação e Substrato Jurídico-axiológico	54
2.5. Aplicabilidade e Viabilidade no Direito Brasileiro	59
2.5.1 Obrigações a Termo	64
2.5.2. Contratos Bilaterais e Unilaterais	66
 3. Efeitos e Consequências do Inadimplemento Antecipado	68
3.1. Determinação dos Efeitos e Natureza Jurídica	68
3.2. Resolução da Relação Obrigacional	75
3.3. Cumprimento do Contrato	77
3.4. Perdas e Danos	79
3.5. Exceção do Contrato não Cumprido	80
3.6. Cláusula Penal	82
3.7. Prescrição	87
 Conclusão	90
 Bibliografia.....	94

Introdução

As exposições que se seguem têm por escopo abordar alguns aspectos atinentes ao instituto do inadimplemento antecipado. Esta figura jurídica, que concerne ao incumprimento da prestação devida antes do advento do termo contratualmente estabelecido, surge como um instituto excêntrico, quicá místico, desconhecido por considerável parte da doutrina, além de se ressentir de previsão legislativa explícita¹. Este cenário, aparentemente desfavorável, não serve de obstáculo ao acolhimento do instituto pelo ordenamento jurídico pátrio.

A civilística contemporânea exige do jurista uma reinterpretação de seus institutos à luz da legalidade constitucional. A hermenêutica do direito civil deve estar informada pelos princípios consagrados na tábua axiológica constitucional, respeitando-se o desiderato do constituinte ao se estabelecer uma nova conjuntura à aplicação dos institutos civilísticos². Neste contexto, afigura-se-nos amplamente factível o reconhecimento de um instituto que, afinado aos ideais constitucionais, propicie a tutela do crédito.

A nova dogmática obrigacional, permeada pelos valores acolhidos pelo Diploma Magno, permitiu ao legislador e ao intérprete a elaboração de um sistema coeso, capaz de assegurar a proteção merecida pelas relações creditícias. Corolário desta nova exegese é o reconhecimento da incidência direta e imediata do princípio da boa fé objetiva às relações interprivadas. Decorrente lógico do princípio da solidariedade social, a boa fé objetiva amplia o espectro de possibilidades do jurisconsulto, apto a garantir a tutela do crédito

¹ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 109.

² Para uma melhor compreensão da hermenêutica civil-constitucional, imprescindível a leitura de MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional, *Revista Estado, Direito e Sociedade*, vol. 1, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991, pp. 126-163.

e a cooperação entre as partes através dos mais variegados mecanismos, dentre os quais destaca-se o inadimplemento antecipado.

A quebra antecipada do contrato exsurge como ferramenta de proteção ao credor, colimando-se reduzir os danos causados pelo incumprimento culposo e antecipado da obrigação pelo devedor. Todavia, a admissibilidade de tal instituto diante de uma legislação civil obsoleta exige esforço interpretativo de grande monta para conceber um ambiente propício à sua aplicação. Para tanto, este trabalho será inaugurado por um capítulo dedicado a uma sucinta análise dos novos caminhos trilhados pelo direito obrigacional. Referir-se-á à miríade de deveres que passam a compor a relação obrigacional. A tradicional compreensão da obrigação, restrita ao dever de prestação principal, não é suficiente para explicar os novos fenômenos do direito obrigacional, mormente o inadimplemento antecipado. Imprescindível a construção de uma breve noção acerca dos novos paradigmas do direito obrigacional para que se possa compreender de modo eskorreito o inadimplemento antecipado. Isto porque só é possível concebê-lo em um sistema hermenêutico que aborde a relação obrigacional como uma realidade complexa, multifacetada e informada por deveres de diversos matizes. Acredita-se igualmente oportuna e necessária a abordagem, neste mesmo capítulo inicial, de uma nova figura que surge em decorrência desta novel leitura obrigacional: a violação positiva do contrato. Fundamental o ligeiro estudo desta teoria para que se compreenda com lucidez o inadimplemento antecipado. Esta exigência se mostra imperiosa porquanto a discussão sobre a natureza jurídica do inadimplemento antecipado está fincada na teoria da violação positiva do contrato. Nesta esteira, questões envolvendo a violação positiva do contrato estarão presentes ao longo de todo este trabalho, revelando-se salutar a exposição de alguns contornos desta teoria no capítulo exordial.

Em seguida, abre-se o capítulo segundo, referente aos aspectos essenciais do inadimplemento antecipado. Neste enredo, são apontadas as

origens do instituto no direito alienígena e a sua recepção pelo direito brasileiro. Passa-se à elaboração da estruturação jurídica do instituto, averiguando-se quais os elementos essenciais ao surgimento da quebra antecipada do contrato. Ato contínuo, discorre-se sobre a natureza jurídica do instituto, discussão de importância crucial para a hígida compreensão do inadimplemento antecipado, assim como serão analisados os fundamentos que servem de substrato ao instituto. Finalmente, encerra-se o segundo capítulo com o estudo da aplicabilidade e viabilidade do inadimplemento anterior ao termo no direito pátrio, questionando-se a possibilidade de acolhimento do instituto pelo ordenamento jurídico e em que situações será concebível a sua aplicação.

O capítulo final está orientado ao exame dos efeitos e consequências do inadimplemento antecipado, perquirindo-se quais os instrumentos franqueados ao credor para obter a satisfação de seu interesse. Por derradeiro, revelaremos algumas controvérsias e dilemas envolvendo a aplicação da cláusula penal e da prescrição no bojo do inadimplemento antecipado.

1. Reflexões sobre a Relação Obrigacional e sua Extinção por Incumprimento do Devedor

1.1. Novos Paradigmas do Direito Obrigacional

Por mais que o núcleo do conceito de obrigação permaneça intocado³, em cada época do caminhar doutrinal as escolas do pensamento jurídico deram diferentes coloridos ao fenômeno obrigacional. Um olhar sobre os períodos que compõem a história do direito privado demonstra que, em cada momento, uma visão diferente de obrigação guardava maior prestígio entre os juristas⁴.

As variadas doutrinas que buscavam analisar a obrigação sempre se restringiram a determiná-la como um vínculo jurídico, pendente entre dois sujeitos, capaz de submeter um deles à realização de uma prestação. Esta concepção, difundida pela Pandectística, contentava-se em observar somente o dever central, a prestação principal, olvidando-se de outros deveres e situações decorrentes do vínculo obrigacional. Tratava-se de uma definição “por demais restritiva”⁵.

Como consequência desta limitação, os doutores passaram a observar a obrigação por um espectro diferente, ampliando-se a análise sobre o vínculo. Uma primeira manifestação desta mais apurada visão surge com a escola dualista⁶. A teoria dualista secciona o vínculo obrigacional em dois: o débito

³ Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, os juristas sempre regressam ao mesmo fundamento: “Inevitável retorno faz, entretanto, sentir na obrigação a idéia de vinculação, acentuada nas *Institutas*: ‘*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitalis iura*’, que seria na nossa língua: obrigação é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 20ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5).

⁴ João de Matos Antunes Varela faz excelente síntese das mais festejadas doutrinas obrigacionais (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I, 10ª ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 133-157).

⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 57.

⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 62.

(*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*)⁷. O débito representa o dever de prestar imposto ao sujeito passivo. Já a responsabilidade apresenta-se como garantia ao sujeito ativo caso o devedor não respeite o débito, franqueando-se ao credor a possibilidade de “mobilizar as forças cogentes do Estado no sentido de assegurar o cumprimento da obrigação”⁸. Nota-se que esta visão, apesar de buscar um exame mais apurado, não consegue se desvencilhar do estudo exclusivo da prestação principal⁹.

Mesmo representando verdadeira ignição para a reflexão acerca da obrigação, a teoria da *Schuld und Haftung* passou a ser suplantada por uma visão unitária, porém orgânica e complexa do fenômeno obrigacional. Os entusiastas da teoria dualista decidiram por dividir a relação obrigacional em duas unidades distintas posto que a concepção que lhe era anterior esculpia a obrigação como uma relação una e simples, visão que se tornara incapaz de explicar a obrigação em sua totalidade. Todavia, percebe-se que não há o mister de passar a espada no vínculo obrigacional¹⁰, como fez a escola dualista, vez que basta conceber a obrigação como um processo, uma relação complexa e orgânica, para que se compreendam todos os fenômenos dela decorrente. Logo se reparou que não era preciso cindir a “relação creditória em

⁷ “Bastante mais consistente, na forma como procura retratar a *estrutura* da relação creditória, é a doutrina que decompõe a obrigação em dois elementos distintos: o *débito* (*Schuld*; *debitum*) e a *responsabilidade* (*Haftung*; *obligatio*). O primeiro consiste no *dever de prestar*, na necessidade de observar determinado comportamento; o segundo, na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou melhor, na relação de sujeição que pode ter por objecto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano), como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou do terceiro”. (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. v. I, cit., pp. 143-144).

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, cit., p. 25.

⁹ Apesar de sua limitação, tal teoria não se mostra errada ou inadequada, mas simplesmente limitada, conforme demonstra Cesa Ferreira da Silva: “A visão mais estrita, cumpre sublinhar, não porta qualquer desacerto e serve perfeitamente para explicar toda as relações obrigacionais nos seus aspectos mínimos, tal como as palavras que se dedicam a explicar o átomo na física ou na química”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 68).

¹⁰ “Muito embora a repercussão dessa doutrina (não só na Alemanha, mas, por igual, na Itália, em Portugal e entre nós), as críticas que se lhe seguiram (por renomados autores) acentuaram a desnecessidade do recurso ao dualismo, sublinhando o caráter unitário da relação obrigacional, mais próximo da ‘unidade vital’ dos fenômenos que retrata, muito embora ser geral o reconhecimento de a doutrina dualista ter tido o mérito de chamar a atenção para a complexidade analítica da relação obrigacional” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. vol. V, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 19)

duas relações distintas e autónomas”¹¹. Em melhores palavras, desenvolve João de Matos Antunes Varela:

A dificuldade que alguns autores sentem para reconduzir todos aqueles elementos (nomeadamente o poder de exigir a prestação e a acção creditória) à mesma unidade conceitual, que é a obrigação, provém da tendência generalizada para se considerar esta como uma relação *una* ou *simples*, e não como relação *complexa* que ela é na realidade, ou como verdadeiro *processo* que se desenrola no tempo.¹²

Uma breve incursão entre alguns tratadistas de relevo no cenário nacional revela-nos a germânica teoria dualista como aquela que goza de maior respeito dentre os juriconsultos brasileiros¹³. Contudo, apesar da grande aceitação que tal entendimento recebe na doutrina pátria, diversas vozes têm surgido no sentido de dar uma nova interpretação à obrigação, buscando atribuir-lhe uma noção orgânica, complexa e estrutural.

Mas o que significa, afinal, este aspecto orgânico, complexo e processual da obrigação? A obrigação surge com um escopo muito preciso: o adimplemento¹⁴. O vínculo obrigacional nasce com uma finalidade específica, qual seja, a verificação do adimplemento, que se configura com a realização dos interesses envolvidos na relação, mormente os interesses do credor. Portanto, nota-se que a obrigação surge como um instrumento apto à busca de um determinado objetivo, estruturando-se como uma série de deveres e situações concatenadas em uma sequência, como se fora um processo¹⁵. Parece

¹¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., p. 151.

¹² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., p. 156.

¹³ Acolhem a teoria dualista: RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. II. 30ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. II, 6ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 29-30; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. II. cit., p. 23-27; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 2, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, pp. 42-43; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 43-46.

¹⁴ Em célebre página, por muitos repetida, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva afirmava: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim.” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17). Também Mario Júlio de Almeida Costa faz semelhante reflexão: “A relação obrigacional nasce e desenvolve-se com vista ao objectivo que lhe dá vida e confere razão de ser: o adimplemento” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 4ª. ed, Coimbra: Almedina, 1984, p. 73).

¹⁵ “Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é

estar em Karl Larenz o desenvolvimento da noção da obrigação como processo:

*Toda relación de obligación persigue, a ser posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor o de los acreedores a consecuencia de un determinado interés en la prestación. Ahora bien, por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. (...) La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación.*¹⁶

Todavia, o esforço hermenêutico empreendido para compreender a obrigação não se resumiu apenas a observá-la como processo¹⁷. Coube a Heinrich Siber vislumbrar a obrigação como uma relação orgânica e complexa¹⁸. Para que o fim colimado pelos sujeitos da obrigação seja atingido com perfeição, garantindo-se a integral satisfação dos interesses de todos os envolvidos, não basta o cumprimento do dever de prestação principal, surgindo o mister de se verificar diversos outros deveres que orbitam em torno da relação obrigacional.

precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*, cit., p. 21).

¹⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. t. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 39.

¹⁷ Pode-se dizer que as duas concepções (obrigação como processo e obrigação como relação complexa) se complementam e traduzem uma abordagem mais completa do fenômeno obrigacional. Neste diapasão, assevera Mario Júlio de Almeida Costa: “Parece seguro que a óptica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um *sistema*, *organismo* ou *processo*, encadeado e desdobrado em direcção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica. Observe-se que existem aqui dois tópicos conexioneados, mas cindíveis analiticamente: a integração de múltiplas faculdades e situações num direito ou relação, isto é, o seu entendimento como um *organismo* ou *mecanismo* que permite a consecução de fins determinados; e a conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, quer dizer, a sua compreensão como *processos* ou sequências teleologicamente estruturadas. Ambas as ideias se complementam”. (ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., pp. 46-47).

¹⁸ Fazem referência ao pioneiro estudo de Siber: MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 588; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 63; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 40.

A ideia de organismo remete-nos a uma relação obrigacional que reúna deveres de diversos matizes agrupados de uma maneira quase simbiótica. O que dá este carácter complexo à obrigação é, portanto, a formação de uma estrutura composta por deveres, ônus e situações jurídicas afetas aos dois pólos, vocacionados a buscar o resultado programado, sempre guardando respeito à sua função social, em obediência à tábua axiológica constitucional¹⁹. Os variegados deveres que passam a compor a relação obrigacional são marcados por uma nota peculiar: a cooperação. Talvez o elemento mais caro a esse organismo obrigacional seja o dever de cooperação exigido das partes com vistas à consecução do fim perseguido.

Pioneiro entre nós, Clóvis do Couto e Silva já salientava que a estruturação da relação obrigacional como um todo orgânico só era possível em decorrência do dever de cooperação:

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo²⁰.

O espírito de cooperação que deve estar presente no âmago de qualquer obrigação é decorrência direta e imediata do princípio da boa fé objetiva²¹. O

¹⁹ Neste sentido, faz-se mister remissão à lição de Pietro Perlingieri: “A diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não-patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades, ônus -, e por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 211).

²⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*, cit., p. 19.

²¹ “O teor geral desta cooperação intersubjetiva no Direito das Obrigações decorre de a boa-fé constituir, em sua acepção objetiva, uma *norma de conduta* que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte. Indica, outrossim, um *critério de interpretação* dos negócios jurídicos e uma *norma impositiva de limites* ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos. Em outras palavras, como emanção da confiança no domínio das obrigações, os deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva

fundamento lógico-jurídico que justifica o ambiente de cooperação firmado entre os sujeitos de uma obrigação é a boa fé objetiva²², cláusula geral que se encontra positivada em nosso ordenamento jurídico²³. Este deslinde é fundamental à compreensão do inadimplemento antecipado, mormente em razão da fundamentação que a doutrina lhe dá, pautada nos deveres de cooperação e no respeito à boa fé.

Vimos que a cooperação encontra-se no cerne da obrigação, decorrência que é dos princípios da boa fé objetiva e da solidariedade. E é assim porque o caminho mais seguro e adequado em direção ao adimplemento deve ser trilhado por credor e devedor em harmonia. O que a cooperação exige é a atuação proba e leal dos sujeitos da obrigação, permitindo-se alcançar os objetivos pretendidos. “Não se exige que o contratante colabore com o

operam defensiva e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 33)

²² Assim asseveram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 32-33).

²³ Coube ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) a exordial inserção do princípio da boa fé objetiva no ordenamento civilístico brasileiro. Neste sentido, dão notícia Tepedino e Schreiber: “Foi justamente neste artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que surgiu a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da política nacional de relações de consumo”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*, cit., p. 31). Mais tarde, o Código Civil de 2002 consagrou expressamente o referido princípio em dois dispositivos: os artigos 113 e 422. Estes dispositivos buscaram apoio em legislações alienígenas, posto que ordenamentos europeus já haviam incorporado a boa fé objetiva em seus tecidos normativos. O Código Civil Alemão de 1896 foi pioneiro ao consagrar a boa fé objetiva no § 242: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*. (em tradução livre: O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico). Seguiram-lhe, outrossim, o Diploma Civilístico Italiano de 1942, no artigo 1.375 e o Código Civil Português de 1966, em seu artigo 762º. É de se notar que o legislador reconheceu normatividade à boa fé em seu aspecto objetivo, vez que a boa fé subjetiva já fora incorporada pelo ordenamento desde o Código Comercial de 1850 e até mesmo pelo Código Civil de 1916. O vetor subjetivo diz com um estado de crença ou ignorância, possui um sentido meramente psicológico, enquanto o vetor objetivo impõe às partes a observância da lealdade e da cooperação com o intuito de se alcançar os fins colimados. Sobre a distinção entre boa fé objetiva e subjetiva, veja-se: NEGREIROS, Teresa. *O Princípio da Boa-fé Contratual*. MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 224-227.

interesse privado e individual da contraparte”²⁴. Numa compra e venda o interesse do vendedor sempre será o de obter o maior preço, enquanto o do comprador estará voltado a conseguir a coisa pelo menor preço. Nota-se que é da própria essência dos contratos bilaterais que os interesses das partes sejam antagônicos. E isto não se questiona. Pelo contrário, a boa fé não restringe as situações de vantagem, que são inerentes à vida contratual, mas simplesmente impõe que o desenvolvimento do contrato se dê de forma honesta e leal, observando-se um ambiente de cooperação entre as partes, para que cada uma delas possa atingir seus desideratos²⁵.

A boa fé, portanto, tem um papel fundamental na conjuntura obrigacional, através da criação de deveres anexos²⁶. São estes deveres que caracterizam a obrigação como uma relação complexa e orgânica²⁷, direcionada ao adimplemento. Nesta esteira, são lapidares as palavras de Antonio Manuel de Menezes Cordeiro:

A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.²⁸

Para que se possa compreender com acuidade estes deveres anexos, faz-se necessária uma precisa delimitação de todos os deveres que compõem a

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, cit., p. 39.

²⁵ Neste sentido, imprescindível a leitura do supracitado texto de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, mormente páginas 40 e 41.

²⁶ A doutrina costuma atribuir à boa fé objetiva três funções: “i) a função de cânone interpretativo-integrativo do contrato (art. 113); ii) a função de fonte normativa de deveres jurídicos, que podem até mesmo pre-existir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção (art. 422); e iii) a função de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas (art. 187)” (NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-fé Contratual, cit., p. 223).

²⁷ “Note-se, porém, que a doutrina moderna das obrigações tem salientado, com razão, a *complexidade* das próprias obrigações *unas* ou *simples*. A *complexidade* assim entendida reflecte-se no *vínculo obrigacional em geral e traduz-se na série de deveres, secundários e de deveres acessórios de conduta* que gravitam as mais das vezes em torno do dever principal de prestar e até do direito à prestação (principal)”. (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. I, cit., p. 68).

²⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da Boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 586.

obrigação, uma vez que nesta seara a doutrina é algumas vezes confusa e incoerente.

Numa primeira abordagem, pode-se afirmar que a relação obrigacional contém dois gêneros de deveres: os deveres de prestação e os deveres anexos decorrentes da boa fé objetiva.

Os deveres de prestação estão direta e imediatamente relacionados ao cumprimento da prestação principal. Como é de ampla sabença, o objeto da obrigação é a prestação²⁹, “a ação ou omissão a que o devedor fica adstrito e que o credor tem o direito de exigir”³⁰. Os deveres ligados ao cumprimento da prestação são chamados de deveres principais ou típicos³¹. São os deveres que correspondem à conduta devida que caracteriza a prestação. Numa compra e venda, por exemplo, há o dever de entregar a coisa, por parte do vendedor, e o dever de dar o preço, por parte do comprador. Chamam-se deveres típicos, pois são eles que identificam o tipo contratual³². A lição de Mário Júlio de Almeida Costa é solar neste sentido:

Avultam, evidentemente, os *deveres principais ou primários de prestação*. Constituem estes e os respectivos direitos o fulcro ou núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, em ordem ao conseguimento do seu fim. Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato, sempre que se trate de uma relação dessa natureza.³³

Há, entretanto, outra espécie de deveres de prestação além dos deveres principais. A doutrina costuma aludir aos chamados deveres secundários de prestação ou deveres acidentais. Estes deveres relacionam-se com aspectos estruturais da prestação, existem para viabilizar o cumprimento dos deveres típicos, ou atuam como seus substitutos. Portanto, pode-se falar

²⁹ Neste diapasão explica o saudoso Professor Caio Mário: “Toda obrigação há de ter um objeto, que é a *prestação* do devedor. Não é de confundir-se o objeto da prestação com a *coisa* em que a prestação se especializa, e seria errôneo dizer que o objeto da obrigação decorrente de um título cambial seria o dinheiro expresso no mesmo. Como já acima dissemos, o objeto da obrigação é uma *prestação*, e esta sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. II, cit., p. 17).

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 2, cit., p. 25.

³¹ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 19.

³² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. I, cit., p. 121.

³³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., p. 47-48.

em duas classes de deveres secundários de prestação: a) “aqueles destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação”³⁴; e b) aqueles substitutivos da prestação principal, como é o caso de indenização pela mora ou pelo inadimplemento absoluto³⁵.

Estes, em linhas gerais, os deveres de prestação. Resta-nos analisar os deveres anexos decorrentes da boa fé objetiva, também conhecidos como deveres de conduta, deveres laterais, deveres instrumentais, deveres acessórios e outras mais denominações³⁶.

Como já se disse exaustivamente, os deveres instrumentais são uma decorrência lógico-jurídica do princípio da boa fé objetiva, imputando-se-lhes a capacidade de garantir um ambiente de cooperação na relação obrigacional. Mister que se saliente a “origem não-voluntarista”³⁷ de tais deveres, pois sua gênese independe da concordância dos contratantes, surgindo inclusive à revelia da vontade das partes. Verifica-se, pois, que os deveres instrumentais

³⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. I, cit., p. 122.

³⁵ Novamente é imprescindível a leitura de Almeida Costa: “Observou-se que há também *deveres secundários ou acidentais de prestação*, que se mostram susceptíveis de revestir duas modalidades. Distinguem-se, na verdade, dos *deveres secundários meramente acessórios da prestação principal*, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização (assim, na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida até a entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la), os *deveres secundários com prestação autónoma*. Nesta última categoria, por seu turno, o dever secundário pode revelar-se *sucedâneo do dever principal de prestação* (o caso de indemnização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária, que substitui esta) ou *coexistente com o dever principal de prestação* (o caso da indemnização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária). Facilmente se aceita que os deveres de prestação, sob as várias espécies que considerámos, sejam, via de regra, os mais importantes da relação obrigacional.” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., p. 48). Entre nós, Judith Martins-Costa elabora raciocínio análogo (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 35).

³⁶ Deve-se ter muito cuidado com estas denominações, posto vários autores acabam dando os mais diversos nomes para o mesmo fenómeno. Esta miríade de alcunhas pode resultar em confusão, pois o que um autor determina como dever decorrente da boa fé, outro jurista pode determinar como sendo dever de prestação, utilizando-se da mesma expressão. Adotaremos neste trabalho a locução ‘dever instrumental’ por acharmos ser a que melhor expressa o sentido dos deveres decorrente da boa fé, seguindo a mesma trilha de Judith Martins-Costa. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 36).

³⁷ Expressão utilizada por Anderson Schreiber, cujo contexto é de relevância transcrever: “Aspecto interessante dos deveres anexos está na sua origem não-voluntarista. Tendo como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres independem da vontade das partes, e podem surgir mesmo contra esta vontade”. (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 87-88).

também podem decorrer de disposição legal ou de cláusula contratual³⁸, mas sua matriz fundante sempre será a boa fé³⁹.

Pois bem. Qual é, afinal, o significado de um dever instrumental⁴⁰? Pode-se dizer que dever instrumental é todo dever que, não relacionado diretamente à prestação principal⁴¹, possibilite que credor e devedor atinjam o resultado útil programado pela obrigação, sem que haja qualquer abalo à higidez moral e patrimonial das partes⁴², colimando-se a satisfação dos “interesses globais”⁴³ envolvidos na obrigação. São os deveres instrumentais responsáveis pelo esboço desenrolar da obrigação, assegurando mecanismos capazes de permitir que o adimplemento se verifique⁴⁴. Este mecanismo

³⁸ “(...) existem os *deveres laterais*, derivados de uma cláusula contratual, de dispositivo de lei *ad hoc* ou do princípio da boa fé”. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., p. 48)

³⁹ “No que toca aos deveres laterais, independentemente do meio utilizado para veicular a norma, pode-se afirmar com segurança que eles decorrem preponderantemente de um mesmo fundamento material-normativo: o princípio da boa-fé, especialmente no seu vetor confiança”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 91).

⁴⁰ Em célebre página, Karl Larenz lança preciosa lição acerca dos deveres instrumentais: “*estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación – cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda – y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominamos deberes de conducta, ya que pueden afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté en relación con la ejecución de la obligación. No cabe demandar sin más el cumplimiento de un determinado deber de conducta, pero la vulneración culpable de tal deber fundamenta una obligación de indemnización y, en determinadas circunstancias, otorga a la otra parte el derecho a resolver el contrato. Este resultado sería incomprensible si no se tratase también en tales casos de deberes derivados de la relación de obligación, que, sin embargo, se diferencian por su carácter secundario, complementario, del auténtico deber de cumplimiento. Toda obligación recibe su carácter distintivo precisamente al través del deber primario de cumplimiento; pero su contenido total comprende además deberes de conducta más o menos amplios*” (LARENZ, Karl. *Derecho de las Obligaciones*, cit., pp. 21-22).

⁴¹ Neste sentido aponta Cesa Ferreira da Silva: “Os deveres laterais podem ser definidos, a título aproximativo, como ‘todos aqueles deveres decorrentes do fato jurídico obrigacional cujo escopo não seja, *diretamente*, a realização ou a substituição da prestação’”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 75).

⁴² De grande relevo a leitura da referida obra de Jorge Cesa Ferreira da Silva, mormente páginas 69 a 106.

⁴³ Expressão utilizada por Mário Júlio Almeida Costa, cujo excerto vale transcrever: “Estes deveres já não interessam directamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., p. 48).

⁴⁴ Afirma o respeitado Professor lusitano João de Matos Antunes Varela: “Diferente dos deveres primários ou *secundários* de prestação são os *deveres de conduta* que, não interessando directamente à prestação principal, nem dando origem a qualquer *acção autónoma* de cumprimento, são todavia

instrumental, que tem por fito “o *exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos*”⁴⁵, só poderia ser eficiente se incidisse sobre ambas as partes. Faz-se mister, conseqüentemente, que devedor e credor se submetam aos deveres instrumentais. De modo mais inteligente, esclarece João de Matos Antunes Varela:

(...) cumpre acentuar ainda que os deveres acessórios de conduta tanto recaem sobre o devedor, como afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne *desnecessariamente* mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite, em face da relação obrigacional, para realizar a prestação devida.⁴⁶

Os deveres instrumentais não podem ser agrupados em um rol taxativo⁴⁷, mercê de decorrerem da cláusula geral de boa fé objetiva⁴⁸. Cada obrigação exigirá a observância de deveres específicos, próprios de sua configuração. Portanto, será o caso concreto o único competente a indicar quais os deveres instrumentais a serem respeitados.

A despeito desta impossibilidade de agrupamento *numerus clausus*, a doutrina, imbuída em laivos de didatismo, costuma dividir os deveres

essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”. (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. I, cit., p. 123).

⁴⁵ Importante passagem de Judith Martins-Costa merece ser sublinhada: “Os deveres instrumentais adquirem diversa terminologia. Ditos *Nebenpflichten*, na terminologia alemã, e por vezes mesmo chamados de anexos, ou laterais, ou acessórios, têm como particularidade o seu *escopo*, que diz com o *exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos*”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 36).

⁴⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. I cit., p. 127.

⁴⁷ Assim assevera Anderson Schreiber: “Na verdade, os deveres anexos – também chamados acessórios, instrumentais, ou tutelares – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas os mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral de boa-fé objetiva”. (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, cit., pp. 87-88).

⁴⁸ As cláusulas gerais garantem ao intérprete larga margem de atuação, assegurando-se-lhe “uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 27). Para uma melhor compreensão do instituto das cláusulas gerais, informado pela hermenêutica civil-constitucional, imprescindível a leitura de TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. t. 1, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, pp 1-25.

instrumentais em algumas espécies. Nesta senda, os autores têm se afeiçoado mais à distinção perpetrada por Antonio Manuel de Menezes Cordeiro. O jurista português reúne os deveres instrumentais da seguinte maneira⁴⁹: a) deveres de proteção; b) deveres de esclarecimento; e c) deveres de lealdade. Os primeiros visam evitar que as partes causem danos mútuos. Os segundos obrigam as partes a prestarem todas as informações relativas à relação obrigacional. Finalmente, os deveres de lealdade exigem que as partes se abstenham “de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.⁵⁰

Feitas estas ligeiras observações, pode-se dizer que a relação obrigacional ganha revigorado fôlego através dos princípios da boa fé objetiva e da funcionalização do contrato⁵¹, ambos decorrentes da solidariedade social⁵². É através de uma leitura guiada por tais princípios que a autonomia negocial deixa de ostentar um carácter absoluto, possibilitando que o ambiente contratual seja informado pela lealdade e cooperação. Esta construção de deveres múltiplos direcionados ao adimplemento e à satisfação dos interesses de ambas as partes, culmina com a estruturação da relação obrigacional como um processo, uma cadeia orgânica e complexa de deveres e situações jurídicas. Esta parece ser a visão que melhor explica o fenômeno obrigacional, e tem sido aceita pelos juristas nacionais mais modernos⁵³.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da Boa-fé no Direito Civil*, cit., pp. 602-606.

⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da Boa-fé no Direito Civil*, cit., p.606.

⁵¹ Impõem-se a verificação de deveres cujo “conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado”. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*, cit., p. 39).

⁵² O escólio de Perlingieri é neste sentido: “As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*, cit., p. 122).

⁵³ A imensa maioria dos autores que acolhe esta concepção alude a João de Matos Antunes Varela e a Mário Júlio Almeida Costa, cujas passagens são de preciosa valia: “Deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* -, os *deveres laterais*, além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em*

1.2. Novidades sobre o Inadimplemento: A Violação Positiva do Contrato

Por óbvio, as noções de adimplemento e inadimplemento não podem restar incólumes às severas mudanças de concepção sofridas pela relação obrigacional. É tempo de se discutir em que medida permanecem suficientes a explicar o fenômeno do rompimento obrigacional as figuras do inadimplemento absoluto e relativo, mercê do reconhecimento de variegados deveres que participam da relação obrigacional.

A leitura complexa da relação obrigacional ensejou funda controvérsia doutrinária ao surgir o mister de se identificar o fundamento dogmático dos deveres instrumentais. A aceitação dos deveres instrumentais decorrentes da boa fé objetiva no bojo da relação obrigacional levou os doutores a perquirir a nova estruturação desta relação e de que maneira estes deveres seriam considerados para o adimplemento da obrigação. Percebe-se, pois, que o reconhecimento dos deveres laterais é ponto pacífico para a moderna

sentido amplo ou, nos contratos, *relação contratual*.” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., p. 46-47). “Todavia, só a concepção *unitária* da *relação obrigacional* se mostra capaz de retratar aquilo que pode chamar-se a unidade *ontológica* da obrigação, através da diversas vicissitudes a que o vínculo obrigacional está sujeito – unidade que se reflecte em múltiplos aspectos do regime da relação”. (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. I cit., p. 156). Dentre nós, destacam-se como adeptos desta corrente: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, cit., pp. 64-65; COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*, cit.; NEGREIROS, Teresa. *A Boa-fé Contratual*, cit., p. 247; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*, cit., pp. 39-41; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 494; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, Seus Elementos e Suas Fontes*. TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1-28, 2005; TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit.

civilística. A discordância entre os autores dá-se apenas quanto à sua fundamentação dogmática, questionando-se de que modo a observância destes deveres repercutirá no âmbito do adimplemento, e também do incumprimento da obrigação. Nesta esteira, são duas as teorias que aparecem para buscar a escorreita fundamentação dos deveres instrumentais. Cabe anotar que a divergência inaugurada por estas teorias revela-se restrita ao plano teórico, porquanto seus efeitos práticos avultam similares. Sem mais, passamos ao estudo destas teorias e dos embates firmados entre elas, cuja origem remonta ao direito tedesco.

O Código Civil alemão de 1896 concebia apenas duas espécies de inadimplemento, ambas restritas ao cumprimento do dever principal e que se tornaram incapazes de explicar diversos fenômenos que ensejavam o rompimento obrigacional, mas que não se adequavam à estruturação dual mora e inadimplemento absoluto. Esta lacuna presente no BGB incandesceu as discussões entre os juristas germânicos, e culminou com a elaboração da teoria da violação positiva do contrato, formulada pelo advogado berlinense Hermann Staub, em 1902.

Staub demonstrou que diversas condutas praticadas por uma das partes na relação obrigacional seriam capazes de romper o vínculo jurídico sem que se pudesse vislumbrar uma violação à prestação principal. Perplexo face à ausência de disciplina que cuidasse da violação de deveres secundários ou do mau cumprimento da prestação, Staub forjou a teoria da violação positiva do contrato⁵⁴ como uma terceira espécie do gênero inadimplemento.

Imagine-se que um determinado pecuarista contrate o fornecimento de ração para a alimentação de suas reses. A fornecedora contratada entrega a ração na quantidade devida e no tempo avençado, perfeitamente de acordo com

⁵⁴ A doutrina sempre se bateu contra a expressão ‘violação positiva do contrato’, vez que havia diversas condutas negativas que poderiam culminar com o mesmo resultado. Porém, “dada a simplicidade originada da opção por uma nomenclatura tradicional”, o termo encontrou apoio junto à maioria dos doutores. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 17).

a letra do contrato. Todavia, descobre-se ulteriormente que parte da razão estava corrompida, causando danos a alguns animais. O jurista que estivesse restrito ao modelo dual imposto pelo BGB não seria capaz de explicar este fenômeno. Não há que se falar em inadimplemento absoluto nem em mora, posto que a prestação foi cumprida exatamente conforme os ditames do contrato. Foi para solucionar situações como esta que Staub concebeu uma espécie de inadimplemento que pudesse abarcar estas violações tangentes à prestação principal.

A formulação proposta pelo jurista tedesco envolvia cinco grupos de violações: 1) o descumprimento de obrigações negativas; 2) o negligente cumprimento de deveres de prestação; 3) o mau cumprimento de obrigações duradouras; 4) o descumprimento de deveres laterais e; 5) a recusa antecipada do devedor em cumprir o devido⁵⁵. Observe-se a inclusão do inadimplemento antecipado dentre as hipóteses de violação positiva do contrato, que será considerada por muitos como a natureza jurídica da quebra antecipada.

A doutrina lusitana acolheu com pujança a teoria da violação positiva do contrato, referindo-se a ela, via de regra, sob o signo de cumprimento defeituoso ou mau cumprimento. Assim o faz Mario Júlio de Almeida Costa:

Indicou-se que, ao lado do não cumprimento definitivo e da mora, existe a possibilidade de o crédito ser violado por um cumprimento imperfeito ou defeituoso. A doutrina alemã designa-o comumente, sem inteiro rigor, como violação contratual positiva. O dano não resulta aqui da omissão ou do atraso do cumprimento, antes dos vícios ou deficiências da prestação efectuada – que, portanto, se realiza, embora não como se impunha. Mas saliente-se que essa inexactidão do cumprimento se traduz num defeito ou vício da prestação que não envolve uma sua falta de identidade ou quantidade⁵⁶.

A despeito da ampla aceitação que a violação positiva do contrato recebe nos ordenamentos europeus, resta-nos questionar a sua utilidade no

⁵⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., pp. 217-218.

⁵⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., pp. 742-743.

direito brasileiro. Será que o Código Civil de 2002 teria deixado espaço suficiente para que a teoria pudesse grassar entre nós⁵⁷?

Apesar do nascimento da teoria da violação positiva do contrato remontar ao início do século XX, os juristas brasileiros raramente se ocuparam em analisá-la. Entretanto, não foi à toa que a doutrina brasileira se olvidou, e isto porque o conceito de mora adotado pelo ordenamento civilístico pátrio sempre foi consideravelmente amplo. Já o artigo 955 do Código Civil de 1916 apontava a mora como o inadimplemento em virtude do errôneo tempo, lugar ou forma da prestação. Este conceito alargado permaneceu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, precisamente pelo seu artigo 394⁵⁸. Não há dúvidas de que este amplo conceito de mora adotado pelo legislador diminuiu o espectro de possibilidades para se adotar a violação positiva do contrato, o que deve ter influenciado para a apatia dos doutrinadores nacionais em relação a esta teoria. Isto porque algumas das situações consideradas por Staub como hipóteses de violação positiva do contrato já estariam inseridas no âmbito da própria mora, prescindindo-se, pois, da criação de uma terceira espécie de inadimplemento. Note-se que a mora nos ordenamentos europeus esteve sempre relacionada apenas ao critério temporal de descumprimento das obrigações, ou seja, sempre restrita à ideia de atraso, algo que contribuiu sobremaneira para o surgimento da aludida teoria naqueles ordenamentos.

O obeso conceito de mora, apesar de albergado expressamente pelo Código, não despertou a adesão de todos os juristas. Algumas vozes de relevo manifestaram-se em oposição a esta ampla noção, defendendo que a mora somente poderia estar vinculada ao fator temporal⁵⁹. Como já se observou, a restrição ao conceito de mora facilitaria a adesão à teoria da violação positiva

⁵⁷ Para um estudo aprofundado do tema, imprescindível a leitura de SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit.

⁵⁸ **Art. 394.** Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

⁵⁹ É o caso de Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Gustavo Tepedino dentre outros (SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos*. TEPELINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 457-488, 2005, p. 466).

do contrato como terceira espécie de inadimplemento. Entretanto, para aqueles que defendem a viabilidade da doutrina germânica, o acolhimento de um conceito amplo de mora não seria capaz de impedir a configuração da teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro⁶⁰. A mora, seja ampla ou restrita, está relacionada exclusivamente ao cumprimento do dever principal. Noutras palavras, somente será possível identificar o inadimplemento relativo quando restar violado algum dever principal à conformação da prestação. Nesta trilha, conclui Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

No Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito por defeito quanto à forma e ao lugar da prestação, razão pela qual não sentimos a mesma dificuldade enfrentada na doutrina alemã, que derivou para a teoria da infração contratual positiva. Isso relativamente às obrigações convencionadas, principais ou acessórias. **A omissão da nossa lei está em deixar de referir a ofensa quanto ao modo da prestação e omitir-se sobre a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa-fé, além de nada mencionar sobre a quebra antecipada do contrato, hipóteses fora do campo da impossibilidade ou da mora, em sentido amplo**⁶¹. (grifou-se)

Não obstante a amplitude do conceito de mora, poderia se objetar à aplicabilidade da teoria da violação positiva do contrato o fato de o ordenamento civilístico brasileiro englobar, outrossim, a disciplina dos vícios redibitórios e dos vícios de qualidade regrados pelo Código de Defesa do Consumidor. Porém, mesmo este arsenal de institutos não seria capaz de, conforme postulam os defensores desta tese, afastar a viabilidade da violação positiva do contrato, encarada esta como o descumprimento culposo de dever lateral decorrente da boa fé objetiva. Ou seja, não lhes parece que a amplitude do conceito de mora e o regramento dos vícios redibitórios e de qualidade sejam argumentos capazes de, por si só, obliterar o reconhecimento da violação positiva do contrato.

⁶⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p.173.

⁶¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991, p. 126.

Não obstante a superação daqueles argumentos contrários ao acolhimento da teoria da violação positiva do contrato, há uma nova objeção a ser colacionada contra a aludida teoria, que nos parece ser o grande mérito daqueles que pugnam pelo repúdio da quebra positiva do contrato, qual seja, a funcionalização do adimplemento. Através de uma leitura funcionalizada do adimplemento busca-se atribuir ao cumprimento da obrigação um caráter instrumental que passa a servir de mecanismo para a obtenção do resultado útil programado. Ou seja, não basta o simples cumprimento metódico da prestação principal para que se verifique o adimplemento, exige-se igualmente a realização do resultado estipulado pelos contratantes. Para que a satisfação das partes se dê de forma integral, atingindo-se o resultado programado na sua inteireza, faz-se mister o cumprimento de todos os deveres que compõem a relação obrigacional⁶². Neste sentido, qualquer violação a um dever obrigacional, seja ele principal, acessório ou instrumental, implicaria afronta ao escopo obrigacional, gerando invariavelmente inadimplemento absoluto ou relativo. Para estes autores, a classificação dos deveres obrigacionais funciona como mera ferramenta didática, uma vez que todos estes deveres têm importância vital para o cumprimento da obrigação e a consequente realização do resultado útil programado. É dizer,

Embora se reconheça a utilidade didática da classificação, na prática, ao menos do ponto de vista da satisfação do interesse das partes, não ostenta a importância de outrora, porquanto se trata de classificação meramente estrutural, que não leva em conta o aspecto funcional das relações obrigacionais. Qualificar os deveres como principais de prestação, secundários de prestação ou de conduta não releva para fins de identificação dos efeitos que o inadimplemento de cada um deles produz. O que importa é investigar a repercussão do inadimplemento sobre a prestação devida, sobre o resultado útil programado, sobre o interesse do credor na prestação⁶³.

⁶² Assim informa Aline Terra: “A atual perspectiva funcionalizada conduz a diverso conceito. A realização da função da obrigação pressupõe, além do cumprimento do dever de prestação principal, também a observância dos deveres de prestação acessórios e dos deveres de conduta que recaem sobre a específica relação jurídica. Por conseguinte, além de se vincular à realização do ato prometido pelo devedor, o adimplemento deve atender aos efeitos essenciais do negócio jurídico celebrado pelas partes” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 82).

⁶³ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 89.

Através deste prisma hermenêutico, fala-se em um alargamento do conceito de adimplemento que passa a abrigar o cumprimento de todos os deveres decorrentes da relação obrigacional. Esta noção dilatada do adimplemento tem por consequência a ampliação do espectro do inadimplemento. Isto porque qualquer violação a dever obrigacional ensejará o inadimplemento, rompendo-se a busca pelo resultado pretendido, pela prestação devida. A prestação devida será, portanto, aquela que reunir o cumprimento de todos os deveres obrigacionais⁶⁴.

Ora, partindo-se de uma concepção funcionalizada do adimplemento, compreendendo-o como a satisfação de toda a miríade de deveres albergados pela relação obrigacional, não haveria a necessidade de criação de uma terceira espécie de inadimplemento⁶⁵. Neste diapasão, Anderson Schreiber enfeixa conclusão preciosa:

Na perspectiva tradicional, em que o adimplemento consiste simplesmente no cumprimento da prestação principal, a tutela do crédito em tais hipóteses exige mesmo o recurso a alguma figura ou norma externa à disciplina do adimplemento, como a violação positiva do contrato ou o (mais direto) recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422). Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional, na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente. Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento⁶⁶.

⁶⁴ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 112.

⁶⁵ Nesta trilha, assevera Aline Terra: “A teoria da violação positiva do crédito parece, assim, perder grande parte de sua utilidade diante da atual configuração do direito obrigacional. A alteração do objeto da obrigação, bem como da noção de adimplemento, conduz, necessariamente, ao alargamento da noção de inadimplemento, que passa a congrega qualquer descumprimento de dever obrigacional, seja dever principal de prestação, dever secundário de prestação ou dever de conduta. (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 114).

⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 32, out./dez. 2007, Rio de Janeiro: Padma, p. 17.

Apesar do escoreito raciocínio elaborado por esses juristas, a maioria dos doutrinadores que se dedica ao tema manifesta-se pelo acolhimento da teoria da violação positiva do contrato no ordenamento brasileiro. Em prestigiada obra, Jorge Cesa Ferreira da Silva elabora análise minuciosa acerca do instituto, confirmando aplicabilidade da violação positiva do contrato como sendo “*o inadimplemento decorrente do descumprimento culposos de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação*”⁶⁷.

Os deveres instrumentais decorrentes da boa fé objetiva recebem variegados realces, assumindo diferentes funções em cada relação obrigacional específica. Em alguns contratos, certos deveres instrumentais passam a ostentar importância vital na relação obrigacional, constituindo-se, por tal razão, como verdadeiro dever principal. É o caso do dever de lealdade na gestão de negócios, previsto de forma específica no art. 861 do Diploma Civilístico. Caso haja violação ao dever instrumental de lealdade na gestão de negócios, não restam dúvidas de que haverá inadimplemento absoluto por inobservância do dever de prestação principal. É por esta razão que não se deve falar em violação positiva do contrato quando o dever instrumental decorrente da boa fé objetiva encontrar-se abrigado pelo núcleo da prestação principal, transformado, portanto, em dever principal. Haverá, pois, violação positiva do contrato tão somente quando o dever lateral desrespeitado não estiver relacionado imediata e diretamente à prestação principal. Estes são os contornos que a doutrina brasileira tem dado à teoria da violação positiva do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a violação positiva do contrato como terceira espécie de inadimplemento decorrente da inobservância de deveres instrumentais, em acórdão assim ementado:

⁶⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 268.

Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. O princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o quantum determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos⁶⁸.

Também o Tribunal de Justiça Fluminense utiliza-se da teoria da violação positiva do contrato nas hipóteses de comportamento contrário aos deveres instrumentais. Salutar a transcrição da ementa de acórdão forjado neste sentido:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. ALIENAÇÃO ANTERIOR. FALTA DE DEVER DE INFORMAÇÃO. QUEBRA DE DEVER ANEXO. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. DANOS MORAIS DEVIDOS. A relação jurídica em análise não é regida pelo CPDC posto que não se trata de relação consumerista, faltando aos réus a qualidade de fornecedores de acordo com o art. 3º do referido diploma legal. Cuida-se de demanda indenizatória a título, exclusivamente, de danos morais proveniente de venda anterior do terreno adquirido pelos autores à terceira pessoa tendo os réus, inclusive, declarado que o bem se encontrava livre e desembaraçado ut instrumento particular acostado aos autos. No art. 422 do CC/02 encontra-se presente o princípio da boa-fé objetiva em sua função integrativa, determinando que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Registre-se, portanto, que os réus não observaram os deveres anexos advindos do contrato preliminar celebrado, uma vez que alienaram o terreno aos autores sem a devida informação de que era objeto de anterior promessa de cessão de direitos possessórios pactuado com terceiro. **O desrespeito aos deveres anexos gera a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento que possui por consequência a imposição do dever de indenizar.** Neste diapasão, afigura-se a responsabilidade civil dos réus fundada no art. 389 do CC/02, considerando o enunciado 24 do Conselho da Justiça Federal. A quantificação da reparação em R\$ 2.000,00, afigura-se correta considerando a falta dos lesantes, a gravidade média da lesão, sendo, portanto, compatível com a expressão axiológica do interesse jurídico violado. Os réus receberam o valor de R\$ 3.000,00 a título de danos morais e materiais na demanda de rescisão contratual c/c reintegração de posse ajuizada em face do terceiro, sendo medida imperativa de justiça que divida tal valor com os autores. A argumentação de que os autores deveriam celebrar o contrato preliminar por instrumento público não encontra guarida no ordenamento jurídico vigente, mesmo antes do art. 462 do CC/02, sendo certo que a jurisprudência sempre se

⁶⁸ STJ, 3ª Turma, REsp nº 595.651-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 08.06.2004.

posicionou pela eficácia e validade de promessa de compra e venda por instrumento particular. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO⁶⁹. (grifou-se)

Em linhas gerais, estas são as duas teorias que, hodiernamente, explicam de maneira mais refinada o fenômeno do inadimplemento, face às novas perspectivas da relação obrigacional. Observou-se que, apesar do acirrado debate doutrinal, a teoria da violação positiva do contrato parece ganhar mais adeptos, mormente no âmbito dos tribunais. Não obstante a aceitação mais dilatada desta teoria, parece-nos que a compreensão funcionalizada do adimplemento guarda maior coerência com a hermenêutica civil-constitucional. Conforme se demonstrou, a criação de um terceiro gênero de inadimplemento parece despicienda se atentarmos para a relevância que cada dever obrigacional tem face à consecução do resultado pretendido. O adimplemento somente ocorrerá com o cumprimento da prestação devida, e não apenas com a observância da prestação principal. O escopo colimado pelas partes não envolve somente os deveres da prestação principal, mas abrigam na mesma toada os deveres decorrente da boa fé objetiva⁷⁰. Os deveres instrumentais passam a compor, juntamente com os deveres de prestação, o caminho a ser seguido pelas partes. Afigura-se-nos, portanto, a teoria da funcionalização e ampliação do adimplemento como a mais abalizada a decifrar a relação obrigacional face aos deveres impostos pela boa fé objetiva.

Conquanto a funda celeuma doutrinária seja extremamente profícua, revelando cada corrente grandes méritos teóricos, suas consequências práticas são muito semelhantes. O opulento embate restringe-se a um plano puramente abstrato e sua relevância é meramente teórica. A violação de deveres

⁶⁹ TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2009.001.42325, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, julg. 15.09.2009.

⁷⁰ “A execução da prestação principal não é capaz de atender, por si só, o interesse objetivo e concreto do credor. Sua satisfação pressupõe, igualmente, a observância dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, a exigir não apenas que o devedor aja no sentido de executar a prestação principal, mas também, e com a mesma intensidade, que o devedor se comporte de acordo com tais e outros deveres” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 61).

instrumentais oriundos da boa fé objetiva abrirá a possibilidade de resolução do contrato e indenização por perdas e danos tanto para a teoria da violação positiva do contrato quanto para a teoria funcionalizada do adimplemento. Na verdade, a maior proeza da teoria da violação positiva do contrato foi ter concebido os deveres instrumentais como objeto de um inadimplemento específico, o que ensejaria a resolução do contrato, e nisso esta concepção se igualou à teoria da funcionalização do adimplemento em termos práticos. Haveria sensível diferença entre as duas teorias, caso se compreendesse que os deveres instrumentais tivessem natureza extracontratual, como entendem Pedro Martinez e Antonio Manuel de Menezes Cordeiro⁷¹. Para estes autores, os deveres instrumentais seriam decorrência da regra do *noeminem laedere*, devendo a sua violação ser disciplinada pela responsabilidade civil aquiliana, impossibilitando-se o direito à resolução do contrato, restando como solução a mera reparação pelas perdas e danos. Entretanto, outros autores⁷² têm sustentado a contratualidade dos deveres instrumentais, compreendendo-os como deveres obrigacionais, cuja violação poderá ensejar o direito à resolução do contrato. Esta visão nos parece mais adequada, a partir do reconhecimento da importância dos deveres instrumentais para a relação obrigacional, e sua conexão imbricada com os objetivos colimados na obrigação. Assim, observa-se que a adoção da teoria da violação positiva do contrato ou da funcionalização do adimplemento terá relevância meramente doutrinária, porquanto os efeitos consagrados por ambas as teorias são análogos.

Adotaremos, a partir deste enredo, a teoria da funcionalização e alargamento do adimplemento para deslindar as questões concernentes ao inadimplemento antecipado. Porém, não nos olvidaremos da relevância postulada pela teoria da violação positiva do contrato, buscando sempre mencioná-la nos momentos azados.

⁷¹ Jorge Cesa Ferreira da Silva faz referência ao posicionamento daqueles autores (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 83).

⁷² Por todos: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., pp. 83-90.

2. Aspectos Gerais do Inadimplemento Antecipado

2.1. Origens Histórico-jurídicas

Em abril de 1852, Hochster, mensageiro britânico, fora contratado para prestar seus serviços de recados a De la Tour durante uma viagem de três meses à Europa, que teria início no primeiro dia de junho do mesmo ano⁷³. Entretanto, no dia onze de maio, De la Tour manifestou-se no sentido de repelir a avença, prescindindo dos serviços de Hochster, sem lhe compensar pelo rompimento do estipulado. Indignado, Hochster foi a juízo em 22 de maio pleiteando indenização por perdas e danos, vez que entendeu o comportamento de De la Tour como verdadeira violação do contrato. Note-se bem que a demanda fora intentada dez dias antes do termo contratual. Por isso mesmo, respondendo à demanda, De la Tour asseverou que a ação carecia de substrato a lhe dar ensejo, pois inconcebível seria vislumbrar postulação de quebra contratual quando o pactuado sequer era exigível. Argumentou, outrossim, que sua prévia manifestação encaminhara-se no sentido de “uma oferta para extinguir a relação obrigacional, de modo a liberar o autor de se manter disponível e pronto a cumprir sua prestação”⁷⁴. Ou seja, De la Tour pontificou que caberia a Hochster aceitar a rescisão ou permanecer à sua disposição até o advento do termo⁷⁵.

Ao decidir a peleja por derradeiro, Lord Chief Justice Campbell afirmou que as alternativas referidas por De la Tour não se configuravam viáveis. Não seria de justiça arcar com a extinção do contrato sem qualquer indenização, muito menos se engessar no aguardo do termo. Lord Campbell entendeu que a

⁷³ Para melhor elucidação do caso remete-se a CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*. New Haven: West Publishing Co., 1952, pp. 942-947.

⁷⁴ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 142.

⁷⁵ MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 391, ano 103, mai./jun. 2007, p. 162.

espera pelo termo afigurava-se incoerente, uma vez que já era sabido que o contrato não se realizaria. Portanto, o magistrado resolveu dar razão a Hochster, admitindo que a manifestação de De la Tour configurou verdadeira violação do contrato.

Este é reputado pela doutrina como o primeiro caso no qual uma Corte de Justiça admitiu a teoria da quebra antecipada do contrato. Outros casos lhe sucederam, sedimentando em jurisprudência inglesa e estadunidense a acolhida do inadimplemento antecipado. A doutrina das terras anglo-saxônicas aderiu ao germinado nos julgados e, em sede própria, construiu a conhecida teoria do *anticipatory breach of contract*. Assim se talhou a referida teoria:

*It is now the generally prevailing rule in both England and the United States that a definite and unconditional repudiation of the contract by the party thereto, communicated to the other, is a breach of the contract, creating a immediate right of action and other legal effects, even though it takes place long before the time prescribed for the promised performance and before conditions specified in the promise have ever occurred.*⁷⁶

O inadimplemento antecipado no sistema da *common law* prescinde do descumprimento de qualquer previsão contratual originada da vontade das partes, uma vez que se caracteriza como verdadeira violação a dever legal⁷⁷. Possibilita-se que o credor ajuíze desde logo a ação de reparação dos danos, pois o repúdio antecipado é, por si só, capaz de incutir prejuízos na esfera patrimonial deste credor⁷⁸.

Apesar de pioneira nos países da *common law*, a teoria do inadimplemento antecipado não se restringiu a tais nações, espalhando-se pela Europa Continental, mormente por países de tradição romano-germânica. A

⁷⁶ CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*, cit., p. 940.

⁷⁷ TERRA, Aline. *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit., p. 141.

⁷⁸ Veja-se, neste sentido, as vantagens hauridas do acolhimento da *anticipated breach of contract*: “It recognizes that a repudiation before the time of performance may well cause serious financial loss; it favors the early settlement of disputes and the early clarification of the rights of the parties; it may operate to free the parties from a sterile contract; it may enable losses to be reduced; it militates against the burden of damage falling on the shoulders of the innocent party; and it is an acknowledgment of the interest of the community in the stability and security of contractual obligations” (TABACHNIK, E. *Anticipatory Breach of Contract. Current Legal Problems*, London, vol. 25, p. 154, 1972, *apud* TERRA, Aline. *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit., p. 146).

primeira manifestação da teoria do inadimplemento antecipado em um sistema da *civil law* deu-se em 1904, com a republicação da obra de Hermann Staub. Ao revisitar sua teoria das violações positivas do contrato, Staub passou a considerar que o repúdio antecipado ao contrato configurava violação positiva do crédito⁷⁹.

Ulteriormente, o inadimplemento antecipado foi agasalhado por alguns ordenamentos, que passaram a dedicar dispositivos específicos à sua disciplina. É o que se verifica no artigo 1.219 do Código Civil Italiano⁸⁰ de 1942 e do artigo 1.503 do Código Civil Espanhol⁸¹.

2.2 Estruturação Lógico-sistemática

Para que se tenha uma visão escorreita do inadimplemento antecipado, faz-se mister uma análise estrutural do instituto. Para tanto, é de bom alvitre dissecá-lo, identificando quais são os elementos essenciais à configuração da quebra antecipada do contrato⁸². A estruturação do instituto nos permite

⁷⁹ Conforme aponta Cesa Ferreira da Silva: “Esta hipótese de *violazione positiva do contrato* não estava incluída na primeira edição do texto de STAUB, sendo agregada à teoria na última parte (parte IV) da versão de 1904”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 222).

⁸⁰ “**Art. 1219 Costituzione in mora:** *Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto. Non è necessaria la costituzione in mora:*

1) quando il debito deriva da fatto illecito;

2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione;

3) quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore. Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta.” (grifou-se).

⁸¹ “**Art. 1.503.** *Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la perdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1.124.”*

⁸² Conforme Raphael Martins: “Os principais elementos do instituto: i) ela constitui-se em uma forma de inadimplemento; ii) ela ocorre, necessariamente, antes do termo da prestação; iii) esta forma de inadimplemento pode manifestar-se seja por renúncia (expressa ou tácita) ao cumprimento da obrigação ou pelo fato de o obrigado colocar-se em posição que torne o adimplemento impossível; e iv) ele deve ser provocado por ato próprio do obrigado, de forma incontroversa e definitiva” (MARTINS, Raphael. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit., p.165).

observar dois elementos fundamentais a serem estudados individualmente: os elementos objetivo e subjetivo.

2.2.1 Elemento Objetivo

Há um elemento constante em todas as definições de inadimplemento antecipado, desde aquelas que remontam à origem da teoria do *anticipated breach of contract*, e até mesmo naquelas elaboradas pela recente doutrina nacional: o comportamento do devedor. A recusa do devedor em cumprir a prestação é o alicerce fulcral do inadimplemento antecipado. Impossível imaginar a configuração do inadimplemento anterior ao termo sem que o devedor tenha se movimentado no sentido de repudiar o cumprimento da prestação.

Este repúdio ou recusa pode se dar de duas formas, como tem assinalado considerável doutrina: ora pela declaração expressa da recusa do devedor no sentido de não adimplir, ora pela conduta concludente do devedor que demonstre a impossibilidade de realização da prestação⁸³. Como afirma Ruy Rosado de Aguiar Jr., a análise dos dados objetivos será capaz de indicar se a declaração ou a conduta concludente do devedor culminou com a impossibilidade do adimplemento:

É possível o inadimplemento antes do tempo se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo contra a prestação, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento.⁸⁴

⁸³ Nesta esteira, revela Jorge Cesa: “Esta ‘recusa’ pode dar-se de duas formas: pela declaração antecipada ou pela conduta concludente do devedor. Em qualquer uma das hipóteses, a recusa deverá ser séria, demonstrando a sua definitividade” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 229).

⁸⁴ AGUIAR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, cit., p. 126).

Viu-se que um dos comportamentos a ser perpetrado pelo devedor é a declaração ou a manifestação na direção de não adimplir. A manifestação de não adimplir traduz o talante do devedor. O sujeito passivo não deseja cumprir a prestação, seu nuto está em sentido oposto ao do adimplemento⁸⁵.

Configura-se a manifestação de não adimplir tanto pela declaração contrária ao cumprimento da prestação, como também pela recusa em não cumpri-la nos termos pactuados. Amplia-se, portanto, o sentido de inadimplemento para abarcar as situações nas quais o devedor se recusa a cumprir a obrigação de acordo com estabelecido pela avença⁸⁶.

A manifestação de não adimplir pode ser expressa ou tácita⁸⁷, sempre acompanhada de seriedade, certeza e determinação⁸⁸. A declaração expressa é aquela manifestação inequívoca feita no sentido do incumprimento⁸⁹. Ruy Rosado de Aguiar Jr. informa que a manifestação obtida por meio de interpelação do credor antes do vencimento não tem o condão de conduzir ao inadimplemento antecipado. Não pode o credor intimidar o devedor através de interpelações quando ainda pende termo para que o devedor cumpra seus deveres. Entretanto, se esta interpelação afigurar-se como simples meio de

⁸⁵ Aline Terra classifica a manifestação do devedor em manifestação de não querer adimplir e manifestação de não poder adimplir, sendo que nesta última o devedor apenas exterioriza uma situação fática que impossibilitou o adimplemento. (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 161-162).

⁸⁶ Raphael Manhães Martins posiciona-se nesta direção, invocando decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Fraconia Associates v. United States*. (MARTINS, Raphael. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit., p.168).

⁸⁷ Esclarece-se: “Esta manifestação pode ocorrer tanto de forma expressa, ou seja, através de enunciação escrita ou verbal endereçada ao credor, notificando-o de que não quer/pode cumprir a obrigação, quanto tácita, isto é, através de uma conduta que demonstre a vontade da parte em não cumprir o avençado” (MARTINS, Raphael Manhães. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit., p. 166).

⁸⁸ A doutrina tem-se mostrado uníssona ao exigir que a declaração do devedor seja certa e séria: “Impõe-se que tal declaração seja séria, dotada de notável grau de certeza e definitividade, bem como livre de vícios” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p.161); “Tem-se admitido que a manifestação antecipada do devedor em não adimplir pode caracterizar de forma segura o incumprimento antecipado, desde que ela se dê em condições tais que expressem uma absoluta e inequívoca intenção de repúdio ao contrato, de forma séria e definitiva” (AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, cit., p. 128).

⁸⁹ No aludido caso *Hochster vs. De la Tour*, o inadimplemento antecipado deu-se por manifestação expressa.

verificação dos procedimentos obrigacionais, como forma de demonstrar uma situação evidente de incumprimento, poderá admitir-se a interpelação do credor como meio idôneo a se obter a manifestação do devedor⁹⁰.

A manifestação expressa tem natureza de declaração receptícia de vontade⁹¹. As declarações receptícias são aquelas que tem uma destinação específica, devem ser recebidas por um destinatário determinado, sob pena de ineficácia do ato⁹². Ou seja, exige-se que o credor tenha pleno conhecimento da recusa manifestada pelo devedor. Pouco importa o meio pelo qual o devedor se utilizou para se manifestar, importa apenas que esta declaração tenha atingido a ciência do credor. Note-se, ademais, que se prescinde de qualquer aceitação do credor, exige-se apenas seu conhecimento⁹³. Neste sentido, conclui Aline Terra: “Basta a ciência do credor para que a declaração produza seus efeitos, não se exigindo, portanto, qualquer atuação de sua parte. Conseqüentemente, ciente o credor, eficaz a declaração”⁹⁴.

O juiz deve ponderar acerca da possibilidade de o devedor se retratar de sua manifestação no sentido de não adimplir, considerando a proibição do comportamento contraditório e o princípio da vinculação e obrigatoriedade dos pactos, sempre à luz do interesse do credor⁹⁵.

A manifestação do devedor ainda pode ser tácita, implicando em situações nas quais o devedor se comporta no sentido oposto ao do adimplemento. Em termos mais elucidativos:

⁹⁰ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, cit., p. 129).

⁹¹ A ponderação é feita por Aline Terra (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 164).

⁹² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6ª ed. rev. aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 397.

⁹³ Algo diferente ocorre no direito britânico, vez que o ordenamento inglês ordena a aceitação do credor para que se configure a *anticipatory breach of contract*. (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 148).

⁹⁴ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 164-165

⁹⁵ AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, cit., p. 129).

A manifestação tácita no sentido de não adimplir corresponde às situações em que é possível inferir da conduta do devedor que não cumprirá sua obrigação. Por outras palavras, o devedor demonstra sua vontade de não adimplir se comportando contrariamente ao adimplemento.⁹⁶

Na verdade, a manifestação tácita confunde-se com o que havíamos denominado anteriormente de comportamento concludente. Assim, qualquer comportamento do devedor, omissivo ou comissivo, que importe em inviabilidade da prestação considerar-se-á apto a ensejar o inadimplemento antecipado⁹⁷. Considera-se, portanto, todo comportamento que impossibilite a prestação de imediato, ou que retire desta a utilidade para o credor.

No que pertine à conduta do devedor que culmina com a impossibilidade imediata da prestação, deve-se atentar que o comportamento do devedor deverá ter o condão de, antes mesmo do advento do termo, impossibilitar o cumprimento da prestação principal. Restará evidenciada a impossibilidade quando o cumprimento da prestação demandar esforço descomunal e extraordinário ou quando da perda do objeto obrigacional⁹⁸. É o caso do perecimento do objeto. Imaginemos a encomenda de uma aeronave para ser entregue no prazo de seis meses. Se no segundo mês o local no qual estava sendo construído o avião vier a se incendiar por culpa do fabricante, haverá a clara impossibilidade de se cumprir com a prestação avençada. A discussão acerca da culpa do devedor na causação da perda ganha em importância para esta análise, pois o inadimplemento das obrigações está intrinsecamente relacionado à conduta culposa do devedor. Ou seja, somente estará configurado o inadimplemento antecipado se tal impossibilidade for fruto de um comportamento culposo do devedor. Não se cogita de caso fortuito e força maior no âmbito do inadimplemento, pois se a impossibilidade for decorrência de algum evento desconexo à conduta do devedor, não haverá

⁹⁶ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 166.

⁹⁷ Aline Terra distingue manifestação tácita de não querer adimplir da manifestação tácita de não poder adimplir, exigindo para aquela um *propabilidade próxima à certeza* de que a prestação não poderá ser cumprida (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 166).

⁹⁸ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 175.

inadimplemento, mas sim resolução *ipso jure* da obrigação, conforme estudaremos no âmbito do elemento subjetivo.

Se a impossibilidade remonta à época da gênese da obrigação, não se deve pensar em inadimplemento antecipado, mas sim em nulidade do negócio jurídico. Caso a impossibilidade seja superveniente à origem do negócio, mas anterior ao termo ajustado, será possível vislumbrar o inadimplemento antecipado.

Não somente as condutas que implicam em perda do objeto prestacional permitem o inadimplemento antecipado, mas também a conduta do devedor que acarreta a perda da utilidade da prestação para o credor⁹⁹. Nestes casos, a prestação ainda pode ser realizada, mas o atraso no cumprimento dos atos conducentes ao adimplemento caracteriza, desde logo, a perda do interesse do credor. Noutras palavras, há um evidente atraso durante a relação obrigacional, o qual demonstra que no momento do advento do termo o retardo será tão significativo que culminará com a perda do interesse do credor no recebimento da prestação. O exemplo recorrente é o da construtora que, em sede de contrato de compra e venda de unidades imobiliárias, atrasa demasiadamente o início das obras. Caso análogo é o das obrigações marcadas por termo essencial. Aqui, o exemplo corriqueiro é o da confecção de vestido de noiva. Se a costureira assume variados compromissos a ponto de demonstrar, desde logo, que não será capaz de entregar o vestido no prazo convencionado, evidenciará o inadimplemento antecipado¹⁰⁰. Em ambos os casos ainda haverá a possibilidade de cumprimento da prestação, mas completamente despida de utilidade para o credor.

⁹⁹ “Por fim, serve ainda de suporte fático objetivo ao inadimplemento contratual anterior ao termo o comportamento comissivo ou omissivo do devedor que inviabiliza o adimplemento no termo ajustado, a ensejar a perda da utilidade da prestação para o credor. Trata-se, portanto, de configuração da mora anteriormente ao termo ajustado, em razão da qual a prestação se torna inútil para o credor”. (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 177).

¹⁰⁰ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 179.

Nesta senda, Aline Terra faz interessante ressalva quanto à postura adotada pelo devedor durante este atraso. Se se demonstrar que o devedor permaneceu inerte por durante todo o tempo, sem praticar qualquer ato em direção ao adimplemento, não haverá dúvidas quanto à configuração do inadimplemento antecipado. Todavia, se o devedor apresentou conduta proba e diligente, a despeito do atraso antecipado, requer-se cuidado na análise da situação, e somente se poderá vislumbrar a quebra antecipada caso

ficar demonstrado (i) que o cumprimento no termo não é possível e que a já comprovada mora na entrega das unidades torna a prestação inútil ao credor, ou (ii) que, embora possível, dependa de esforço extraordinário do devedor, considera-se configurado o suporte fático objetivo do inadimplemento anterior ao termo. Fora dessas hipóteses, pode-se ainda cogitar de *risco de descumprimento*, não já de inadimplemento anterior ao termo, a autorizar o credor a adotar medidas protetivas de seu crédito.¹⁰¹

A citada autora conclui que há uma relação de mutualismo entre a teoria do inadimplemento antecipado e a teoria do adimplemento substancial¹⁰². Isto porque somente será possível conceber o inadimplemento anterior ao termo se o comportamento do devedor atingir a substancialidade do contrato. Se o

¹⁰¹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 180-181.

¹⁰² A teoria do adimplemento substancial, de origem ânglo-saxônica, tem por escopo evitar a resolução de contratos cuja prestação não tenha se realizado por completo, mas tenha atendido o interesse das partes de modo considerável. Noutras palavras, apesar de cumprida parcialmente, a prestação já atende aos interesses do credor, não lhe sendo dado resolver o vínculo contratual, posto que diminuta lacuna não poderia ensejar solução tão drástica. Há um cumprimento quase completo a desautorizar a utilização do mecanismo de resolução do contrato por parte do credor, cabendo-lhe buscar reparação por outros meios, como através da indenização por perdas e danos. Neste sentido, pontifica Celso Aleixo: “Ao sustentar a manutenção do contrato, essa doutrina está defendendo a aplicação da justiça, da equidade e da solidariedade, e respeitando a função social das relações obrigacionais, valores que são previstos em sede constitucional. a resolução do contrato, em casos nos quais uma das partes executa sua prestação praticamente de forma completa, atendendo à essência do interesse da outra, não gera qualquer proveito social. Não pode, portanto, o ordenamento jurídico autorizar a dissolução do vínculo” (ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 282). Percebe-se que o adimplemento substancial comporta aquelas hipóteses nas quais o devedor cumpriu com parcela razoável da prestação, implicando na eiva de utilidade da resolução do contrato. O juiz deve se entregar a um exercício de ponderação, como salienta Anderson Schreiber: “Em uma leitura mais contemporânea, contudo, impõe-se reservar ao inadimplemento substancial um papel mais abrangente, qual seja, o de impedir que a resolução – e outros efeitos drásticos que poderiam ser deflagrados pelo inadimplemento – não venham à tona sem uma ponderação judicial entre (i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., pp. 21-22).

comportamento do devedor configurar-se como um elemento ensejador da quebra antecipada, mas ficar demonstrado que o contrato fora substancialmente cumprido, não será possível falar em inadimplemento antecipado, mas sim em adimplemento substancial. Ou seja, o limite de aplicação do inadimplemento antecipado é o adimplemento substancial, conforme se infere das lições de Aline Terra:

Impõe-se avaliar se o suporte fático objetivo se refere a parte substancial da avença. Essa avaliação tem lugar normalmente quando a declaração expressa de não adimplir ou a impossibilidade da prestação se referem a apenas parte do contrato, e não a toda a prestação devida. A teoria do adimplemento substancial se aplica, portanto, qualquer que seja o suporte fático objetivo do inadimplemento anterior ao termo.¹⁰³

2.2.2. Elemento Subjetivo

O inadimplemento das obrigações está intrinsecamente relacionado à ideia de culpa na prestação. O inadimplemento decorre da violação de um dever contratual ou legal que corresponda a uma conduta faltosa do devedor. Portanto, ele se caracteriza pela imputabilidade do descumprimento ao devedor¹⁰⁴.

Exige-se que o devedor tenha agido culposamente para a configuração de um daqueles elementos objetivos. Toma-se a culpa em seu sentido amplo, a abranger não só a culpa *stricto sensu* como também o dolo. Deve-se verificar a culpa na ação ou omissão do devedor que deu causa ao inadimplemento antecipado. É a violação a um dever obrigacional que gerará o inadimplemento, sendo esta violação possível apenas através de uma conduta desidiosa do devedor.

¹⁰³ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 181.

¹⁰⁴ Este campo é celeiro de grande divergência doutrinária. Os autores costumam apontar o inadimplemento como acontecimento imputável ao devedor. Porém, a doutrina discute se esta imputabilidade será sempre culposa ou não. O entendimento dominante parece ser aquele que defende a existência perene de culpa para que se fale em inadimplemento. (vide MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 84 e sgs).

Nestes termos, não se pode falar em inadimplemento antecipado nos casos em que a coisa se perde ou a prestação se torna inútil em decorrência de fato estranho à conduta do devedor. A ausência de culpa viabilizará tão somente a resolução da obrigação com retorno ao *status quo ante*, sem que haja qualquer direito à indenização, em obediência à disciplina da teoria dos riscos¹⁰⁵.

2.3. Natureza Jurídica

Quando se propõe inquirir a natureza jurídica de um instituto tem-se por colimado descobrir a essência daquele fenômeno, ou seja, procura-se a qualidade fundamental do instituto. Esta busca pela essência de um instituto jurídico sempre conduz os doutores a debates intensos e profundas divergências. E não poderia ser diferente em relação ao inadimplemento antecipado.

O desenvolvimento da teoria da quebra antecipada do contrato no direito brasileiro revela-nos algumas posições doutrinárias antagônicas no que concerne à sua natureza jurídica.

Os estudos exordiais sobre o instituto apontavam-no como uma hipótese de vencimento antecipado da dívida¹⁰⁶ ou como risco de descumprimento por deterioração patrimonial do devedor¹⁰⁷. Este é o entendimento defendido por Serpa Lopes¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cabe remissão aos arts. 234, 238 e 248 do Código Civil de 2002.

¹⁰⁶ As hipóteses de vencimento antecipado da dívida encontram-se agrupadas principalmente no art. 333 do Digesto Civil, também encontradas nos arts. 1.425 e 1.426 do mesmo Diploma, assim como o art. 77 da Lei de Falências e o art. 751, I do Código de Processo Civil.

¹⁰⁷ Assim pondera Aline Terra: “Os primeiros autores brasileiros a versar sobre o tema equiparavam o inadimplemento anterior ao termo, por vezes, às hipóteses de vencimento antecipado, e outras, ao risco de descumprimento por deterioração patrimonial do devedor” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 209).

¹⁰⁸ Aline Terra informa a posição do civilista neste sentido (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 209).

Outros autores identificam o inadimplemento antecipado como uma situação de pré-inadimplência, o que reuniria todas as circunstâncias nas quais fica comprovada a grande probabilidade de incumprimento da prestação por parte do devedor. São favoráveis a este entendimento João Baptista Villela¹⁰⁹ e Fortunato Azulay¹¹⁰. Note-se que as duas correntes são fungíveis, uma vez que as disposições de vencimento antecipado da dívida se fundam justamente no fato de o devedor encontrar-se em uma situação de pré-inadimplência.

Entrementes, tal entendimento não merece prosperar¹¹¹. Como se percebe da leitura do artigo 333¹¹² do Diploma Civilístico, as hipóteses previstas como vencimento antecipado da dívida referem-se apenas a uma possibilidade de inadimplemento, não configuram, em si, inadimplemento da prestação. Todas as situações vislumbradas pelo dispositivo supracitado remontam, grosso modo, a uma mesma circunstância, qual seja, o fato de haver um evidente enfraquecimento da garantia do débito¹¹³. Sabe-se que o

¹⁰⁹ Conforme indica Aline Terra: “João Baptista Villela, por sua vez, fundamenta o inadimplemento anterior ao termo em uma “*situação de preinadimplência*”, definida como “todo e qualquer estado (subjetivo ou objetivo) em que se ache o contratante, capaz de infundir na outra parte justo receio de inexecução da prestação”. De fato, sob tal designação, o autor reúne, além das alterações desfavoráveis no patrimônio do devedor (hipótese atualmente tipificada no art. 477 do Código Civil), todas as situações em que a parte manifestar, explícita ou implicitamente, a intenção de não cumprir o contrato ou quando revelar, por sinais evidentes, a impossibilidade ou mesmo a problematidade da execução, desde que se trate de prestação fungível” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 211-212).

¹¹⁰ AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*, cit., pp. 111-116.

¹¹¹ Assim também compreende Jorge Cesa Ferreira da Silva: “De qualquer sorte, os dispositivos citados dão conta da necessidade de distinção, no direito brasileiro, entre o chamado “*inadimplemento antecipado*”, decorrente da manifestação cabal e limitado quanto aos seus efeitos enquanto inadimplemento, e o “*vencimento antecipado*”, encontrável em disposições como a do art. 954, quando todos os efeitos do inadimplemento poderão verificar-se. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 262 nota 421).

¹¹² **Art. 333.** Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I – no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II – se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III – se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las. **Parágrafo único.** Nos casos deste artigo, se houver, no débito, solidariedade passiva, não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes.

¹¹³ “Em todas as hipóteses de antecipação do vencimento, mencionadas no art. 333 do Código Civil, encontra-se uma constante. Com efeito, os fatos que conferem ao credor o direito de cobrar imediatamente um crédito vincendo *são de molde a diminuir a possibilidade de recebimento*, se se fosse aguardar até o termo final” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 2, cit., p. 162).

patrimônio do devedor afigura-se como uma garantia geral¹¹⁴ do cumprimento de suas dívidas, assim como podem surgir garantias específicas que reforçam a expectativa no cumprimento da prestação. O legislador entendeu por criar um mecanismo que permitisse ao credor exigir de imediato seu crédito quando as garantias deste mesmo crédito se mostrassem abaladas e insuficientes para sustentar a dívida. Esta ferramenta é o vencimento antecipado¹¹⁵. Ora, o inadimplemento antecipado não é caracterizado por um enfraquecimento nas garantias do cumprimento do crédito, mas sim por uma manifestação do devedor no sentido de que não irá adimplir¹¹⁶. Por esta razão, acreditamos ser baldada de supedâneo a tese que encontra no vencimento antecipado a natureza jurídica do inadimplemento antecipado.

Uma segunda corrente¹¹⁷ acredita ser a quebra antecipada do contrato uma situação peculiar de inadimplemento que, conforme o caso concreto, configurar-se-ia como mora ou como inadimplemento absoluto. Só se pode compreender o inadimplemento antecipado por este prisma caso se adote a teoria alargada do adimplemento, cotejada pela teoria da funcionalização do termo.

Como já ficou evidenciado anteriormente, se se adotar o entendimento segundo o qual todos os deveres que compõem a relação obrigacional estão contidos na noção de prestação devida, não haveria espaço para se falar em violação positiva do contrato¹¹⁸, e, portanto, não se poderia afirmar que a

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. II, cit., p. 326.

¹¹⁵ “Não há, ainda, violação da prestação devida, pelo que se faz necessário lançar mão de um artifício jurídico para tornar a prestação exigível antes do termo e permitir que o credor possa satisfazer o seu crédito imediatamente” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 215).

¹¹⁶ Aline Terra ainda se vale de um segundo argumento para rechaçar o vencimento antecipado como natureza jurídica do inadimplemento antecipado: ser o rol do Art. 333 *numerus clausus* (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 215).

¹¹⁷ Esta vertente é minoritária, capitaneada por Aline Terra. Para uma melhor compreensão, imprescindível a leitura de TERRA, Aline. *Inadimplemento Anterior ao Termo*, cit.

¹¹⁸ Aline Terra desenvolve neste sentido: “A partir da concepção funcionalizada da relação obrigacional, alarga-se a noção de seu objeto, que deixa de ser entendido como a prestação principal, para ser concebido como a *prestação devida*, constituída não apenas pelo dever primário de prestação, mas também pelo dever secundário de prestação, bem como pelos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva. O descumprimento de deveres de conduta, que impede o chamado *melhor*

quebra antecipada do contrato configuraria hipótese desta terceira espécie de inadimplemento. Seguindo esta trilha, Aline Terra identifica os elementos objetivos do inadimplemento antecipado para demonstrar que “todos eles ensejam a violação da prestação devida”¹¹⁹. Analisemos, pois, o raciocínio expandido pela referida autora. No que concerne à recusa expressa de não adimplir, afirma-se que há uma efetiva violação à prestação devida, porquanto a manifestação de vontade do devedor mostra-se imprescindível à realização da prestação¹²⁰. A vontade do sujeito passivo no sentido do cumprimento da prestação é elemento fundamental no programa obrigacional, e sua ausência fulmina por inteiro a prestação devida. Em palavras mais elucidativas:

Com efeito, a declaração de não adimplir viola a prestação devida, porque manifesta a ausência de vontade do devedor de cumprir a prestação no tempo, lugar e forma ajustados, vontade esta indispensável à execução do comportamento objeto da prestação. **Como se observa, a recusa do devedor impede, em cadeia causal necessária, o adimplemento da prestação por faltar o elemento essencial à execução do comportamento devido: a vontade. Indiscutível, portanto, que é a própria prestação devida que é violada diante da recusa em adimplir.**¹²¹ (grifou-se)

Também quando o devedor manifesta-se através de comportamento concludente contrário ao adimplemento da obrigação haveria, outrossim, violação à prestação devida. Ao defender a desnecessidade do acolhimento da teoria da violação positiva do contrato, afirma-se que todos os deveres que

adimplemento da prestação, importa a não-execução do comportamento devido e, conseqüentemente, o não-cumprimento da prestação devida. A conseqüência de tal violação – mora ou inadimplemento absoluto – depende de sua repercussão na prestação devida, vale dizer, depende da possibilidade de o credor ainda receber a prestação (isto é, se ainda é possível para o devedor prestá-la e para o credor recebê-la)” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 218).

¹¹⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 219.

¹²⁰ “Em outras palavras, conforme já observado, o objeto da obrigação é a prestação, ou melhor, o comportamento do devedor dirigido à consecução do resultado útil, que satisfaz o interesse do credor. A execução desse comportamento exige a vontade do devedor de se comportar nesse sentido (vontade esta, repita-se, a que o devedor já havia se comprometido). Sendo assim, se falta essa vontade, o devedor não executa o comportamento devido, a prestação não é adimplida e o interesse do credor resta insatisfeito. A vontade do devedor se afigura, portanto, imprescindível ao adimplemento da prestação, e deve, ademais, ser espontânea, ou seja, não pode resultar de qualquer forma de coação, que não a existência da própria obrigação” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 221).

¹²¹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 221.

compõem a relação obrigacional fazem parte do núcleo prestacional, posto que todos eles compartilham de um mesmo desiderato: alcançar o resultado útil programado, satisfazendo o interesse creditório. Neste diapasão, o descumprimento de qualquer dever obrigacional que estiver relacionado diretamente à consecução do resultado final ensejaria violação da prestação devida. Ou seja, não importaria perquirir se o dever é principal, secundário ou instrumental, mas sim questionar se o seu descumprimento obliteraria o escopo obrigacional¹²².

Fica comprovado, portanto, que qualquer que seja o elemento objetivo do inadimplemento antecipado, restará abalada a prestação devida e desmantelado o caminho em direção ao resultado útil programado, o que evidencia patente descumprimento da obrigação. Todavia, deve-se esclarecer como esta violação é capaz de ensejar o inadimplemento, vez que a prestação carece de exigibilidade pelo fato de não se ter verificado o termo.

O termo tem o condão de suspender a eficácia dos negócios jurídicos¹²³. No direito obrigacional, o termo funciona como mecanismo a retardar o cumprimento da prestação, seja para favorecer o credor, seja para beneficiar o devedor, seja ainda, para funcionar no interesse de ambos. Silvio Rodrigues chega a afirmar que “a questão do tempo do pagamento é relevante, porque antes do vencimento a obrigação não pode ser reclamada e tudo se passa como se a dívida, para efeitos de sua exigibilidade, inexistisse”¹²⁴. Quando estipulado em favor do credor, cabe ao devedor respeitar o prazo estipulado,

¹²² “(...) e, por isso, o que importa é menos a precisa identificação do dever violado, e mais a repercussão dessa violação na capacidade de a prestação produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 222).

¹²³ “A eficácia do negócio jurídico pode ser temporalmente determinada, ficando a declaração de vontade subordinada ao curso do tempo” (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 575); “Trata-se de modalidade do negócio cujo fim é suspender a execução ou o efeito de uma obrigação, até um momento determinado, ou até o advento de um acontecimento futuro e certo” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 1, 34ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 255).

¹²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 2, cit., p. 157.

não podendo pagar antecipadamente, salvo se o credor consentir com tal atitude. Se o termo é posto em benefício do devedor¹²⁵, reconhece-se que

o escopo é conferir prazo para que o devedor tenha tempo para cumprir seu dever jurídico, bem como garantir ao devedor a possibilidade de recusar a prestação antes do advento do termo. Desse modo, tem-se que, *de regra*, o termo implica a inexigibilidade da prestação e representa um limite ao exercício do direito de crédito.¹²⁶

Nesta senda, pugna-se pela leitura funcionalizada do termo. Se ele tem por fito possibilitar que o devedor tenha condições para cumprir a prestação, mas o devedor ignora tal benefício através de manifestações incontroversas no sentido de que não irá adimplir, verifica-se que o termo perde por completo sua função. Noutras palavras, se o devedor indica que não cumprirá a prestação, o termo que lhe foi dado como benefício para que pudesse realizar a prestação perde por completo a sua finalidade, a sua função¹²⁷. Conclui-se que os casos de inadimplemento antecipado retratam uma evidente inutilidade do benefício do termo. A leitura funcionalizada deste instituto remete-nos à necessidade de se desconsiderar o benefício, já que ele não cumpre mais a sua finalidade. Assim, é de se considerar que:

A perda do benefício implica a imediata exigibilidade da prestação. Vale dizer, a prestação passa a ser exigível no momento em que é violada, ou seja, quando o credor recebe a declaração do devedor no sentido de não querer adimplir, quando a prestação se torna impossível para o devedor, ou inútil para o credor.¹²⁸

Desta maneira, seria possível afirmar que o inadimplemento antecipado configura verdadeira forma de inadimplemento da obrigação, pois a manifestação do devedor no sentido de não adimplir quebranta fundamentalmente a prestação, sendo impossível vislumbrar a consecução do

¹²⁵ Vale lembrar que os prazos presumem-se em favor do devedor, conforme se deduz da leitura do Art. 133 do Código Civil. Esta é uma presunção *juris tantum*.

¹²⁶ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 73.

¹²⁷ “o direito ao benefício do termo que não realiza a função para a qual foi concedido não merece tutela do ordenamento jurídico, pelo que deve ser desconsiderado, e a prestação passa a ser, também nesta hipótese, exigível” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 79).

¹²⁸ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 233.

resultado útil pretendido. Esta manifestação arrebatada toda a utilidade do termo posto em benefício do devedor. Ora, se o próprio devedor manifestou-se no sentido de não cumprir com a prestação, não há mais que se falar em benefício do termo, esvaindo-se sua função. A única solução viável será a desconsideração do termo por perda de sua função, o que acarreta na imediata exigibilidade da prestação. Assim assevera Aline Terra, arrimada em escólio de Luigi Mosco:

Violada a prestação devida antes do advento do termo, o benefício deixa de merecer tutela do ordenamento jurídico, já que deixa de realizar a função para a qual foi concedido – conferir ao devedor prazo para adimplir perfeitamente a prestação devida, de modo a produzir o resultado útil programado e satisfazer o interesse do credor. O devedor, inviabilizando o adimplemento da prestação – por declarar que não adimplirá, por tornar impossível a prestação ou por inutilizá-la para o credor -, perde o benefício, já que o termo não exerce mais sua função.¹²⁹

Se considerarmos o inadimplemento antecipado nestes termos, é perfeitamente possível que ele acabe culminando em uma situação de inadimplemento absoluto ou de mora. Isto porque a perda do benefício do termo tornou a prestação imediatamente exigível. É, pois, no momento da manifestação do devedor que se deve perquirir a utilidade da prestação para o credor. Se, a despeito da revelia do devedor em cumprir a obrigação, a prestação ainda guarda utilidade para o credor, o inadimplemento antecipado confundir-se-á com a mora. Entretanto, se a manifestação do devedor em não cumprir a obrigação fulminar a possibilidade de o credor receber a prestação, estaremos diante de inadimplemento absoluto¹³⁰.

Há, porém, uma terceira corrente que visa identificar a natureza jurídica da quebra antecipada do contrato. Alguns autores têm compreendido o inadimplemento antecipado como sendo uma das hipóteses de violação positiva do contrato. Este posicionamento conta com arrimo jurisprudencial e é acolhido por doutrina majoritária. Dentre os juristas que acreditam na violação

¹²⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 232.

¹³⁰ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 233-238.

positiva do contrato como natureza jurídica do inadimplemento antecipado, podemos citar: Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹³¹, Raphael Manhães Martins¹³², Anelise Becker¹³³ e Sérgio Savi¹³⁴. Assim o fazem porque seria impossível caracterizar a quebra antecipada do contrato como inadimplemento absoluto ou mora em virtude da ausência do advento do termo. Só se poderia vislumbrar o inadimplemento antecipado como inobservância dos deveres instrumentais da relação obrigacional, sendo lícito concluir que:

No incumprimento antecipado, não se pode propriamente vislumbrar uma quebra da obrigação principal, porquanto ainda não se ofereceu o momento oportuno para a exigibilidade da prestação, mas existe aí situação que, desde logo, evidencia a impossibilidade da prestação sem nada mais ter-se que esperar. Ao menos, há quebra da confiança quanto ao futuro cumprimento, não havendo nenhum interesse social na manutenção de um vínculo que, por tais razões, encontra-se gravemente ferido¹³⁵.

Analisando-se a teoria da violação positiva do contrato, não nos parece que o fato de a prestação ainda não poder ser exigível seja justificativa para incluir o inadimplemento antecipado nesta categoria. Como vimos anteriormente, a violação positiva do contrato é caracterizada pelo atentado culposo a um dever instrumental decorrente da boa fé que não esteja relacionado diretamente ao dever principal. Desta forma, o inadimplemento antecipado revelar-se-ia como hipótese de violação positiva do contrato, não em decorrência da inexigibilidade da prestação, mas sim em função de haver

¹³¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit., p. 128.

¹³² O referido autor não se manifesta expressamente no sentido de confirmar o inadimplemento antecipado como hipótese de violação positiva do contrato, mas suas inferências levam a crer que esta é a posição por ele adotada. Porém, deve-se ter extrema cautela ao analisar este autor, pois ele considera como inadimplemento antecipado as hipóteses veiculadas pelo art. 333 do Código Civil, que como vimos anteriormente referem-se ao vencimento antecipado da dívida, e não ao inadimplemento antecipado. Mesmo assim, acreditamos ser razoavelmente seguro indicar que o autor se posiciona pela consideração do inadimplemento antecipado como hipótese de violação positiva do contrato (MARTINS, Raphael Manhães. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit., pp. 172 e 177).

¹³³ BECKER, Anelise. *Inadimplemento Antecipado do Contrato*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, pp. 68-78, out./dez., 1994, p. 75.

¹³⁴ SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos*, cit., p. 476.

¹³⁵ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit., p. 128.

evidente violação aos deveres de lealdade e probidade quando o devedor dá causa à quebra antecipada, seja através de manifestação expressa, seja por comportamento concludente.

Há, ainda, uma variação eclética desta terceira corrente, sustentada por Jorge Cesa Ferreira da Silva. Para este autor, o inadimplemento antecipado poderia se revestir ora como violação positiva do contrato, ora como inadimplemento absoluto ou mora. Quando houver afronta antecipada a deveres relacionados diretamente à prestação, o inadimplemento anterior ao termo revestirá a forma de inadimplemento absoluto ou relativo. Todavia, será hipótese de violação positiva do contrato o inadimplemento antecipado que derivar de uma violação a dever lateral emanado da boa fé objetiva. O citado jurista pontifica ao confrontar as duas naturezas possíveis do inadimplemento antecipado:

Situação distinta, no entanto, é encontrada naqueles casos em que o descumprimento não provoca, em cadeia causal necessária, a não-realização futura da prestação, mas sim consubstancia desde já um ataque à *relação de confiança* existente entre as partes. São os casos de declarações concretas no sentido do inadimplemento, ou mesmo de atos concretos que demonstrem essa possibilidade. Nestas circunstâncias, não será um dever de prestação que será violado, mas um *dever lateral*. Por isso, a classificação desses casos não poderá realizar-se entre as figuras tradicionais do inadimplemento, ligando-se assim diretamente à *violação positiva do contrato*¹³⁶.

Guardando coerência com o que foi exposto acerca da violação positiva do contrato, cuja conclusão nos levou a repudiar a necessidade de elaboração de uma terceira hipótese de inadimplemento, acreditamos que melhor seria qualificar o inadimplemento antecipado como uma situação ordinária de incumprimento, que pode culminar em mora ou em inadimplemento absoluto.

2.4 Fundamentação e Substrato jurídico-axiológico

¹³⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit., p. 264.

Por entender que a violação positiva do contrato afigura-se como natureza jurídica do inadimplemento antecipado, a maioria dos juristas que aborda o tema acredita que a fundamentação do instituto está nos princípios da boa fé objetiva e da tutela da confiança.

Como se demonstrou anteriormente, a configuração do inadimplemento antecipado deriva de um comportamento do devedor que torna impossível o cumprimento da prestação principal. Só se pode compreender tal comportamento partindo-se da premissa de que houve violação ao princípio da boa fé objetiva. Raphael Manhães Martins indica que os elementos objetivos formadores do inadimplemento antecipado sempre terão sua gênese na violação à boa fé ou à confiança:

O inadimplemento antecipado, dependendo do comportamento do obrigado, pode conduzir ou a uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, e/ou a uma violação da confiança da outra parte. Neste sentido, estar-se-á diante de uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, quando o devedor violar algum dos deveres impostos pelo princípio, como ocorre: i) quando o obrigado coloca-se em posição de impossibilidade de adimplir com a prestação; ii) quando o devedor recusa tacitamente a realizar o cumprimento da obrigação. Por outro lado, há uma violação do dever de confiança que permeia a relação jurídica quando o devedor; iii) recusa, expressamente, a cumprir a obrigação que lhe é imposta¹³⁷.

Assim, parece evidente que o alicerce, o motivo justificante da viabilidade do inadimplemento antecipado é a cláusula de boa fé objetiva que exige das partes um comportamento probo e honesto, instalando no ambiente obrigacional a cooperação recíproca entre as partes a fim de produzir o resultado útil pretendido. Qualquer que seja o elemento objetivo que der causa ao inadimplemento anterior ao termo, veiculará um comportamento avesso àqueles ditames exarados pela boa fé objetiva.

Para aqueles que entendem ser o inadimplemento antecipado espécie comum de inadimplemento, rechaçando-se a teoria da violação positiva do

¹³⁷ MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro, cit., p. 177.

contrato, outro deverá ser o seu fundamento. Esta corrente afirma como motivo justificante do inadimplemento antecipado a funcionalização do termo e a consagração dos deveres laterais como parte incindível da prestação principal. A perda do benefício do termo acarretará a imediata exigibilidade da obrigação, que restará violada pela inobservância dos deveres obrigacionais que obstarem o adimplemento. Por óbvio, esta corrente não afasta a boa fé objetiva como fundamento do inadimplemento antecipado, apenas desloca-o para um plano mais distante, identificando como fator principal de fundamentação a funcionalização do termo e a noção ampliada do adimplemento.

No que pertine aos aspectos relevantes da boa fé objetiva e da funcionalização do termo, aludimos ao capítulo referente à natureza jurídica do inadimplemento antecipado. Passamos a estudar outro fundamento que, adido à boa fé objetiva e aos demais, justifica a quebra antecipada do contrato em sua inteireza. Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar os danos sofridos.

O dever de mitigar os danos surgiu no direito anglo-saxão e posteriormente encontrou guarida em alguns ordenamentos romano-germânicos¹³⁸. A citada *Convention on Contracts for the International Sales of Goods* refere-se a *doctrine of mitigation* em seu Art. 77¹³⁹, exigido que o credor tome as medidas necessárias a minimizar o dano sofrido.

Há uma miríade de teorias que buscam justificar o dever de mitigar os danos, e cada ordenamento que o adotou expressamente indica um substrato diferente. Assim, na Alemanha o dever de mitigação dos danos surge como uma obrigação acessória, na França acredita-se que este dever decorre do princípio de boa fé objetiva e da vedação ao abuso de direito, enquanto nos

¹³⁸ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo?. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 19, pp. 127-145, ago./dez. 2004, p. 112.

¹³⁹ **Art. 77.** *The partie who relies on a breach of contract must take such mesures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such mesures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.*

países da *common law* a mitigação dos danos é decorrência do próprio sistema¹⁴⁰.

Como o ordenamento civilístico brasileiro não conta com disposição expressa que consagre o dever de mitigar os danos, somente é possível a sua acolhida através da cláusula geral de boa fé. Neste sentido, informa Véra Maria Jacob de Fradera:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no art. 422, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato¹⁴¹.

Noutras palavras, é admissível lobrigar o *duty to mitigate the loss* como dever instrumental da relação obrigacional. Seria de tamanha incongruência achar que a inércia do credor frente ao comportamento do devedor que conduzissem ao inadimplemento antecipado não configurasse afronta ao dever de probidade. Só se pode considerar probo e honesto o credor que realiza desde logo os atos necessários a minorar o prejuízo que lhe foi causado pela prévia recusa do devedor em cumprir a obrigação. A indolência do credor acarretará o agravamento dos danos causados pelo devedor, não sendo possível imputar ao devedor responsabilidade por este incremento dos danos, o qual deveria ser suportado pelo próprio credor. Recorde-se a lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr. apoiada na doutrina da Carlo Rossello:

Deve ser lembrada a doutrina da mitigação (*doctrine of mitigation*), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento: o lesado deve tomar todas as providências razoáveis para mitigar o dano, e não pode pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou, por injustificada ação ou omissão¹⁴².

¹⁴⁰ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo?, cit., p. 115.

¹⁴¹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo?, cit., p. 116.

¹⁴² AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit., p. 136.

Imaginemos que uma companhia de viação aérea realize uma encomenda de três aeronaves para serem entregues em dois anos contados a partir da contratação. Caso o fabricante dos aviões, apenas dois meses após a contratação, declare expressamente não poder realizar a prestação, a companhia deverá buscar os meios resolutórios em tempo hábil, extinguindo o contrato, desde logo, com base no inadimplemento antecipado. Caso a companhia proceda desta maneira, os danos que lhe serão impingidos terão uma dimensão diminuta. Todavia, se a companhia permanecer indiferente à manifestação do fabricante, aguardando até o advento do termo para tomar alguma providência, os danos que lhe advirão serão de grande monta. Isto porque durante o curso da obrigação, a companhia realizará todo seu planejamento comercial na expectativa de incorporar os três novos aviões à sua frota. Se a sociedade de serviços aéreos diligenciasse para resolver a relação contratual tão logo tomasse conhecimento do inadimplemento antecipado, esta conduta estaria direcionada à mitigação dos danos que a quebra antecipada lhe causou. Apenas dois meses após a celebração do contrato, é fácil imaginar que a companhia consiga remodelar seu planejamento comercial e até mesmo encomendar novas aeronaves de outro fabricante. Se esperasse até o advento do prazo, não restam dúvidas de que os danos seriam consideravelmente maiores e até mesmo irreparáveis.

A possibilidade de invocar o inadimplemento antecipado transcende o aspecto de direito, para se tornar também um dever imposto ao credor. Caminhando para a mesma conclusão, Anelise Becker afirma:

Não é permitido ao credor manter o contrato com o propósito de, cumprindo a sua parte, em oposição direta à recusa do devedor, exigir-lhe o pagamento do preço total do contrato. Trata-se de uma hipótese peculiar de abuso de direito, pois ao credor lesado pela recusa em adimplir da contraparte não é legítimo considerar firme o contrato. Está ele obrigado, nesta hipótese, a considerar o contrato antecipadamente rompido, para mitigar os danos da parte inadimplente. Considerar o contrato desde logo violado deixa de constituir-se num direito (que pode ser exercido ou não) para

transmudar-se em dever, sob pena de configurar-se abuso no seu não exercício, face ao prejuízo que inflige ao contratante, ainda que este, por atos, declarações ou por manter-se inerte haja violado o contrato. Fundamentalmente, portanto, é a *doctrine of mitigation* que determina a possibilidade da quebra antecipada do contrato: a parte, mesmo lesada pela violação do contrato, deve agir de forma a não agravar a perda ou o dano da contraparte. Se o contratante lesado pela recusa em adimplir da contraparte fosse obrigado (e, em certos casos, se tal lhe fosse mesmo permitido) a manter o contrato, ou seja, a cumprir com a sua parte no advento do termo, mesmo sabendo que não receberá a contraprestação, a indenização que exigiria do devedor inadimplente seria maior, porque relativa ao preço de todo o contrato, do que aquela que teria exigido ao considerá-lo como desde logo rompido, sem ter que, portanto, implementar a sua prestação¹⁴³.

Demonstrada a violação ao dever de mitigar os danos, caberá ao juiz reduzir o montante indenizatório, eximindo o devedor da responsabilidade dos danos causados pelo comportamento do credor. Fortunato Azulay enfeixa conclusão análoga, ao afirmar que

A harmonia social e o interesse coletivo sobrelevam o individual, motivo por que a parte que vem sendo lesada pela pré-inadimplência do outro contraente deverá providenciar pelos meios legais a seu alcance a não-extensão do dano. Tal entendimento já resultava do art. 254, al. 2, do BGB, em virtude do qual **o tribunal pode recusar ou diminuir a reparação devida ao lesado se este omitiu de avisar o devedor do perigo de um dano particularmente elevado, que este não conhecia nem tinha meios de conhecer; ou se se omitiu de prevenir ou reduzir o dano**¹⁴⁴. (grifou-se)

Considerando a relevância do *duty to mitigate the loss*, o Conselho da Justiça Federal fez editar o enunciado n° 169, quando da III Jornada de Direito Civil, pelo qual: “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

2.5 Aplicabilidade e Viabilidade no Direito Brasileiro

¹⁴³ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato, cit., p. 74.

¹⁴⁴ AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*, cit., p. 52.

Como se demonstrou alhures, não apenas as cortes anglo-saxônicas mas também as legislações da Europa continental agasalham o inadimplemento antecipado. Entretanto, o ordenamento civilístico pátrio não contém nenhuma disposição que discipline o referido instituto.

Apesar da lacuna observada na legislação civilística, a quebra antecipada do contrato já é conhecida na seara do Direito Administrativo, uma vez que a Lei n° 8.666/93¹⁴⁵ prevê expressamente a possibilidade de rescisão do contrato por parte da Administração Pública caso haja atraso significativo no cumprimento do pactuado. Porém, o acolhimento do inadimplemento antecipado pela legislação administrativista tem um colorido diferente, uma vez que os contratos administrativos são permeados pelo respeito ao interesse público, o que justifica a existência das chamadas cláusulas exorbitantes. A Administração encontra-se em posição peculiar, gozando de certos privilégios decorrentes de princípios de direito público¹⁴⁶. A rescisão unilateral do contrato administrativo por inadimplemento antecipado só se justifica, no âmbito administrativo, por ser admitida como cláusula exorbitante.

O Direito Internacional elaborou regramento específico acerca do inadimplemento anterior ao termo no cenário dos contratos de compra e venda de mercadorias, conforme se deduz do artigo 72¹⁴⁷ da *Convention on Contracts for the International Sales of Goods*. O Brasil não é signatário da aludida Convenção, mas isso não impede que sua aplicação no Direito brasileiro. Conforme explica Aline Terra, o Art. 9º, § 2º da Lei de Introdução

¹⁴⁵ **Art. 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato:

III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar impossibilidade de conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados.

IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento.

¹⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 176.

¹⁴⁷ **Art. 72.** (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 the 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.

ao Código Civil permite a incidência das normas da Convenção caso o proponente for dela signatário e contratar com parte estabelecida no Brasil¹⁴⁸.

A Convenção permite a uma das partes considerar o contrato resolvido caso restar de modo incontroverso a impossibilidade do cumprimento antes do termo fixado. Exige-se que a parte prejudicada notifique o devedor faltoso, entregando-lhe a possibilidade de oferecer garantias que assegurem o cumprimento da prestação¹⁴⁹.

Demonstradas estas hipóteses de aplicabilidade do inadimplemento antecipado no direito brasileiro, deve-se perquirir a viabilidade do instituto como regra geral de não-cumprimento no direito civil. A ausência de tratamento específico nas leis civis não é argumento suficiente para afastar sua aplicabilidade no ordenamento nacional.

Não obstante a doutrina majoritária acolher o inadimplemento antecipado, Araken de Assis¹⁵⁰ revela alguns óbices de ordem processual que, ao seu sentir, são capazes de obliterar a aplicabilidade do inadimplemento anterior ao termo no direito nacional. O citado autor afirma que o art. 580 do Código de Processo Civil impediria a possibilidade de instauração de um processo de execução, pois este tem como pressuposto de fato o inadimplemento da prestação, algo que não se evidencia no inadimplemento antecipado, pois a violação da prestação ocorre antes mesmo desta se tornar exigível. Em suporte a este argumento, toma-se a redação do art. 618, III do Diploma Adjetivo que fulmina de nulidade a execução instaurada antes do termo. Entretanto, o jurista ainda afirma que o impedimento do art. 618, III do CPC apenas obstaria a demanda de cumprimento, restando cabível o ‘remédio resolutivo’. Aline Terra se bate contra os argumentos aduzidos por Araken de Assis, afirmando que é tarefa restrita ao direito civil desenvolver o conceito de

¹⁴⁸ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 132.

¹⁴⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 134.

¹⁵⁰ ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., pp. 107-108.

inadimplemento, e esta noção pode abarcar o instituto da quebra antecipada do contrato¹⁵¹.

Outro argumento em desfavor à aplicabilidade do inadimplemento antecipado é a estipulação feita pelo art. 939 do Código Civil:

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Este dispositivo deve ser interpretado de forma consentânea aos novos paradigmas do direito obrigacional, respeitando-se a tomada da obrigação como um processo, como uma relação complexa e orgânica de direitos e deveres informados pelo princípio da boa fé objetiva. Não se pode conceber a aplicação melindrada do art. 939 a uma relação obrigacional na qual o devedor haja violado deveres instrumentais, com evidente vilipêndio à boa fé objetiva. O referido dispositivo imputa responsabilidade civil ao credor que demanda a dívida antes de vencida quando o faz como meio de coação e represália ao devedor, violando o benefício constituído pelo termo em favor do devedor. E neste sentido a jurisprudência tem mesmo exigido a comprovada má fé do credor na cobrança antecipada da dívida¹⁵². As situações contempladas pelo art. 939 em nada se assemelham ao inadimplemento antecipado, lembrando-se que neste caso o credor age antes do termo para evitar que os prejuízos que lhe foram causados pelo devedor sejam ampliados. A atuação do credor no sentido de demandar a dívida antes do termo é legítima no inadimplemento antecipado, pois as condutas do devedor que conduziram à quebra antecipada do contrato pautam-se em manifestas profanações aos princípios da confiança e da boa fé objetiva¹⁵³.

¹⁵¹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 124-125.

¹⁵² Assim informam TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa; MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 851.

¹⁵³ MARTINS, Raphael Manhães. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit., p. 172 e sgs.

Portanto, estes argumentos lançados contra a viabilidade do inadimplemento antecipado no direito brasileiro não sensibilizaram os juristas que tem se dedicado ao tema. A doutrina amplamente majoritária mostra-se favorável à aplicação da teoria do inadimplemento anterior ao termo, a despeito da ausência de disposição legislativa expressa¹⁵⁴. Mas o acolhimento do instituto não se restringiu aos livros, indo buscar guarida nos Tribunais.

A primeira manifestação jurisprudencial direcionada para a adoção do inadimplemento antecipado ocorreu no Areópago gaúcho. Em 1977, Nilo Antonio Peruzzo firmou com Centro Médico Hospitalar de Porto Alegre Ltda. dois contratos em conta de participação em empreendimento cujo escopo era a construção de um hospital, franqueando-se a Peruzzo a participação nos lucros da sociedade e atendimento médico-hospitalar gratuito a ele e a sua família. O valor das quotas foi fracionado, permitindo-se-lhe o pagamento em parcelas mensais. Após a realização do segundo contrato, Peruzzo decidiu verificar o andamento da empreitada, constatando a absoluta inércia da sociedade que sequer havia adquirido o terreno para a construção do hospital. Em razão da evidente paralisia da sociedade, ele resolveu suspender o pagamento das quotas, ao que foi surpreendido pelo protesto de duas notas promissórias. Irresignado, Peruzzo buscou tutela jurisdicional pleiteando a rescisão do contrato, e a consequente nulidade dos títulos de crédito vinculados e sustação definitiva dos protestos. O magistrado de piso entendeu não se ter caracterizado o inadimplemento, em virtude da inexistência de prazo fixado para início e término das obras. Em sede recursal, o autor reclamou pela reforma da sentença alegando que mesmo após cinco anos desde a contratação a recorrida não havia praticado qualquer ato de cumprimento da obrigação, o

¹⁵⁴ À guisa de ilustração, podemos citar: TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit.; MARTINS, Raphael Manhães. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit.; BECKER, Anelise. *Inadimplemento Antecipado do Contrato*, cit.; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, cit.; AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit.; AZULAY, Fortunato. *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*, cit., p. 111.

que caracterizaria o inadimplemento contratual, aduzindo, outrossim, o reconhecimento no direito brasileiro da cláusula resolutória tácita. O desembargador relator Athos Gusmão Carneiro ponderou que o fato de não haver estipulação de termo não garante ao contratante a possibilidade de retardar *ad infinitum* o cumprimento das obrigações. Nesta esteira, decidiu o magistrado:

A sentença esquece toda a comutatividade contratual. Vejo, aqui, caso de completo inadimplemento por parte de um dos contratantes. Já transcorreram mais de 5 anos e o Centro Médico Hospitalar existe apenas de *jure*. De fato, esta sociedade, de objetivos tão ambiciosos e capital pequeníssimo, simplesmente não existe mais. Citada editalmente, foi revel. O hospital permaneceu no plano das miragens, e assim as demais vantagens prometidas aos subscritores das quotas. A citação vale por interpelação, e ocorreu inadimplemento total. Incide o art. 1.092, parágrafo único do CC¹⁵⁵.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar em situação análoga. Luciano Camillo de Souza estabeleceu com Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional em edifício a ser levantado pela referida sociedade. Diante do significativo atraso nas construções, cuja entrega estava prevista para novembro de 1999, Souza ajuizou ação face à sociedade, em julho de 1998, requerendo a resolução do contrato e a devolução dos valores já pagos. O juízo de primeiro grau manifestou-se pela procedência dos pedidos, tendo sido a sentença confirmada pelo Tribunal. Inconformada, a ré intentou recurso especial contra o acórdão. Conhecido o recurso, o relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. reconheceu a possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento antecipado, reconhecendo o mister de se decidir pela resolução do contrato:

O caso é de descumprimento antecipado de contrato de promessa de imóvel a ser construído, porquanto as circunstâncias reconhecidas pelas instâncias ordinárias evidenciaram que a construtora, até a data do ajuizamento da demanda, não iniciara

¹⁵⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 582000378, relator Desembargador Athos Gusmão Carneiro, julgada em 8 de fevereiro de 1983.

as obras, embora já decorridos dois anos, e faltando apenas um para o término do prazo contratual. Quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra parte pleitear a sua extinção¹⁵⁶.

Averiguada a viabilidade do inadimplemento antecipado no direito brasileiro, cumpre questionar qual seu âmbito de incidência, ou seja, em quais relações obrigacionais seria possível vislumbrar a aplicação da quebra antecipada do contrato.

2.5.1 Obrigações a Termo

Ao se afirmar que o inadimplemento antecipado restringe-se às obrigações a termo, evidencia-se um antecedente lógico inelutável: o inadimplemento antecipado está adstrito às relações obrigacionais. O referido instituto decorre da disciplina do direito das obrigações, e a este campo está limitado. Ou seja, somente é possível vislumbrar o inadimplemento antecipado nas relações caracterizadas por um vínculo jurídico pendente entre dois sujeitos, direcionado à satisfação do interesse do credor e cujo objeto seja uma prestação economicamente apreciável. É bem verdade que o caráter da patrimonialidade da prestação é questionável, mas a doutrina majoritária se inclina no sentido de identificá-lo como elemento caracterizador das obrigações¹⁵⁷.

No que concerne ao requisito da patrimonialidade, sua configuração ganha relevo no estudo do inadimplemento antecipado, uma vez que a doutrina anglo-saxônica utiliza-se da teoria do *anticipatory breach of contract* até

¹⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº 309626-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., julgado em 07 de junho de 2001.

¹⁵⁷ Dentre nós, podemos lembrar de: SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil*, v. II, cit., pp. 21-23; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II, cit., p. 27; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 2, cit., p. 6; TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 28-35; Contra esta tese, levanta-se Mário Júlio de Almeida Costa: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, cit., pp. 63-66.

mesmo em relações atinentes ao direito de família, desprovidas de patrimonialidade¹⁵⁸. Como a doutrina nacional exige o caráter patrimonial da prestação, não seria cabível a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado a situações nas quais falta este elemento. A observação é de Aline Terra:

Em síntese, não se pode admitir, no ordenamento jurídico nacional, a aplicação de instituto típico do direito obrigacional às relações extrapatrimoniais, tais como as relações de noivado. O descumprimento de promessa de casamento requer abordagem diversa do inadimplemento de obrigação, sob pena de reduzi-lo à lógica mercantilista, típica das relações de crédito.¹⁵⁹

Demonstrada a vinculação do inadimplemento antecipado ao direito das obrigações, há de se verificar que este instituto somente se caracteriza no bojo de obrigações a termo.

Só é possível haver inadimplemento antecipado nas obrigações que estejam submetidas a termo inicial. O adjetivo encontrado na expressão ‘inadimplemento antecipado’¹⁶⁰ aponta para o fato de que a violação à prestação ocorreu antes do tempo devido, de modo adiantado. Ora, só é possível um paradigma temporal nas obrigações quando sua eficácia se submete a evento futuro e certo. O termo deve ser inicial, pois é a partir de seu advento que a prestação se tornará exigível¹⁶¹. Requer-se, ainda, que o termo tenha sido estipulado em benefício do devedor, ou em benefício de ambas as partes. Inconcebível inadimplemento antecipado quando o termo é posto em benefício exclusivo do credor¹⁶².

¹⁵⁸ Caso pioneiro nesta seara foi julgado pelas cortes britânicas, em *Frost v. Knight*, no qual houve repúdio antecipado em relação de noivado. Para melhores esclarecimentos: TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 196.

¹⁵⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 198.

¹⁶⁰ É importante observar o entendimento de Aline Terra, ao indicar que a expressão mais escorreita a demonstrar a essência do instituto seria ‘inadimplemento anterior ao termo’ (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 121-122). Utiliza-se, igualmente, a locução ‘quebra antecipada do contrato’. Neste trabalho, optamos por utilizá-las indiscriminadamente.

¹⁶¹ Para Caio Mário da Silva Pereira, o termo “é inicial ou suspensivo (*dies a quo*), quando é a partir dele que se pode exercer o direito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, cit., p. 575).

¹⁶² TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 198.

2.5.2 Contratos Bilaterais e Unilaterais

Dentre as diversas classificações dos contratos, encontramos a que os distingue em razão das obrigações atribuídas a cada parte. Como já observamos anteriormente, o prisma dinâmico e complexo do direito das obrigações indica que em qualquer relação obrigacional ambas as partes deverão cumprir com variegados deveres, mercê da incidência vertical do princípio da boa fé objetiva. Esta perspectiva, *a priori*, afastaria a higidez da classificação dos contratos em bilaterais e unilaterais, dado que todas as relações obrigacionais comportam deveres para ambas as partes. Porém, o signo distintivo na classificação dos contratos bilaterais não é a mera atribuição de deveres às partes, mas sim a correspectividade existente entre os deveres principais, surgindo o sinalagma contratual¹⁶³.

Ou seja, nos contratos bilaterais há uma relação de interdependência entre as obrigações principais, enquanto os contratos unilaterais carecem do sinalagma, pois o dever principal não tem um apoio recíproco num dever da outra parte.

Não se questiona a admissibilidade da teoria do inadimplemento antecipado em relação aos contratos bilaterais. Todavia, no que concerne aos contratos unilaterais, discute-se se seria possível a aplicação da quebra antecipada do contrato. Fortunato Azulay¹⁶⁴, arrimando-se na doutrina do *anticipatory breach of contract*, assinala que não há sinalagmaticidade a ser

¹⁶³ Nas palavras de Caio Mário: “É pacífico que nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra partes.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, 12ª. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67).

¹⁶⁴ Aproveitando o bojo da aplicabilidade e viabilidade do inadimplemento antecipado, vale ressaltar o escólio de Fortunato Azulay ao admitir a incidência da disciplina da quebra antecipada do contrato nas hipóteses de violação ao contrato preliminar: “tanto nos contratos definitivos como nos preliminares, é possível a aplicação da doutrina do *anticipatory breach of contract*” (AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*, cit., p. 96).

resguardada nos contratos unilaterais, repudiando a aplicação do inadimplemento antecipado a estes contratos¹⁶⁵. De outra banda, Aline Terra assevera que “o inadimplemento anterior ao termo resta configurado sempre que o devedor, antes do advento do termo, torne-se desde logo inadimplente, qualquer que seja a natureza jurídica do contrato celebrado”¹⁶⁶, concluindo pela possibilidade da configuração do inadimplemento antecipado em promessa de contrato de doação, assim como em contratos de mandato, ambos espécies de contrato unilateral. Esta a concepção que mais nos apraza.

¹⁶⁵ AZULAY, Fortunato. *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*, cit., p. 119.

¹⁶⁶ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 206.

3. Efeitos e Consequências do Inadimplemento Antecipado

3.1. Determinação dos Efeitos e Natureza Jurídica

O reconhecimento do inadimplemento anterior ao termo como hipótese de pré-inadimplência importa na atribuição dos efeitos do vencimento antecipado da dívida à quebra antecipada do contrato. Deste modo, a configuração do inadimplemento antecipado acarretaria o imediato vencimento da dívida, abrindo-se ao credor a possibilidade de buscar a pronta execução da prestação. Fortunato Azulay, ao pugnar pela pré-inadimplência como natureza jurídica do inadimplemento antecipado, vislumbra, outrossim, a resolução da relação obrigacional com fulcro na cláusula resolutiva tácita¹⁶⁷.

Aqui se encontra a origem da discussão acerca da natureza jurídica do inadimplemento antecipado. Entendido como violação positiva do contrato, o inadimplemento antecipado daria azo tão somente à resolução contratual e às perdas e danos. Se se configurar o inadimplemento antecipado como violação a dever instrumental decorrente da boa fé objetiva, restarão dois itinerários ao credor: dar seguimento à relação obrigacional com a devida reparação dos danos causados; ou pleitear pela resolução do contrato, atrelada à reparação das perdas e danos. Note-se, porém, que não há vantagens na primeira solução, uma vez que o credor deveria aguardar o advento do termo para que pudesse exigir a execução da prestação. É a conclusão de Aline Terra, ao afirmar que a redução do inadimplemento antecipado a uma hipótese de violação positiva do contrato implicaria na significativa redução de alternativas a serem tomadas pelo credor, não se lhe garantindo a execução específica, mercê da subordinação ao advento do termo:

¹⁶⁷ AZULAY, Fortunato. *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*, cit., p. 115.

Por outro lado, aqueles que entrevêm na ‘quebra antecipada do contrato’ apenas uma violação positiva do crédito, reconhecem ao credor direito imediato à resolução contratual e perdas e danos, mas não à execução específica, cuja admissibilidade, segundo se afirma, subordinar-se-ia ao advento do termo¹⁶⁸.

Todavia, é de se recordar que os atos conducentes ao inadimplemento antecipado praticados pelo devedor conduzem à perda da função do termo. Como se afirmou alhures, o termo constituído em benefício do devedor exige uma leitura funcionalizada. Configurado um dos elementos objetivos do inadimplemento antecipado, sempre acompanhados pela conduta culposa do devedor, não se lhe deve garantir a subsistência do termo, uma vez que sua conduta afasta por completo o mister de se respeitar o prazo. O argumento da funcionalização do termo parece-nos aplicável tanto à leitura do inadimplemento antecipado como violação positiva do contrato, quanto para a compreensão da quebra antecipada como hipótese de inadimplemento da prestação principal. Ao falarmos da natureza jurídica da quebra antecipada do contrato, ponderamos que o fundamento da configuração do inadimplemento antecipado como hipótese de violação positiva do contrato é o desrespeito aos deveres instrumentais de lealdade, cooperação e probidade, e não, como entendem alguns, a inexigibilidade da prestação. Esta conclusão nos permite aplicar a teoria da funcionalização do termo à teoria da violação positiva do contrato. Logo, não nos sensibiliza a ponderação maquinada pela referida autora, uma vez que a leitura funcionalizada do termo também é capaz de se coadunar à teoria da violação positiva do contrato. Neste sentido, acreditamos que a qualificação do inadimplemento antecipado como violação positiva do contrato, apesar de não nos ser aprazível, não afastaria a possibilidade de execução específica, ratificando nossa anterior conclusão de que não há diferenças práticas entre violação positiva do contrato e adimplemento alargado.

¹⁶⁸ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 240.

Finalmente, o repúdio à teoria da violação positiva do contrato em favor de uma visão ampliada do adimplemento permite-nos alocar a quebra antecipada do contrato dentre as “categorias clássicas do inadimplemento”¹⁶⁹, interpretação que autoriza vislumbrar como efeitos do inadimplemento antecipado tanto a resolução do contrato, quanto a execução específica, ambas acompanhadas da reparação por perdas e danos¹⁷⁰.

¹⁶⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 242.

¹⁷⁰ É de se destacar a posição de Anderson Schreiber, ao sugerir a aplicação analógica do art. 477 do Código Civil. Para o referido autor, a melhor solução seria aplicar a exceção de insegurança, reservando a resolução aos casos nos quais se configurasse impossível a realização da prestação. Ou seja, o autor parece apontar a resolução como meio adequado de solução das hipóteses nas quais o inadimplemento antecipado figurasse como inadimplemento absoluto. Porém, para aqueles casos que abarquem alguma possibilidade de cumprimento da prestação, seria razoável a aplicação analógica do art. 477. Assim pondera o jurista: “À implícita recusa do devedor ao adimplemento futuro pode-se equiparar qualquer situação em que se verifique risco efetivo de descumprimento da prestação. Melhor, todavia, que igualar tais hipóteses ao inadimplemento, como sugere a simples importação acrítica da figura do *anticipated breach of contract*, seria lhes reservar a aplicação analógica do art. 477 do Código Civil”, concluindo que “A resolução ficaria, deste modo, reservada àqueles casos em que o cumprimento da obrigação no vencimento futuro se afigurasse, desde já, impossível (construção do hospital em quinze dias); enquanto que, na mera improbabilidade do cumprimento (construção do hospital em seis meses), o efeito seria não a resolução, mas a aplicação, por analogia, do disposto no art. 477 do Código Civil” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., pp. 12-13). Ainda nesta seara, Aline Terra busca traçar as diferenças entre o inadimplemento antecipado e as situações de risco de descumprimento. O inadimplemento antecipado constitui genuína hipótese de incumprimento da obrigação, enquanto “o risco de descumprimento se refere às hipóteses em que, apesar de não configurado o efetivo inadimplemento anterior ao termo, afigura-se alta a probabilidade de, no futuro, o devedor não adimplir sua obrigação no tempo, modo e lugar ajustados, a autorizar o credor a agir de imediato no sentido de proteger seu crédito” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 184). Nota-se que o risco de descumprimento apenas torna duvidosa a realização da prestação, enquanto o inadimplemento antecipado abarca as situações de efetiva violação aos deveres obrigacionais. A aludida autora aponta como parâmetro à determinação do risco de descumprimento a probabilidade superior a cinquenta por cento no descumprimento da obrigação (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 190). Observe-se que o risco de descumprimento agasalha uma mera probabilidade de inadimplemento. Já a quebra antecipada do contrato demonstra-se inequívoca hipótese de inadimplemento, seja pela expressa manifestação de não adimplir exarada pelo devedor, seja pela impossibilidade de cumprimento da prestação (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 259-262). O art. 477 autoriza que a parte se recuse a cumprir a prestação a que está obrigada em virtude de abalo patrimonial da outra parte que deveria cumprir sua prestação após a realização da outra prestação. Em melhores termos, “o art. 477 pressupõe a ocorrência de prestações sucessivas, para determinar que o contraente que tiver de fazer a prestação em primeiro lugar pode recusá-la se, entretanto, depois de concluído o negócio, tiverem sobrevindo alterações no patrimônio do outro contraente que tornem arriscado ou duvidoso o cumprimento da contraprestação. Esta situação manter-se-á até que este efetue a prestação ou dê garantias suficientes” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II, cit., p. 128). Aplicar analogicamente a exceção de insegurança aos casos de risco de descumprimento afigura-se-nos solução deveras perspicaz. Entrementes, parece-nos que a aplicação do instituto processual da tutela inibitória seria de melhor alvitre para se buscar o cumprimento da obrigação nas hipóteses de risco de descumprimento.

Neste trilhar, observa-se que o comportamento do devedor conducente ao inadimplemento antecipado culminará em situações de mora ou de inadimplemento absoluto. Estas duas espécies de violação da obrigação diferem quanto à possibilidade do cumprimento da prestação. O inadimplemento absoluto traduz a completa impossibilidade de realização da prestação, enquanto a mora admite o posterior cumprimento da prestação, por esta ainda ser possível ao credor. Note-se que o critério apto a determinar a possibilidade da prestação é de ordem econômica e busca preservar o interesse do credor. Ou seja, “o critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica; na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa”¹⁷¹.

É, portanto, o interesse do credor na prestação que lhe determinará a possibilidade, a viabilidade econômica no seu recebimento. Mas este interesse não se confunde com o mero capricho do credor, que assim poderia determinar os destinos da obrigação. Deve-se considerar os objetivos colimados pela celebração da avença para que se determine objetivamente o interesse do credor. Se, de acordo com o escopo traçado pelo contrato, averiguar-se a perda da utilidade da prestação para o credor, conformar-se-á o inadimplemento

A tutela inibitória é verdadeiro provimento preventivo, que busca evitar a ocorrência do dano através de mecanismos que inibam o devedor a cometer o ilícito contratual. “A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva), 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 36). A normativa contida no art. 461 do Código de Processo Civil permite a aplicação do mecanismo da tutela inibitória (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória* (individual e coletiva), cit., pp. 85-91), viabilizando a aplicação de meios de coerção indireta aptos a compelir o devedor a cumprir seus deveres, afastando-se o risco de descumprimento, sendo lícito concluir que “não há racionalidade em não admitir a tutela jurisdicional anterior ao inadimplemento, entendendo que o contratante apenas pode agir depois da violação da obrigação. Isso seria o mesmo que supor que o contrato é suficiente para impedir a violação. Ora, assim como a lei, o contrato obviamente não é capaz de impedir a violação do direito. dessa forma, inadmitir a ação inibitória do inadimplemento é negar valor à própria obrigação, aceitando-se não só a desconsideração do contrato como também a transformação da obrigação contratual em pecúnia” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 451).

¹⁷¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1972, p. 45.

absoluto, restando à mora as hipóteses nas quais a prestação permanece economicamente viável ao credor, apesar do cumprimento imperfeito em razão do lugar, forma ou tempo. Não é outro o entendimento esboçado pelo Enunciado 162 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “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”¹⁷².

Logo, pode-se dizer que o inadimplemento absoluto ocorrerá quando não houver possibilidade de se cumprir a obrigação, seja quando se verificar a privação do objeto prestacional, seja quando a prestação ainda puder ser cumprida mas lhe faltar utilidade.

Resta-nos apontar quais elementos objetivos do inadimplemento antecipado culminarão na constituição da mora e quais aqueles que permitirão a caracterização do inadimplemento absoluto. Para tanto, cabe-nos repisar quais são os elementos objetivos que formam o inadimplemento antecipado. Conforme registramos anteriormente, a quebra antecipada do contrato pode ter dois suportes objetivos: o comportamento concludente e a manifestação expressa do devedor de não adimplir.

O comportamento concludente somente poderá se subsumir à hipótese de inadimplemento absoluto. Rememorando-se a noção lançada sobre comportamento concludente, afirmou-se que este elemento objetivo do inadimplemento antecipado configura-se por qualquer conduta, omissiva ou comissiva, praticada pelo devedor que importe na impossibilidade da prestação ou na perda de sua utilidade. Como se demonstrou recentemente, o inadimplemento absoluto resta configurado quando houver perda do objeto

¹⁷² Esta objetividade na estipulação da utilidade da prestação tem extrema relevância na configuração do adimplemento substancial. Isto porque, conforme a referida teoria, a prestação apesar de incompleta, já seria suficiente para caracterizar a satisfação do credor. Confira-se o exposto na nota 102.

prestacional ou carência de utilidade na prestação. Ora, se o comportamento concludente é caracterizado por uma conduta que implique a impossibilidade da prestação, somente se pode reduzi-lo ao inadimplemento absoluto. Pode-se pensar no devedor que destrua o objeto da prestação algumas semanas antes do advento do termo. Haverá, *in casu*, inadimplemento antecipado que só poderá ser compreendido logicamente como hipótese de inadimplemento absoluto. Imagine-se, outrossim, um contrato de compra e venda de unidade habitacional a ser entregue em dois anos. Se no décimo mês do primeiro ano constata-se que a obra sequer fora iniciada, haverá quebra antecipada do contrato que só se poderá compreender como inadimplemento absoluto. Apesar de ainda ser possível a construção do prédio, o atraso abundantemente significativo implicará na imediata perda de utilidade da prestação. Neste caso, pode-se antever que a prestação não será adimplida no momento devido. O atraso atual decorrente de uma conduta do devedor que viole a prestação devida, seja por inobservância de deveres principais, seja por obnubilação de deveres instrumentais, acarretará em irreversível modificação no trânsito contratual. Ou seja, a conduta do devedor causa um distúrbio na relação obrigacional, o qual possibilita determinar que, no momento do advento do termo, a prestação não será cumprida, retirando-se-lhe por completo a utilidade.

No que pertine à manifestação expressa do devedor de não adimplir, é lícito identificar tanto o inadimplemento absoluto, quanto a mora¹⁷³. Caso o devedor recuse-se a cumprir a prestação avençada, configurar-se-á o inadimplemento absoluto se a prestação for personalíssima ou se o termo for essencial. Tratando-se de obrigação de fazer infungível, se o devedor negar-se a cumprir a prestação, não resta outra alternativa senão condená-lo às perdas e

¹⁷³ Neste sentido, pondera Fortunato Azulay: “Não é apenas a circunstância de ter havido recusa formal do devedor que caracteriza o inadimplemento absoluto. Se se trata de obrigação pessoal infungível ou, com maior razão, personalíssima, essa recusa constitui inadimplemento absoluto. Tais são os casos do escritor ou do artista que se recusam a produzir ou tornam fisicamente impossível a realização da obra contratada. Se, porém, a obrigação é fungível, o credor obterá a prestação por outros meios e o inadimplemento tomará o caráter de mora” (AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*, cit., p. 33).

danos, pois “a obrigação de fazer não pode ser cumprida violentando-se a vontade do indivíduo, *manu militari*, a praticar o ato prometido”¹⁷⁴. Ou seja, averiguada a recusa do devedor em cumprir a prestação personalíssima, configura-se o inadimplemento absoluto, restando ao credor o pleito pela resolução do contrato e a condenação pelas perdas e danos¹⁷⁵. Também quando a manifestação expressa do devedor se der em obrigação com termo essencial, sem que haja tempo suficiente para cumpri-la até o advento do termo, haverá inadimplemento absoluto. Ora, se o devedor se recusa a cumprir obrigação que deve respeitar termo essencial, e a declaração de recusa é realizada momentos antes do advento do termo, esvaindo-se qualquer possibilidade de cumprimento de acordo com o prazo, o inadimplemento somente poderá se caracterizar como absoluto¹⁷⁶.

Finalmente, se a manifestação expressa do devedor de não adimplir configurar-se em obrigação fungível, cujo termo não for essencial, somente poderá se qualificar o incumprimento da obrigação como hipótese de mora. Ora, se não houver termo essencial e resguardar-se a utilidade da prestação, sendo esta fungível, poderá o credor pugnar pela execução específica, inclusive através do cumprimento da obrigação por terceiro, nos termos do art. 249 do Digesto Civil. Verificar-se-á, portanto, a constituição em mora do devedor que se recusar antecipadamente a cumprir obrigação fungível sem termo essencial,

¹⁷⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. IV, 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1934, *apud* TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, cit., p. 510.

¹⁷⁵ “Assim sendo, segundo a lei civil, nas obrigações em que somente o devedor pode realizar a prestação, sua recusa teria como consequência tão-somente sujeitá-lo a indenizar perdas e danos, ficando afastada a execução específica” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, cit., p. 514).

¹⁷⁶ “Ademais, a inutilidade da prestação resta configurada quando há previsão de termo essencial (expressamente ajustado ou decorrente da natureza da obrigação), e a mora do devedor já se afigura inevitável. Assim, por exemplo, se a costureira, contratada para a confecção de vestido de noiva, assume tantos outros serviços de modo a não ser capaz de entregá-lo no prazo combinado, torna-se desde logo inadimplente, em razão da já comprovada inutilidade da prestação” (TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 179).

caso ainda persista o interesse do credor na prestação. Cumpre destacar que não se exige interpelação para que se constitua o devedor em mora, ou seja, a mora dá-se *ex re*. Assim pontifica Mário Júlio de Almeida Costa:

Em princípio, o devedor só fica constituído em mora depois de lhe ter sido feita uma interpelação judicial ou extrajudicial para cumprir. Mas haverá mora debitória independentemente de interpelação: (...) d) se o devedor declarar ao credor, inequívoca e peremptoriamente, a sua intenção de não cumprir, o que, como é óbvio, equivale e até antecipa a interpelação¹⁷⁷.

Também o Código Civil Italiano determina que se institua a mora independentemente de interpelação quando o devedor manifestar-se contrariamente ao cumprimento da obrigação. É o que se depreende da leitura do art. 1.219 do referido Diploma, já transcrito alhures neste trabalho monográfico.

3.2. Resolução da Relação Contratual

O inadimplemento absoluto nos contratos bilaterais estende ao credor o direito de resolver o vínculo contratual, extinguindo-se a relação jurídica pendente entre as partes. Verificada qualquer das hipóteses de inadimplemento antecipado que estejam submetidas à égide do inadimplemento absoluto, confere-se ao credor o direito de extinguir a relação contratual¹⁷⁸. A resolução afigura-se, pois, como o exercício do direito formativo extintivo franqueado ao credor face ao inadimplemento perpetrado pelo devedor¹⁷⁹.

O direito à resolução é dessumido do art. 475 do Código Civil de 2002¹⁸⁰ ao estabelecer a denominada *cláusula resolutiva tácita*¹⁸¹. O

¹⁷⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*, cit., p. 739.

¹⁷⁸ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 248.

¹⁷⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit, p. 12 e 272.

¹⁸⁰ **Art. 475.** A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

ordenamento civilístico pátrio¹⁸² acolheu a orientação francesa ao exigir que o direito à resolução do contrato em razão da cláusula resolutiva tácita seja postulado em juízo, sendo lícito inferir que:

A necessidade da intervenção judicial para a resolução do negócio dá à sentença a natureza constitutiva negativa e somente com ela é que se materializa o direito formativo do credor, pois é a sentença que resolve a obrigação. Segundo esse sistema, a atividade do juiz não se limita a declarar a resolução já acontecida por manifestação da vontade do credor; mais que isso, cumpre-lhe verificar a presença dos pressupostos do direito formativo¹⁸³.

Tratando-se de direito formativo extintivo, a resolução provocará alterações na esfera da eficácia do negócio jurídico. A extinção do contrato pela resolução tem o condão de promover o retorno das partes ao estado anterior à contratação, operando efeitos retroativos¹⁸⁴.

Deve-se recordar que a resolução opera-se no âmbito dos contratos bilaterais, nos quais o credor também está jungido ao cumprimento de uma prestação. Caso sobrevenha o inadimplemento antecipado sem que o credor tenha cumprido sua prestação, revela-se de bom alvitre que o credor deposite judicialmente sua prestação antes de inaugurar a via resolutiva, evitando-se a alegação de inadimplemento por sua parte. É a advertência elaborada por Aline Terra:

¹⁸¹ Coforme aponta Caio Mário: “Os Códigos modernos, no desenvolvimento da idéia, instituem o princípio que se denomina cláusula resolutiva tácita, imaginando-se que, em todo contrato bilateral, a sua inexecução por uma das partes tem como consequência facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, muito embora não tenham sido ajustadas estas consequências” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, cit., p. 155).

¹⁸² **Art. 474.** A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

¹⁸³ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit, p. 56.

¹⁸⁴ “Corolário natural e óbvio da extinção, assim produzida, consiste no retorno dos parceiros às posições ocupadas *antes* da contratação. É o que delimita o art. 182 do CC-02 relativo à ação de nulidade, mas aplicável analogicamente ao remédio resolutivo, quando dispõe: restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas pelo equivalente” (ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., pp. 145-146).

Sendo assim, o credor, diante de um provável inadimplemento anterior ao termo do devedor, e a fim de se resguardar de eventual alegação da contraparte de inadimplemento contratual, não deve simplesmente suspender sua prestação, mas depositá-la judicialmente, por meio de medida cautelar inominada, até que o inadimplemento anterior ao termo seja reconhecido pelo juízo¹⁸⁵.

Conclui-se, pois, que ao credor é concedida a alternativa de resolver a relação contratual em razão do direito formativo extintivo emergido da cláusula resolutiva tácita. Entrementes, esta é apenas uma alternativa esboçada ao credor, que poderá pleitear, outrossim, o cumprimento do contrato.

3.3. Cumprimento do Contrato

Nos casos em que o inadimplemento antecipado configurar-se como inadimplemento absoluto caberá ao credor pleitear a resolução do contrato ou exigir o cumprimento da obrigação através da tutela pelo equivalente. Somente se afigura possível a execução através da tutela pelo equivalente, uma vez que o inadimplemento absoluto destitui a utilidade da prestação, seja pela impossibilidade de realização do avençado, seja pela perda do interesse do credor¹⁸⁶. Haverá tutela ressarcitória pelo valor equivalente à prestação devida.

Não há qualquer óbice à inauguração da demandada, seja ela cognitiva ou executória, uma vez que o termo é desconsiderado em razão do desvio de conduta que levou o devedor ao inadimplemento antecipado. A perda do benefício do termo implica na imediata exigibilidade da obrigação, o que autoriza a demanda pela tutela equivalente¹⁸⁷.

¹⁸⁵ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 251.

¹⁸⁶ “Há, ao contrário, tutela pelo equivalente (e não tutela específica), quando impossível o cumprimento da obrigação na forma específica, ou quando seu cumprimento, na forma específica, não é de interesse do credor” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2, cit., p. 439).

¹⁸⁷ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 252.

A aludida perda do benefício do termo também se espraia às hipóteses nas quais o inadimplemento antecipado se caracteriza como mora¹⁸⁸. Neste caso, será permitido ao credor dar cumprimento ao contrato¹⁸⁹. Para atingir tal desiderato, surge o mecanismo da tutela específica¹⁹⁰, o qual autoriza o juiz a buscar a satisfação do credor através do cumprimento da prestação conforme o pactuado. A tutela específica importa na satisfação do direito tal como ele foi avençado, ocorrendo o efetivo cumprimento da obrigação. Esta é a disciplina conferida pelos arts. 461 e 461-A do Diploma Adjetivo¹⁹¹, a ser observada durante o processo de conhecimento. O juiz poderá estabelecer prazo para que o devedor cumpra a prestação devida, cabendo-lhe, outrossim, fixar multa processual diária como forma de coação indireta sobre o devedor¹⁹².

Portanto, a execução das obrigações previstas na relação contratual poderá ser perpetrada tanto no bojo de uma ação executiva inaugurada por título executivo extrajudicial¹⁹³, quanto no âmbito do processo cognitivo.

3.4. Perdas e Danos

¹⁸⁸ Interessante ressaltar a ponderação realizada por Raphael Manhães Martins, olvidando-se da funcionalização do termo e a consequente perda do benefício por ele conferido, indica que a pendência do termo surge como entrave para a execução específica. (MARTINS, Raphael. *Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro*, cit., p.186).

¹⁸⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 244-245.

¹⁹⁰ “Por tutela específica deve ser entendida a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação caso não houvesse ocorrido lesão, ou, quando menos, ameaça de direito no plano material. Embora jurisdicionalmente, o que o autor pretende obter é o mesmo resultado que decorreria do cumprimento espontâneo da obrigação no plano de direito material” (MARCARTO, Antonio Carlos (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1463).

¹⁹¹ **Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

¹⁹² Estas possibilidades encontram-se esmiuçadas pelos parágrafos dos arts. 461 e 461-A.

¹⁹³ Assim ocorrerá quando o tipo contratual estiver previsto no rol de títulos executivos do art. 585 do Código de Processo Civil.

Qualquer que seja a solução adotada pelo credor, sempre lhe será dado demandar a reparação pelos prejuízos causados pelo inadimplemento antecipado. A indenização deverá contemplar todos os danos decorrentes da conduta do devedor que deu causa ao inadimplemento¹⁹⁴.

Por óbvio, a quantificação do dano deverá se pautar pelas vicissitudes do caso concreto, considerando-se os danos emergentes e lucros cessantes. Como forma de auxiliar na obtenção do *quantum* indenizatório, Aline Terra aponta alguns elementos balizadores, tais como a publicidade conferida à declaração do devedor de não adimplir, o momento da configuração do inadimplemento antecipado nas obrigações a termo, além das medidas adotadas pelo credor para reduzir os danos¹⁹⁵. Desta feita, “todas as reduções do dano têm de ser abatidas do montante ressarcitório, porquanto a vítima deva ser indenizada, em regra, pelos danos efetivamente sofridos, sob pena de lhe proporcionar enriquecimento sem causa”¹⁹⁶.

É de se recordar, igualmente, a incidência da teoria de mitigação dos danos. As ações e omissões praticadas pelo credor capazes de agravar os danos já sofridos não poderão remontar ao *quantum* indenizatório, uma vez que o agravamento dos danos decorreu diretamente da conduta praticada pelo credor, não podendo o devedor responder pelos danos causados pelo próprio sujeito ativo. No mesmo sentido, posiciona-se Ruy Rosado de Aguiar Jr., arrimado em doutrina de Carlo Rosello:

Essa doutrina dirigida para a avaliação do ressarcimento cabível atua, também, na avaliação do prejuízo ao contrato resultante do incumprimento, tendo em vista a sua definição como sendo um incumprimento grave para o fim de resolução. Se a

¹⁹⁴ É a disciplina extraída do art. 389 do Código Civil: **Art. 389.** Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁹⁵ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 246-248.

¹⁹⁶ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 247.

gravidade desse incumprimento decorreu da ação ou omissão concorrente do credor, tal acréscimo não deve ser levado em consideração¹⁹⁷.

Repise-se que o credor deverá ser indenizado pelos danos provenientes do inadimplemento qualquer que tenha sido a solução que venha a escolher. Tanto na resolução do contrato, quanto no seu cumprimento forçado haverá o dever de ressarcimento dos danos. É a leitura do art. 475 do Código Civil.

3.5 Exceção do Contrato não Cumprido

Sempre que houver interdependência entre as prestações do contrato sinalagmático, a parte demandada poderá refutar o cumprimento de sua prestação em razão da ausência de cumprimento pela outra parte. É a “defesa oponível pelo contratante demandado, contra o co-contratante inadimplente, denominada *exceptio non adimpleti contractus*, segundo a qual o demandado recusa a sua prestação, sob fundamento de não ter aquele que demanda dado cumprimento à que lhe cabe”¹⁹⁸.

Como ressalta Teresa Negreiros, a exceção do contrato não cumprido¹⁹⁹ é decorrência do princípio da boa fé objetiva que prescreve uma linha de conduta uniforme para as partes. Trata-se da regra do *tu quoque*, cuja

ideia básica é a de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes, na medida em que permita que contratantes igualmente faltosos sejam, não obstante, tratados de forma desigual. Voltar-se contra os próprios atos constitui, nesta hipótese, um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera: *equity must come in clear hands* – resume o brocardo inglês. No caso específico da regra do *tu quoque*, a boa-fé objetiva atua como guardião do sinalagma

¹⁹⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*, cit., p. 136.

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, cit., p. 159.

¹⁹⁹ A exceção do contrato não cumprido tem guarida legal no art. 476 do Código Civil. **Art. 476.** Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

contratual, impedindo que o contratante que descumpriu norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao programa contratual²⁰⁰.

Assim, desde que as prestações contratuais sejam recíprocas e interdependentes, será possível que a parte se utilize da exceção do contrato não cumprido quando for demandada pela outra parte que também não consumou a sua própria prestação. É o que se depreende da lição de Humberto Theodoro Jr., ancorada em Messineo:

De qualquer maneira, é indispensável que, no contrato, se estabeleçam prestações contrapostas, ou seja, conforme a lição de Messineo, é indispensável que se estabeleça entre as duas prestações (e as duas obrigações) em especial nexo lógico chamado de corresponsabilidade, consistente na interdependência entre elas, em razão da qual cada uma das partes não é obrigada pela própria prestação, sem que seja devida a prestação da outra²⁰¹.

Desta feita, é lícito socorrer-se do inadimplemento antecipado em sede de exceção do contrato não cumprido. Caso o devedor faltoso venha a exigir o cumprimento da prestação devida pelo credor, este poderá se valer da *exceptio non adimpleti contractus* fundada no inadimplemento antecipado praticado pelo devedor. É a conclusão alcançada por Teresa Negreiros:

Com efeito, há identidade de *ratio* entre a exceção do contrato não cumprido e o inadimplemento antecipado sempre que, diante das circunstâncias do caso concreto, a prestação futura estiver inequivocamente condenada a ser frustrada²⁰².

Assim, parece-nos viável a utilização da exceção do contrato não cumprido pelo credor prejudicado em virtude do inadimplemento antecipado. De outra banda, Aline Terra faz interessante ressalva quando ao caso inverso. Se o credor insurge-se contra o inadimplemento antecipado, o devedor não poderá invocar a exceção do contrato não cumprido contra o credor, uma vez

²⁰⁰ NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-fé Contratual, cit., p. 235.

²⁰¹ THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*, Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 84.

²⁰² NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-fé Contratual, cit., p. 236.

que a quebra antecipada do contrato viabiliza a perda do benefício do termo apenas em relação ao devedor que deu causa ao inadimplemento antecipado. Nas palavras da aludida autora:

Ressalte-se que a desconsideração do termo só se aplica ao devedor. Dessa forma, se a prestação estiver subordinada ao mesmo tempo que a do devedor, o credor continua a gozar do benefício, pelo que não cabe ao devedor alegar a exceção do contrato não cumprido com o intuito de instar o credor a prestar *antecipadamente*²⁰³.

3.6 Cláusula Penal

O ordenamento civilístico permite aos contratantes o estabelecimento de multa contratual que vise compeli-los à observância do correto caminho obrigacional. A cláusula penal²⁰⁴ surge como pena convencional que tem por escopo a garantia do cumprimento da obrigação ou a liquidação antecipada das perdas e danos²⁰⁵. É, portanto, cláusula acessória voluntariamente estabelecida pelas partes em qualquer momento da relação obrigacional através da qual se estipula multa para aquele que deixar de cumprir sua prestação ou retardá-la. Ela reveste, conseqüentemente, dupla função: reforça o vínculo contratual através da intimidação do devedor ao cumprimento de sua prestação e estabelece antecipadamente as perdas e danos. Constituir-se-á o dever de observar a cláusula penal sempre quando restar demonstrado o inadimplemento. Noutras palavras:

Em suma, os fundamentos da cláusula penal, a despeito da discussão doutrinária sobre sua finalidade precípua, são o de servir de instrumento de pré-fixação das perdas e danos e, simultaneamente, elemento de reforço do liame contratual. Para se

²⁰³ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 255.

²⁰⁴ “Cláusula penal é obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. II, cit., p. 388).

²⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, cit., p. 145.

tornar eficaz, portanto, basta a materialidade do inadimplemento ou a configuração da mora do devedor²⁰⁶.

Conforme a doutrina deduz-se do disposto nos artigos 410 e 411 do Código Civil, há duas espécies de cláusula penal. A cláusula compensatória terá eficácia nas hipóteses de inadimplemento total da obrigação, enquanto a cláusula moratória incidirá nos casos de mora ou de descumprimento de cláusula determinada²⁰⁷. Importante ressaltar que as cláusulas compensatória e moratória repercutirão consequências diversas. Ocorrendo inadimplemento total da obrigação, abre-se ao credor a alternativa de buscar o cumprimento da obrigação ou exigir o pagamento da cláusula penal. Caberá ao credor escolher entre o cumprimento da obrigação e o pagamento da cláusula penal. Note-se que a escolha pela cláusula penal afasta o mister de se demonstrar os danos sofridos, bastando que se comprove o inadimplemento. A cláusula penal compensatória estabelece previamente a indenização, prescindindo-se qualquer apuração da extensão do dano efetivamente sofrido. Por esta razão, veda-se a indenização suplementar, que terá cabimento apenas se prevista no contrato. Noutros termos,

Tendo a cláusula penal a natureza de pré-fixação das perdas e danos, vedada apresenta-se sua cumulação com outra pretensão reparatória, quando a pena convencional mostrar-se inferior ao prejuízo experimentado; a menos que as partes, expressamente, tenham previsto indenização suplementar, hipótese em que ao credor será obrigatória a comprovação do prejuízo excedente, valendo a cláusula penal como mínimo indenizatório²⁰⁸.

Se a hipótese for de mora, incidirá a cláusula penal moratória. O credor poderá cumular a exigência do cumprimento da prestação com o pagamento da

²⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, cit., p. 742.

²⁰⁷ “Podem-se distinguir duas espécies de cláusula penal: a compensatória e a moratória; a primeira referindo-se à hipótese de inexecução completa da obrigação, e a segunda, às hipóteses de descumprimento de alguma cláusula especial ou simplesmente da mora” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 2, cit., p. 269).

²⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, cit., p. 745.

multa convencional, diversamente do que ocorre com a cláusula compensatória, certo que seu desiderato é compensar o credor pelo atraso.

Não observamos óbices à exigibilidade das cláusulas penais que tenham sido estipuladas no bojo de contrato descumprido em virtude do inadimplemento antecipado²⁰⁹. É de se discutir, entretanto, a possibilidade de alteração do valor da cláusula penal.

Se o *quantum* estabelecido na multa contratual for manifestamente elevado e desproporcional ao descumprimento da obrigação, ou se a prestação foi cumprida parcialmente, o juiz deverá reduzir o montante penal. Esta a interpretação que se extrai do art. 413 do Código Civil.

Questão tormentosa, a gerar extrema palração na doutrina, é a possibilidade de se majorar a multa caso o dano efetivo seja manifestamente superior ao valor da multa. Cabem algumas ponderações acerca da diferença entre a cláusula penal compensatória e moratória. A maioria dos juristas²¹⁰ que se dedica ao tema estabelece uma relação entre a cláusula compensatória e o inadimplemento absoluto e entre a cláusula moratória e o inadimplemento relativo. Não nos parece, todavia, que esta correlação guarde alguma coerência²¹¹. Principalmente porque o art. 410, ao tratar da cláusula penal compensatória, estabelece a alternativa de se eleger a execução da multa ou o cumprimento da prestação. Ora, como se poderia franquear ao credor a postulação pelo cumprimento da prestação violada por inadimplemento absoluto?²¹² Acreditamos, pois, que não deve ser estabelecida esta ligação. O

²⁰⁹ TERRA, Aline. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 245, nota 449.

²¹⁰ Por todos, RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 2, cit., p. 270.

²¹¹ Na mesma trilha, Judith Martins-Costa acredita que “a regra agora contida no art. 410 (e, anteriormente, no art. 918) é *ius dispositivum*, isto é, pode haver pena para o caso de total inadimplemento sem ser compensatória: **só se a considera compensatória se o contrário não resulta dos termos do negócio jurídico**”. (Grifou-se). (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*: do inadimplemento das obrigações, cit., p. 437).

²¹² Referindo-se ao mesmo problema, também presente no ordenamento civilístico lusitano, Antunes Varela insurge-se contra esta correlação entre cláusula penal compensatória e inadimplemento absoluto: “A primeira impressão que se colhe da leitura do novo preceito é a de que se quis contrapor o regime da cláusula penal convencional para o caso de não cumprimento definitivo da obrigação ao regime da cláusula penal estipulada para o caso de mora. Simplesmente, reflectindo com mais atenção

que se deve perquirir, em verdade, é a intenção manifestada pelas partes ao estipular a cláusula penal²¹³. Se a multa foi instituída com o fim evidente de prefixação das perdas e danos abrangendo o próprio valor da prestação, a cláusula classificar-se-á como compensatória, e afastará qualquer discussão acerca do montante indenizatório. Pouco importa se o dano efetivo foi maior que o valor da cláusula, uma vez que o desiderato primordial das partes fora o de fixar, desde logo, o valor da indenização devida pela ausência de prestação. Nesta pactuação, as partes colimam evitar confrontos, instituindo previamente o valor das perdas e danos, que independe do valor real do dano. Para tanto, as partes conhecem e anuem com esta característica *a forfait* da cláusula. No âmbito dos contratos violados por inadimplemento antecipado, deve-se pesquisar qual o escopo da cláusula penal aposta àquela avença.

Ressaltamos que esta não é a melhor sede para se abordar tema tão controverso. Colimou-se, apenas, dar notícia da celeuma doutrinária, para concluir pela possibilidade de aplicação da cláusula penal nos casos de inadimplemento antecipado.

3.7 Prescrição

Questão tormentosa que permeia as discussões sobre o inadimplemento antecipado é a determinação do prazo prescricional. A ação corrosiva do

sobre o texto da nova disposição, verifica-se não ser esse o verdadeiro pensamento do legislador. Com efeito, para haver *cumprimento* coercitivo da *obrigação principal*, ou seja, execução específica da prestação, é por via de regra necessário que não tenha havido ainda inadimplemento definitivo, que haja simples mora no cumprimento. Se o devedor *inutilizou* ou *destruiu* a coisa que devia entregar ao credor, se a alienou indevidamente a terceiro, que, todavia, a adquiriu validamente, já não é possível obter e, por isso, o credor não irá requerer o cumprimento coercitivo da obrigação principal. Não querendo, nesse caso, decidir-se pela resolução do contrato, no caso de a obrigação ter nascido dum contrato bilateral, aquilo que o credor pode requerer é a chamada execução por *equivalente* – não o cumprimento coercitivo da obrigação” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. II, cit., p. 144).

²¹³ “A perspectiva funcional evidencia o fato de a eficácia da cláusula penal poder ser inserida, de maneira variada e complexa, em diversas funções jurídicas que – como sabemos –, constituem funções econômico-sociais dotadas de relevância jurídica” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*, cit., p. 423).

tempo está presente nas relações jurídicas, e tem como consectário a configuração do instituto da prescrição. Ao titular de um direito subjetivo não é dado valer-se de sua pretensão *ad infinitum*, atormentando a estabilidade das relações jurídicas. A prescrição surge, pois, como meio idôneo a preservar a segurança jurídica²¹⁴ das relações de intrujices perpetradas por um credor retardado.

A despeito das variegadas teorias que grassam entre os doutrinadores acerca da natureza jurídica da prescrição, é-nos possível concluir que a prescrição deve ser compreendida como a extinção da pretensão surgida da violação a um direito subjetivo, decorrente da inércia do titular daquele direito. Em melhores palavras:

Se o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo não agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção de seu crédito, extingue-se a sua *pretensão de exigibilidade* quanto ao seu direito subjetivo e permite a convalescença da lesão verificada no seu direito subjetivo²¹⁵.

Esta parece ser a melhor interpretação a ser extraída do art. 189 do Código Civil de 2002²¹⁶. Verificada uma violação a direito subjetivo, nascerá ao titular daquele direito a pretensão de exigir judicialmente a sua observância, restrita o exercício da pretensão, porém, a um prazo estipulado legalmente²¹⁷.

²¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, cit., p. 684.

²¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, cit., pp. 565-566.

²¹⁶ “Sendo assim, a redação do art. 189 explicita que, para a ocorrência da prescrição, deverá existir um direito e que, em sendo ele violado, surgirá uma pretensão para o seu titular, a qual, não sendo exercida dentro de um prazo determinado, desencadeará o fenômeno da prescrição” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, cit., p. 350).

²¹⁷ “O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer. Se, entretanto, num dado momento, ocorre a sua violação por outrem, nasce para o titular uma *pretensão* exigível judicialmente – *Anspruch*. O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a *pretensão* deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. Pela prescrição, extingue-se a pretensão, nos prazos que a lei estabelece (art. 189 do Código de 2002)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, cit., p. 682).

O inadimplemento antecipado do contrato traduz uma violação ao direito subjetivo do credor de receber a prestação devida. Desta forma, diante da quebra antecipada do contrato, o credor poderá se valer da pretensão de exigibilidade de que goza em decorrência da violação a direito seu, buscando o cumprimento da prestação devida através da tutela jurisdicional. Caso o credor permaneça inerte durante determinado lapso temporal, a lei determina o perecimento da pretensão de exigibilidade²¹⁸. Cumpre indagar, nesta esteira, qual o prazo prescricional a ser observado nos casos de inadimplemento antecipado. Parece-nos ser o de três anos, contemplado pelo art. 206, § 3º, V do Diploma Civilístico. Este dispositivo estabelece o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil. O legislador colimou abranger em um único dispositivo as pretensões de reparação em responsabilidade contratual e aquiliana, sendo “importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito”²¹⁹. Nesta esteira, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela incidência do prazo trienal nas hipóteses de inadimplemento contratual:

DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL SEM CONDIÇÕES DE USO IMEDIATO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ILÍCITO CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. OCORRÊNCIA. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICABILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Configura-se ação de reparação de dano por ato ilícito contratual aquela em que o locador visa cobrar do ex-locatário despesas referentes a danos causados no imóvel locado. Precedente do STJ. 2. **Nas ações de reparação de dano por ilícito contratual, o prazo prescricional é de 3 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.** 3. Hipótese em que a ação foi ajuizada quando já ultrapassados mais de 3 (três) anos da devolução do imóvel locado, o que importa na

²¹⁸ Deve-se ressaltar que o inadimplemento antecipado não se submete ao disposto no art. 199, II do Código Civil de 2002, pois, como já foi exaustivamente comentado, o comportamento do devedor conducente à quebra antecipada do contrato implica na desconsideração do benefício do termo, culminando com a imediata exigibilidade da prestação.

²¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, cit., p. 407.

prescrição do próprio fundo de direito pleiteado na inicial. 4. Agravo improvido²²⁰. (grifou-se).

A aplicação do prazo trienal aos casos de inadimplemento contratual não é serena, havendo inclusive julgados dissonantes no próprio Superior Tribunal de Justiça²²¹, que já decidiu pela aplicação do prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Reiteramos, todavia, nossa crença na aplicação do prazo de três anos, em razão do descumprimento contratual ensejar reparação civil, nos exatos termos do art. 206, § 3º, V do mesmo Diploma.

Há, ainda, um outro dilema a ser abordado no que concerne à prescrição no inadimplemento antecipado: a determinação do *dies a quo* do prazo prescricional. Precisar o momento do início da contagem do prazo de prescrição em matéria de inadimplemento antecipado é tarefa árdua, sobre a qual a doutrina não tem se debruçado. Arriscamo-nos a fazer algumas anotações acerca deste tema, apenas à guisa de apresentação do problema.

No que pertine ao inadimplemento antecipado oriundo de manifestação expressa de não adimplir do devedor, estipular o início do prazo não suscita grandes dúvidas. A manifestação expressa do devedor dá-se em um momento certo e preciso, e é neste que se configurará a violação ao contrato, o incumprimento do pactuado. Uma vez exarada a manifestação de não adimplir, conforma-se a violação ao direito creditório, iniciando-se a partir de então o prazo prescricional.

A dificuldade em se estabelecer o *dies a quo* do prazo prescricional está nos casos de inadimplemento antecipado derivado de comportamento concludente do devedor. Quando o comportamento concludente resultar em perda do objeto da prestação, o prazo terá fluência a partir do momento do

²²⁰ STJ, 5ª Turma, AgRg no Ag n.º 1085156-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 03.03.2009.

²²¹ A título de ilustração, confira-se: STJ, 3ª Turma, REsp n.º 633.174-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 02.12.2004.

perecimento do objeto. Imaginemos a encomenda de uma aeronave para ser entregue no prazo de seis meses. Se no segundo mês o galpão no qual estava sendo construído o avião vier a se incendiar por culpa do fabricante, a destruição da aeronave corresponderá à perda do objeto da prestação, e consequente violação ao direito creditório. É a partir deste instante que deverá correr o prazo de prescrição. Entrementes, quando o comportamento concludente importar em perda da utilidade da prestação, a fixação do termo inicial do prazo mostra-se espinhosa. Pense-se numa compra e venda de unidade habitacional, a ser concluída em dois anos. Sabemos que uma inércia prolongada das obras poderá ensejar o inadimplemento antecipado, pois o atraso significativo implicará em perda da utilidade da prestação. Como determinar, porém, o exato momento no qual houve a perda da utilidade? Quando será que o atraso deixou de ser normal e tolerável e passou a ser abundante e violador da obrigação? Fortunato Azulay noticia que doutrina e jurisprudência estadunidenses determinam o início do prazo prescricional no dia do vencimento da obrigação²²². Ou seja, pouco importaria se o inadimplemento se deu antes do advento do termo, o prazo prescricional continuaria a correr a partir do vencimento programado no contrato. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu de maneira semelhante, aplicando o mesmo raciocínio aos casos de vencimento antecipado da dívida:

Embargos à execução. Vencimento antecipado. Prescrição. Precedentes da Corte. 1. No que concerne ao vencimento antecipado, os artigos 572 e 614, III, do Código de Processo Civil, não foram prequestionados. 2. O fato de ter o representante legal da executada falecido após a citação e ter havido requerimento para suspensão do feito, com ordem de nova citação, não desqualifica a citação já efetuada, sendo certo, ademais, que **o vencimento antecipado da dívida não altera a prescrição do título que é contada da data do seu vencimento certo nele indicada**. 3. Recurso especial não conhecido²²³. (grifou-se)

²²² AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*, cit., p. 135.

²²³ STJ, 3ª Turma, REsp n.º 650.822-RN, Rel. Min. Menezes Direito, julg. 22.02.2005.

Conclusão

É tempo de se proceder à releitura do direito obrigacional, adotando-se como novo critério hermenêutico os valores agasalhados pelo Diploma Constitucional, em detrimento do forte caráter patrimonialista que sempre imbuíu o direito das obrigações. Os reveses experimentados durante o império do caráter mercantilista e patrimonialista das obrigações culminou com a perplexidade dos juristas, que “passaram a incutir, gradativamente, no direito obrigacional preocupações valorativas que, irradiadas dos textos constitucionais, vieram impor maior solidarismo e eticidade nas relações privadas”²²⁴.

O princípio da boa fé objetiva torna-se o vetor cardinal da exegese obrigacional²²⁵. O ranço patrimonialista cede passo ao solidarismo social que, através da boa fé objetiva, promove um ambiente de segurança e cooperação nas relações obrigacionais, proporcionando uma adequada tutela do crédito, o que acarretará na admissibilidade da figura do inadimplemento antecipado. Foi por esta perspectiva que se empreendeu um estudo crítico acerca do inadimplemento antecipado, do qual podemos extrair as seguintes conclusões:

1. A incidência de novas pautas interpretativas sobre a relação obrigacional caracteriza a verificação de diversos deveres que passam a compor uma realidade orgânica e complexa. A obrigação deixa de considerar apenas o dever de prestação principal, acolhendo outros tantos deveres que buscam propiciar a cooperação entre as partes e garantir o escoeito caminho

²²⁴ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., p. 5.

²²⁵ Referindo-se às novas tarefas cometidas ao intérprete, Schreiber remata: “Compete-lhe empreender a releitura da disciplina do direito obrigacional, especialmente a partir do recurso às normas constitucionais e às cláusulas gerais instituídas, ainda que de forma acanhada, pelo legislador de 2002. E, neste particular, não resta dúvida de que os mais significativos avanços têm sido promovidos por meio da boa-fé objetiva, verdadeira tábua de salvação contra as injustiças albergadas pela dogmática tradicional das obrigações” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., p. 6).

em direção ao adimplemento. Lê-se a obrigação como um processo, uma sequência de deveres imbricados, cuja observância mostra-se fundamental à obtenção da prestação devida. Portanto, além daqueles deveres clássicos relacionados ao cumprimento da prestação principal, surgem deveres instrumentais, oriundos do princípio da boa fé objetiva, cujo escopo é possibilitar o resultado útil pretendido, satisfazendo-se os interesses globais na prestação.

2. Este novo espectro de deveres obrigacionais despertou nos juristas funda controvérsia no que pertine ao seu fundamento dogmático, procurando identificar de que modo o surgimento destes deveres instrumentais iria influir no âmbito do adimplemento e do incumprimento. Alguns autores, arrimados na doutrina de Staub, afirmaram a necessidade de criação de uma nova categoria de inadimplemento que compreendesse a violação aos deveres instrumentais. Através da teoria da violação positiva do contrato as figuras do inadimplemento absoluto e da mora permaneceriam relacionadas à violação dos deveres da prestação principal, enquanto a inobservância culposa dos deveres laterais estaria acolhida por uma terceira espécie de inadimplemento. Outros juristas acreditam na leitura funcionalizada do adimplemento, que passa a exigir o cumprimento de todos os deveres contidos na obrigação para que se verifique a satisfação integral das partes. Para esta corrente, a violação a um dever obrigacional seja ele principal ou instrumental, caracterizaria o inadimplemento, pois o resultado pretendido, a prestação devida estaria impossibilitada em razão do descumprimento do dever. Demonstrou-se que, apesar do profícuo debate, parece-nos que sua relevância é apenas teórica, não importando grandes diferenças práticas.

3. Observadas estas premissas básicas à compreensão, procedeu-se à sua estruturação sistemática do inadimplemento antecipado, identificando-se seus requisitos elementares. Os elementos objetivos podem ser: a) declaração expressa do devedor de não adimplir, na qual o devedor manifesta sua vontade

no sentido oposto ao do adimplemento da obrigação; b) comportamento concludente do devedor que corresponde a qualquer conduta comissiva ou omissiva que importe na inviabilidade da prestação. Esta será auferida ora pela impossibilidade de cumprimento da prestação, ora pela perda de sua utilidade para o credor. Finalmente, a conduta do sujeito passivo deve ser informada pela culpa, sendo esta o elemento subjetivo do inadimplemento antecipado.

4. Após a caracterização dos elementos que possibilitam a configuração do inadimplemento anterior ao termo, passou-se à determinação da natureza jurídica do instituto, observando-se três correntes doutrinárias: a) a primeira a considerar o inadimplemento antecipado como hipótese de pré-inadimplência, cominando-lhe as consequências do vencimento antecipado da dívida. Esta corrente não merece prosperar, vez que a situação de pré-inadimplência é caracterizada pelo enfraquecimento das garantias da dívida, e não por verdadeiro inadimplemento da obrigação; b) a segunda corrente toma a quebra antecipada como uma das hipóteses de violação positiva do contrato. Preferimos reconhecer como principal fundamento desta corrente o fato de que, no inadimplemento antecipado, há evidente violação aos deveres instrumentais de lealdade e probidade; c) a terceira corrente compatibiliza a concepção alargada do adimplemento com a funcionalização do termo. O devedor que dê causa a um dos elementos objetivos do inadimplemento antecipado não deve ser contemplado com o benefício do termo. A caracterização do inadimplemento antecipado rompe com a utilidade do termo, tornando a prestação imediatamente exigível. Este argumento é louvável e digno de aplausos, pois permite que se afaste a incidência do termo, colimando-se uma tutela do crédito mais eficaz. Para esta corrente, pois, o inadimplemento anterior ao termo seria considerado como hipótese de inadimplemento absoluto ou mora, conforme o caso.

5. Os autores costumam identificar a boa fé objetiva como fundamento do inadimplemento antecipado. Demonstramos que há outro fundamento,

decorrente da própria boa fé objetiva, que serve de substrato para a compreensão da quebra antecipada, qual seja, o dever de mitigação dos danos. A figura da quebra antecipada do contrato surge como mecanismo para que o credor evite que os danos causados pelo comportamento do devedor ganhem maiores proporções. A invocação do inadimplemento deixa de ser apenas um direito e passa a ser um verdadeiro dever do credor, imputando-se-lhe os danos excedentes decorrentes de sua desídia face ao inadimplemento antecipado.

6. Verificou-se que o inadimplemento anterior ao termo se aplica aos contratos bilaterais e unilaterais quando marcados por termo inicial de adimplemento.

7. A quebra antecipada do contrato poderá ensejar a resolução da relação contratual ou o cumprimento da prestação, ambos acompanhados pela indenização por perdas e danos. Cada uma destas soluções dependerá do elemento objetivo que caracterizar o inadimplemento. Se se tratar de comportamento concludente, a gerar impossibilidade da prestação ou a perda de sua utilidade para o credor, a hipótese será de resolução do contrato. Configurado o inadimplemento antecipado por declaração expressa do devedor de não adimplir, o credor poderá buscar o cumprimento da prestação se a obrigação for fungível e não estiver submetida a termo essencial. Se a obrigação for personalíssima ou estiver subordinada a termo essencial, a declaração expressa do devedor apenas ensejará a resolução do contrato. Defendeu-se que, independentemente da teoria adotada para explicar o inadimplemento antecipado, se da violação positiva do contrato ou se do adimplemento alargado, é viável o recurso à execução específica.

8. Tratou-se, ligeiramente, da cláusula penal no âmbito do inadimplemento antecipado para conceber sua aplicabilidade. Também referimos à prescrição, buscando identificar os marcos iniciais da contagem do prazo.

Bibliografia

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.
- ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 275-302, 2005.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 4ª. ed, Coimbra: Almedina, 1984.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 4ª ed. atual., Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1972.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6ª ed. rev. aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. vol. I, 10. ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *Das Obrigações em Geral*. vol. II, 7. ed. reimp., Coimbra: Almedina, 1997.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- AZULAY, Fortunato. *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Brasília/Rio, 1977.
- BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, pp. 68-78, out./dez., 1994.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, Seus Elementos e Suas Fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 1-28, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on Contracts*. New Haven: West Publishing Co., 1952.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 19, pp. 127-145, ago./dez. 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. II, 6ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. t. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- MARCARTO, Antonio Carlos (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, v. 2, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no Direito brasileiro. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 391, ano 103, mai./jun. 2007, pp. 159-188.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. vol. V, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, *Revista Estado, Direito e Sociedade*, n. 1, Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 1991, pp. 126-163.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NEGREIROS, Teresa. O Princípio da Boa-fé Contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 221-253, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. 22ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 20ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. v. III, 12ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. II. 30ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002.
- SAVI, Sérgio. Inadimplemento das Obrigações, Mora e Perdas e Danos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 457-488, 2005.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. *A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 32, pp. 3-27, out./dez. 2007.

- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil* Temas de Direito Civil. t. 1, 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, pp 1-25.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 29-44, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*, Rio de Janeiro: Aide, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. 2, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004.