

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

DOUGLAS TELES PIMEL

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

Caxias do Sul (RS)

2018

DOUGLAS TELES PIMEL

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

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Orientadora: Prof^a. Ma. Michele Amaral Dill

Caxias do Sul (RS)

2018

DOUGLAS TELES PIMEL

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

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Orientadora: Prof^a. Ma. Michele Amaral Dill

Aprovado em ____/____/____

Banca examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais pelo sempre presente incentivo em todas decisões por mim tomadas.

À minha esposa que viveu os últimos momentos deste trabalho com a paciência e apoio necessários.

À minha orientadora Prof^a. Ma. Michele Dill por não ter desistido da orientação em momentos de grande apreensão por parte deste.

À minha professora Cláudia Hansel que me ajudou nos primeiros passos deste trabalho, com o carinho que lhe é peculiar.

À todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram não só quando do desenvolvimento deste trabalho de conclusão, mas sim em todo meu processo de formação acadêmica.

Obrigado!

“Por isso me saí da longa odisseia sem créditos de Ulisses.”

Rui Barbosa

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo analisar o inadimplemento antecipado do contrato aplicável no Brasil, frente aos princípios do direito civil brasileiro, mormente o da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio econômico entre os contratantes e da vedação ao enriquecimento ilícito. Assume-se o ponto de vista da obrigação como um processo complexo, composta de fases em que a denominação de credor e devedor é dinâmica, a depender dessas fases e obrigações. O estudo consiste em pesquisa bibliográfica de autores internacionais e, em maior escala, nacionais, combinando as teses modernas e autores clássicos. No decorrer do trabalho são analisados os princípios gerais do direito civil e a teoria geral dos contratos, quanto à sua formação, elementos e extinção. Abordam-se os conceitos de mora e inadimplemento e, por fim, a aplicação do inadimplemento antecipado do contrato no direito civil, composto de pressupostos, elementos e efeitos, almejando responder o problema de pesquisa proposto, qual seja, se a atual aplicação da teoria da nova configuração de inadimplemento se coaduna com os princípios do direito civil brasileiro.

Palavras-chave: Inadimplemento antecipado. Princípios de direito civil. Resolução contratual.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	8
2	DOS PRINCÍPIOS	10
2.1	INFLUÊNCIA DO ESTADO SOCIAL	11
2.2	PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL	12
2.2.1	Boa-fé objetiva	12
2.2.2	Função social do contrato	16
2.2.3	Equilíbrio econômico do contrato	18
2.2.4	Vedação do enriquecimento sem causa	20
3	DOS CONTRATOS	22
3.1	FORMAÇÃO.....	22
3.2	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	24
3.2.1	Elementos subjetivos	24
3.2.2	Elementos objetivos	25
3.3	EXTINÇÃO CONTRATUAL POR PAGAMENTO	25
3.4	MORA.....	26
3.5	INADIMPLEMENTO ABSOLUTO.....	29
3.5.1	Efeitos	30
4	DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO DO CONTRATO	32
4.1	ORIGEM DA TESE.....	32
4.2	INADIMPLEMENTO ANTECIPADO NO BRASIL	33
4.2.1	Pressupostos	33
4.2.2	Elementos	36
4.2.3	Efeitos	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
6	REFERÊNCIAS	50

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após a Segunda Guerra Mundial uma nova forma de ver o direito surgiu, deixando o positivismo em segundo plano e voltando a atenção aos princípios formadores das normas jurídicas. Agora já não cabe apenas saber se determinada norma está em aparente conflito com outra superior, mas antes, se determinada norma está de acordo com os princípios constitucionais e gerais do Direito.

Em nosso diploma civilista atual inexistente norma expressa que possibilite ao credor a decretação de inadimplemento do devedor em determinado contrato antes do termo pactuado. Porém, é preciso observar que em contratos cujo lapso temporal entre sua formação e extinção é muito extenso, há variáveis de todo gênero que podem levar o devedor à impossibilidade do cumprimento da obrigação, não sendo viável a manutenção do contrato até o prazo final, por razões econômicas, sociais, entre outras.

A Copa do Mundo de Futebol, realizada no Brasil, no ano de 2014, demonstrou claramente a todos os cidadãos a baixa efetividade das empresas brasileiras para cumprimento de grandes obras de infraestrutura, tanto no viés qualitativo como no tempo para o encerramento. Em 2017, três anos após a realização do evento, ainda há obras não finalizadas¹.

O exemplo da Copa do Mundo é apenas um, talvez o mais evidente no contexto do Brasil, entretanto, atrasos e não conclusões de contratos acontecem diariamente, gerando um custo econômico às vezes extremamente acima do devido e esperado inicialmente, quando da assinatura do acordo. Além de complicações para terceiros, já que todos os contratos devem seguir o princípio da função social, estreado pelo Código Civil de 2002² (CC/2002).

Ao contrário do que possa parecer, a importância do estudo do inadimplemento antecipado não se limita aos interesses do credor, mas aos dois polos do contrato. Ao credor, que ante a impossibilidade de cumprimento por parte do devedor precisa estabelecer novo contrato com outra pessoa; e ao devedor, que para diminuir seus custos desnecessários e taxa de juros, buscando, até mesmo um

¹ LEMES, Daniela. **Obras da Copa não têm previsão para serem finalizadas**. 2017. Grupo Bandeirantes.

Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/rs/noticia/100000845569/obras-da-copa-nao-temprevisao-para-serem-finalizadas.html>>. Acesso em: 03 março 2017.

² BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. – Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm, acesso em 03/05/18.

acordo mais vantajoso, em tempos de conciliação.

Na jurisprudência brasileira há poucos julgados aplicando a teoria do inadimplemento antecipado. Os civilistas nacionais possuem poucas obras especializadas sobre essa importante teoria, o que relega a instrução para acadêmicos de mestrado ou doutorado ainda pouco influentes e com visão positivista, dando aos princípios um capítulo pequeno em seus trabalhos, quando o fazem.

Ao contrário de alguns escritores nacionais que tratam do tema, tentando adaptar a teoria do *Anticipatory Breach of Contract* dentro do ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho busca analisar se a teoria está de acordo com os princípios gerais do direito civil, posto que a ausência de lei expressa não impede a aplicação em julgados e diante da expansão mundial do tema, o Poder Legislativo brasileiro pode vir a alterar o Código Civil para integrá-lo.

Desta forma, o trabalho segue dividido em três capítulos. O primeiro busca caracterizar os mais relevantes princípios do direito civil, tais como o da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio econômico entre as partes e a vedação ao enriquecimento sem causa; o segundo faz uma breve análise da teoria geral dos contratos, com vista a destacar os elementos necessários e principais institutos, como a mora e o inadimplemento absoluto; o terceiro traz efetivamente a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado do contrato no panorama brasileiro, bem como suas principais características e adequação aos princípios jurídicos do direito civil brasileiro.

2 DOS PRINCÍPIOS

Após a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), com a experiência negativa do positivismo que legitimava as práticas autoritárias, porque previstas em lei, houve o surgimento do período ainda em construção chamado de neoconstitucionalismo.³

Barroso⁴, analisando os novos paradigmas do direito constitucional contemporâneo, elenca três grandes mudanças e duas merecem atenção neste trabalho: (a) a superação do formalismo jurídico e (b) o advento de uma cultura jurídica pós-positivista.

No positivismo havia uma ideia, explica Barroso, de que a norma jurídica positivada era a pura expressão da justiça e que bastava “juntar” o fato à norma previamente estabelecida para se operar a justiça. Na experiência histórica do direito houve a superação do formalismo jurídico (a) e o entendimento de que a norma expressa apenas representa um interesse momentâneo de grupo de pessoas e não mais o ideal de justiça. Também se consolidou a ideia de que o ordenamento não contempla todos os fatos da vida e, portanto, as resoluções dos conflitos dependem da argumentação interpretativa das normas.

Desta superação do formalismo jurídico surgiu o problema da lacuna do ordenamento. Já que não estão previstas todas as hipóteses factíveis no ordenamento, imperioso buscar a solução afora dele. Daí o advento da cultura pós-positivista. Esta religa o direito à moral e a outras áreas do conhecimento, diversas ao mundo jurídico propriamente dito.

Segundo Barroso:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4939-6/cfi/5!/4/4@0.00:51.4>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy*. In: ALEXY, Robert et al. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5703-2/cfi/6/10!/4/4@0:85.7>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

Assim, ocorre a revalorização dos princípios, que deixam de ser normas subsidiárias e passam a assumir o que realmente são: princípios. E todas as normas devem estar de acordo com estes.

2.1 INFLUÊNCIA DO ESTADO SOCIAL

Outro importante fator de modificações da ciência do direito, e este com especial influência no direito contratual, é o advento do Estado Social, em contrapartida ao Estado Liberal.

A teoria do Estado Social recebe grande influência do sociólogo Karl Marx, entretanto não se limita às suas teorias que, cada vez mais, tem sido derrubada pela evolução do conhecimento⁵.

Foi com Durkheim que a superação do individualismo, sustentado pelo Estado Liberal, passou a dar espaço para o Estado Social e suas diretrizes de colaboração e justiça.⁶

O liberalismo partia do pressuposto ideal de que os contratantes eram iguais, paritários e que, portanto, seu contrato estava exatamente de acordo com suas declarações de vontade. Assim, não caberia ao Estado intervir no contrato, salvo em casos de coação. Porém, com o advento da massificação, houve a criação dos contratos de adesão e a natural exploração contratual.⁷ Daí a necessidade da intervenção estatal.

Com o surgimento dos contratos de adesão voltou-se a atenção aos

⁵ “A formação do Estado social, a despeito de sofrer uma influência inegável do marxismo dele rompeu com a teoria de deslocamento de propriedade, abraçando a busca da igualdade não pela absoluta planificação econômica ou estatização dos meios de produção, senão por uma designação política democrática balizadora de igualdade, recuperada nas lições de Roussau. ” (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção professor Agostinho Alvim). Coord. Renan Lotufo. p. 96)

⁶ Ibid., pp. 98 - 101

⁷ Ibid., p. 101.

pressupostos dos contratos paritários e o entendimento de não ser este algo restrito a apenas um documento, mas fruto de uma complexa relação entre os contratantes. Assim, o contrato, e de forma mais abrangente, as obrigações, passam a ser vistas como um processo. Aqui a importância da obra de Clóvis Vieira do Couto e Silva, que ao cunhar a expressão e a visão da obrigação como um processo, composto de fases e onde credor e devedor são distinções dinâmicas que alteram de acordo à fase contratual e as obrigações correspectivas.

Coerente a essa visão pontua Lotufo:

O contrato é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento de cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da cumutatividade, há que se preservar a igualdade dos sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais.⁸

A partir do Estado menos individualista poderá o juiz analisar os fatos e interpretar o contrato como um processo e, portanto, a aplicação dos princípios, como já destacado, durante sua formação, desenvolvimento e após a conclusão do mesmo. Daí vem a regra mantenedora da boa-fé no Código Civil de 2002.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL

Nessa nova ótica do Direito advinda da ideia de Estado Social e da Constituição Federal do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002 incorporou os princípios que visam, além da circulação de riqueza, um vínculo de confiança entre as partes e frente a terceiros, como forma de alcançar-se o princípio magno do direito social, a dignidade da pessoa humana.

2.2.1 Boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva talvez seja o grande princípio do direito civil contemporâneo. Nem por isso pode-se presumir uma importância subalterna em outros tempos. Já no direito romano o *indicium bonae fidei* gerava efeitos diversos⁹

⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9

⁹ ALVES, José Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 422.

no campo das obrigações.

Na doutrina clássica, preocuparam-se os pensadores com a distinção entre a boa-fé subjetiva e objetiva, sendo a última predominante no ordenamento jurídico.

Em Cordeiro¹⁰ temos a primeira característica distintiva da boa-fé subjetiva. Aquela corresponde a “uma qualidade ao sujeito”, enquanto a objetiva corresponderia a uma regra de comportamento. Ao encontro, Reale¹¹ ensina que a boa-fé subjetiva “corresponde a uma atitude psicológica”, ou seja, de conhecimento íntimo do agente e, com presteza, define a boa-fé objetiva:

Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.

Venosa, destacando sua habilidade exemplificativa, clarifica a distinção da boa-fé objetiva:

na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.¹²

Sendo a boa-fé subjetiva uma qualidade da pessoa, somente percebido por ela própria em sua dimensão psicológica, em matéria contratual prevalece a boa-fé objetiva¹³ para análise das questões de formação, desenvolvimento, extinção¹⁴ e

¹⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 407.

¹¹ REALE, Miguel. **Função social do contrato**. 2003. Artigo publicado na página oficial. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009774/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 21 out. 2017. p. 19.

¹³ “Não se esqueça, contudo, de que haverá uma proeminência da boa-fé objetiva na hermenêutica, tendo em vista o vigente descortino social que o presente Código assume francamente.” (VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. II (Coleção direito civil) Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000527/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em:

interpretação dos contratos¹⁵.

A doutrina distingue três funções da boa-fé: (a) interpretativa dos contratos, (b) caracterizador dos deveres anexos e (c) limitadora de exercícios de direitos subjetivos¹⁶.

Fernandes observa que *por ser uma emanção de duas distintas declarações de vontade, o contrato pode pedir interpretação*. Deste modo, o mesmo ensina que interpretar é dar um sentido às declarações de vontade e determinar seus outros significados e alcances.¹⁷

A função interpretativa da boa-fé está prevista no art. 113 do Código Civil¹⁸. Deste modo, se os negócios jurídicos devem ser interpretados à luz da boa-fé, esta adquire função interpretativa e até, integradora.¹⁹

Esta importante função tem por objetivo, ante uma norma dúbia, delinear a interpretação para o sentido mais ético e coerente. Nas palavras de Couto e Silva²⁰, “cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta [...] e de evitar-se subjetivismos e o psicologismo...”.

Em sentido idêntico, Martins assevera que:

Inegavelmente, a interpretação abandona o plano psicológico desconhecido e inseguro, rumo ao plano normativo concreto e passível de correção, quando seu conteúdo não estiver em acordo com as normas imperativas ou quando o comportamento da parte destoar do que declarou. Em outras palavras: o sistema de interpretação normativo autoriza e exige a interpretação da normatividade das partes.²¹

Completa-se a figura da interpretação a integração, que são praticamente

18 maio 2017.).

¹⁴ Art. 422 do CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁵ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **A eficácia dos direitos fundamentais nos contratos civis e de consumo: uma teoria contratual baseada na colisão dos direitos ou bens constitucionalmente protegidos**. 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/13877>>. Acesso em: 25 jun. 2017, p. 211.

¹⁶ MARTINS, op. cit., p. 341

¹⁷ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: contratos**. Caxias do Sul: Educ, 2011. p. 89

¹⁸ Art. 113 do CC: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

²⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35

²¹ MARTINS, op. cit., p. 342.

impossíveis de determinar quando o juiz está aplicando o “subtipo” interpretativo ou integrativo.²²

Para caracterização da segunda função (b), será necessária a observação dos deveres de conduta, de ambas as partes, devedor e credor. É o caso do dever de cooperação, que estimula, além do respeito, um sentido de ajuda recíproca para o contrato possa “nascer, viver e morrer” naturalmente, como a exemplo o art. 479 CC/2002²³.

A boa-fé será cumprida a medida que os deveres anexos, invisíveis, que não estão fixados no contrato, são também cumpridos. Nesse sentido,

Mesmo que determinada relação obrigacional traga consigo um único objeto, uma única prestação, existem deveres outros que, independentemente de previsão expressa no contrato, impõem-se aos sujeitos, por razões sociais e principalmente éticas, decorrentes do próprio ordenamento jurídico.²⁴

Martins exemplifica alguns deveres laterais

como deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação e prestação de contas; deveres de cooperação; deveres de proteção e cuidado; deveres de omissão; deveres de guarda em sentido estrito (guarda, depósito, conservação); deveres de proteção em sentido estrito; deveres de colaboração; deveres de assistência.²⁵

Dentre esses, Martins destaca o dever anexo de cooperação, como já citado, no qual prescreve que as partes, e principalmente o credor, devem cooperar mutuamente para que contrato tenha seu destino cumprido naturalmente. Trata-se de uma evolução e de um certo ônus para o credor, já que não mais pode ficar inerte as tentativas de cumprimento por parte do devedor.

Martins ressalta ainda o dever de informação. Esse dever é próprio do direito

²² COUTO e SILVA. op. cit., p. 36.

²³ Art. 479 do CC: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”

²⁴ LEAL, Adilson et. al. **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**: Aspectos polêmicos. São Paulo: Atlas, 2014. Coord. Fátima Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486434/cfi/17!/4/4@0.00:3.24>>. Acesso em: 28 ago. 2017., p. 07.

²⁵ MARTINS, op. cit. pp. 348 – 349.

do consumidor, que deve ser informado da melhor maneira possível sobre as condições do contrato, especialmente quanto aos de adesão. Assim, o devedor não deve ser surpreendido quando da execução do contrato, sob pena de o mesmo ser considerado abusivo.²⁶

E, por fim, a última função (c) sugere uma forte ligação com o abuso de direito, em que Martins chama de infringir o espírito do ordenamento, cumprindo a lei apenas em seu aspecto formal. Veda, portanto, as cláusulas abusivas e geralmente impostas pela parte mais forte da relação contratual.

O Código Civil, contemplando esta função da boa-fé, reconhece a cláusula abusiva como ato ilícito no art. 187 do CC/2002.²⁷

2.2.2 Função social do contrato

O segundo princípio observado neste trabalho diz respeito à função social do contrato. Este princípio teve, objetivamente, origem da Constituição Federal de 1988²⁸ que em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII assegura o direito à propriedade com atenção a função social da mesma. Asseverou Reale que o princípio da função social da propriedade só se efetiva “se igual princípio for estendido aos contratos.”²⁹

Ainda no aspecto histórico, Venosa³⁰ observa que o princípio da função

²⁶ Recurso Inominado. Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Contrato De Transporte Aéreo. Cancelamento de passagem aérea de volta. Consumidor que remarcou a passagem de ida, pagando inclusive a taxa cobrada. Cancelamento unilateral da passagem de volta pela recorrente em razão de “no show” na viagem de ida, tendo de adquirir novas passagens. Relação de consumo. Falha na prestação do serviço. Ausência no dever de informação. Responsabilidade objetiva. Abuso e descaso com o consumidor. Danos materiais devidos. Aplicável ao caso o enunciado 4.1 das turmas recursais. Danos morais configurados. Dever de indenizar. Manutenção do quantum arbitrado. Sentença mantida.

Recurso conhecido e desprovido, decidem os Juízes integrantes da 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste voto. (TJPR – 1ª Turma Recursal - 0000563-52.2013.8.16.0184/0 - Curitiba - Rel.: LEO HENRIQUE FURTADO Araújo - J. 07.10.2014).

²⁷ “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²⁸ MATTIETTO, Leonardo. **Princípios do direito obrigacional: função social e relatividade do contrato**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, n. 7, p.195-210, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista07/Docente/06.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 241 e s.

²⁹ REALE, Miguel. **Função social do contrato**. 2003. Artigo publicado na página oficial. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

³⁰ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (Coleção direito civil; v. 2). Disponível em:

social do contrato tem como referencial o Código Civil francês de 1804 e age como uma espécie de “freio” na liberdade contratual, em consideração ao interesse social.

É que, embora o princípio da boa-fé tenha distinção como um dos três novos princípios inaugurados pelo Código Civil de 2002, esta limita-se aos sujeitos do contrato. Diferente ocorre com o princípio da função social, previsto no art. 421 do CC/2002.

Theodoro Júnior³¹ diferencia boa-fé e função social justamente em relação aos sujeitos:

a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (*terceiros*) e não apenas no campo das relações entre as partes que a estipulam (*contratantes*). Já o princípio da boa-fé fica restrito ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico.

Desse modo, é aceitável que a razão de ser da função social é a primazia do interesse público sobre o privado. Azevedo, antes mesmo da vigência da lei civil atual, destacou que o princípio da função social “trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade³²”.

Importante lembrar que, mesmo sob prisma da função social, o contrato tem como objetivo único a circulação de riquezas³³ e não se confunde objetivo com função. Não obstante o objetivo dos contratos e o princípio da *pacta sunt servanda*, os efeitos dos contratos refletem-se na sociedade³⁴.

Theodoro Júnior elenca um rol exemplificativo de situações até certo ponto banal que infringem o princípio da função social do contrato:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000527/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 18 maio 2017., p. 431

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008., p. 31.

³² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p.113-119, abr. 1998. v. 750.

³³ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 35.

³⁴ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625259/cfi/4!/4/4@0:00:7.91>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

- a) induzir a massa de consumidores a contratar a prestação ou aquisição de certo serviço ou produto sob influência de propaganda enganosa;
- b) alugar imóvel em zona residencial para fins comerciais incompatíveis com o zoneamento da cidade;
- c) alugar quartos de apartamento de prédio residencial, transformando-o em pensão;
- d) ajustar contrato simulado para prejudicar terceiros;
- e) qualquer negócio de disposição de bens em fraude de credores;
- f) qualquer contrato que, no mercado, importe o exercício de concorrência desleal;
- g) desviar-se a empresa licitamente estabelecida em determinado empreendimento, para a contratação de operações legalmente não permitidas, como, *v.g.*, uma faturadora que passa a contratar depósitos como se fosse instituição bancária; ou a instituição financeira que, em lugar das garantias reais permitidas pela lei, passa a adotar o pacto de retrovenda ou o compromisso de compra e venda, burlando assim a vedação legal do pacto comissário;
- h) a agência de viagens que sob a aparência de prestação de serviço de seu ramo, contrata na realidade o chamado “turismo sexual”, ou a mediação no contrabando ou em atividades de penetração ilegal em outros países;
- i) enfim, qualquer tipo de contrato que importe desvio ético ou econômico de finalidade, com prejuízo para terceiros.

Em todos exemplos trazidos pelo doutrinador pode-se perceber que o contrato extrapola os limites dos sujeitos contratantes com prejuízo a terceiros. Em grande parte, também fere o princípio da boa-fé.

Quanto aos efeitos jurídicos de um contrato que se desviou da função social, esses podem ser de dois tipos: nulidade ou ineficácia. No exemplo a, supracitado, certamente o contrato entre a agência de propaganda e o lojista, levaria os consumidores a erro, sendo causa de anulabilidade³⁵. Já no exemplo H, acima, podemos dizer que trata-se de causa de nulidade do negócio jurídico, segundo art. 166, III do Código Civil³⁶.

2.2.3 Equilíbrio econômico do contrato

O terceiro princípio a ser analisado neste trabalho teve sua positivação na mesma esteira dos anteriores. O equilíbrio do contrato não estava previsto na ordem civil de 1916, que ainda refletia ideias puramente liberais. No afã de uma justiça

³⁵ Art. 138 do CC: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”

³⁶ Art. 166 do CC: “É nulo o negócio jurídico quando: III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;”

contratual, passou o Estado a interferir paulatinamente nas relações privadas e a vontade contratual posta em condições.

O equilíbrio contratual é um princípio clássico do direito administrativo, que tem sido incorporado no direito privado, a exemplo dos artigos 478 e 479 do CC/2002. Deriva de outros princípios relacionados ao da eticidade, sobretudo do princípio da equivalência e proporcionalidade, e sua aplicação só se mostra necessária nos contratos sinalagmáticos³⁷.

Karl Larenz aponta o problema dos contratos sinalagmáticos: encontrar uma “prestação e contraprestação”³⁸ equivalente entre os contratantes sem perder-se do objetivo contratual, uma vantagem econômica. Assinala que no Código Civil alemão, a “extraordinária desproporção” pressupõe dolo da parte favorecida:

A la desproporción extraordinaria hay que añadir que la parte favorecida haya explotado - lo que presupone que la haya conocido - una situación de necesidad de la otra parte, su inexperiencia, su situación de penuria frente a una ejecución de sentencia o a una considerable debilidad en la voluntad.³⁹

Ora, situações como as assinaladas, da mesma forma como o princípio da função social do contrato, produzem efeitos variáveis de nulidade e anulabilidade. Entretanto, cabe aqui uma observação feita por Martins (2009, p. 367) de que deve ser muito cuidadoso ao se interpretar o equilíbrio econômico contratual segundo a luz do princípio da boa-fé, sob o risco de “grave e indevida intromissão do Poder Público”⁴⁰.

Martins vai definir o desequilíbrio econômico como

uma ingerência de variável externa de fatos causadores de uma contratação iníqua ou que ressoam no contrato já em plena execução, retirando a normalidade que dele se espera, porque tende a prejudicar uma das partes contratantes (ou até ambas), quer seja na posição contratual credora ou devedora, mas de modo que afete profundamente a noção de equilíbrio.⁴¹

³⁷ ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção professor Agostinho Alvim). Coordenação Renan Lotufo. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502161917/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 170.

³⁸ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: Fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1993. 202 p. (Monografias civitas). Trad. Luis Díez-Picazo. p. 76.

³⁹ LARENZ, Karl. op. cit., p. 77.

⁴⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção professor Agostinho Alvim). Coord. Renan Lotufo. p. 367.

⁴¹ Ibid., pp. 367-369.

Nesses casos, o ordenamento jurídico terá remédios para a patologia do desequilíbrio, tais como, anulação, redução, revisão e resolução contratual.

2.2.4 Vedação do enriquecimento sem causa

O Código Civil de 2002 inaugurou o instituto da vedação do enriquecimento sem causa em seu art. 884:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”.

Fruto das regras de equidade do direito romano⁴², veda o enriquecimento daquele a custas de outrem, quando não há causa jurídica para tanto. Gerar riqueza a custas de outrem, observa Venosa, é comum à relação contratual. Torna-se indevida a obtenção de riqueza quando não se tem um título jurídico idôneo. Pereira atentava para o fato que a ausência de causa pode-se verificar antes ou após o enriquecimento⁴³. Também em relação a causa, necessária configurar-se como justa, já que causa pode existir, entretanto, não sendo justa, sem possuir aporte jurídico, configurar-se-á locupletamento.

Por tratar-se de um enriquecimento indevido⁴⁴, aquele que auferir riqueza nessa condição, tem a obrigação de restituí-la, com a devida correção monetária. Tratando-se de bem determinado, este será devolvido; não subsistindo, converte-se a restituição em perdas e danos.

⁴² PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Teoria geral das obrigações. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Volume II. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974558/cfi/6/10!/4/2/4/2/2@0:2.90>>. Acesso em: 30 ago. 2017, p. 270.

⁴³ “Está o princípio contido na conceituação do enriquecimento sem causa, que abrange a ausência desta quando o beneficiado recebe a coisa, do mesmo modo que existe quando ele deixa de restituir aquilo que já veio para o seu patrimônio, mas que não lhe cabe mais aí conservar, pelo feito de vir a faltar a causa *retentionis*”. PEREIRA, Op. Cit., p. 274.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: obrigações. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 volume 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217211/cfi/4!/4/4@0.00:8.33>>. Acesso em: 29 ago. 2017, p. 398.

A restituição deve obedecer aos limites do que efetivamente foi transferido e o que efetivamente foi recebido, não os ultrapassando⁴⁵. Diferencia o autor o enriquecimento indevido da nulidade do ato jurídico. Enquanto este possui efeito retroativo devendo, portanto, ser restituída a prestação por inteira, no caso do enriquecimento indevido deverá ser restituído o que efetivamente gerou riqueza. Assim, exemplifica:

Outro aspecto importante a recordar é que o montante será calculado na data em que a restituição é efetivada. Se a coisa obtida mediante enriquecimento valia 10.000, mas por qualquer circunstância enriqueceu o patrimônio do beneficiado em apenas 5.000, será neste valor o montante objeto da restituição.

Como vimos ressaltando, o efeito do enriquecimento sem causa difere do efeito de nulidade ou de resolução do negócio jurídico.

A nulidade implica o desfazimento *ex tunc* das relações jurídicas derivadas. As partes devem devolver reciprocamente tudo que receberam, em espécie ou em valor. É o princípio do art. 182 de nosso código. Já a situação do enriquecimento sem causa diverge.

Didaticamente, Fernandes traz um rol de exemplos de enriquecimento sem causa:

emissora vincular obra sem devida autorização do autor; afixar cartazes de propaganda em prédio alheio sem autorização; empresa utilizar imagem sem autorização do artista, etc.

Com essas pontuações acerca da vedação do enriquecimento sem causa, já será possível observar, e iniciar a análise da presente pesquisa, se a teoria do inadimplemento antecipado do contrato infringe ao princípio ora discorrido. Enfrentar-se-á um problema, qual seja, se havendo inadimplemento antecipado do contrato e, portanto, dever de indenização ao credor, se este estaria enriquecendo às custas de outrem pelo trabalho já realizado e sua conseqüente valorização.

Antes será necessário analisar a teoria geral dos contratos e obrigações, afim de demarcar o início, meio e fim destas.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009774/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 21 out. 2017, p. 243.

3 DOS CONTRATOS

Contrato é o instrumento formal que manifesta a vontade de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, com o fim de gerar ou movimentar riquezas. É a expressão mais formal de um negócio jurídico, composto de elementos formadores e de desenvolvimento, capaz de vincular as partes contratantes por uma força normativa, conhecida como *pacta sunt servanda*.

3.1 FORMAÇÃO

Gonçalves⁴⁶ e Venosa⁴⁷, ao iniciarem o estudo da formação dos contratos, destacam a importância da *manifestação de vontade*, vez que se trata de “requisito de existência de negócio jurídico”. Venosa entende que a vontade se constitui de dois elementos, um interno outro externo. Quanto ao primeiro, interno, é “elemento psíquico”; o segundo, é a própria manifestação expressa do elemento interno. De pronto, pode-se destacar que a falta do elemento externo, a manifestação de vontade, gera a nulidade do negócio jurídico ou antes, sua inexistência. A diferença do elemento interno e externo caracteriza o erro, que produz efeitos de anulabilidade⁴⁸.

Embora a vontade seja o primeiro requisito para a formação do negócio jurídico, não é certo ignorar os elementos que levam o contratante a adquirir a vontade, antes psíquica e depois manifestá-la. Trata-se, pois, da fase pré-contratual.

A fase pré-contratual varia de acordo ao tipo do contrato e partes, podendo constituir-se de *oferta* ou *negociações*. Em fases do tipo negociações, as partes possuem as prerrogativas de analisar a negociação, estudá-la, modificá-la, elaborar minuta de contrato e até mesmo cedendo a alguns interesses com o objetivo maior

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. volume 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636705/cfi/4!/4/4@0.00:11.4>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009774/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 21 out. 2017, p. 168.

⁴⁸ Art. 138, CC: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.”

que é a realização do contrato. Se, contudo, não obtiverem êxito em suas negociações, nenhuma das partes demandará a outra, já que negociação não obriga a ninguém; não houve a manifestação de vontade expressa, logo sem contrato.

Exceção à regra ocorre na ruptura abrupta das negociações sem justo motivo, ou seja, há a responsabilidade pré-contratual, que destaca Venosa⁴⁹, encontra-se no ramo da responsabilidade extracontratual, posto que não há contrato. Vale lembrar aqui, conforme já visto, que o princípio da boa-fé objetiva também deve prevalecer na fase pré-contratual e a quebra de confiança gera o dever de indenizar.

Diversamente, a oferta ou proposta, obriga aquele que unilateralmente a fez, segundo o art. 427, 1ª parte, do CC/2002⁵⁰. Melo⁵¹ define a proposta como

uma oferta que se faz a outra parte sobre os termos de determinado negócio, visando obter sua concordância. É um negócio jurídico unilateral e quem fez a declaração (policitante ou proponente) estará obrigado a cumprir se a outra parte (policitado ou receptor) resolver aceitar.

[...]

Deve ter todos os elementos necessários à realização do negócio, tais como preço, quantidade, prazo de entrega, forma de pagamento e todas as demais informações necessárias ao fechamento do negócio proposto, inclusive o prazo de validade da oferta.

A exceção de responsabilização por proposta não cumprida o próprio art. 427, 2ª parte prevê, que é cláusula exonerativa.

Quanto ao *lugar de formação* não há qualquer discussão doutrinária, decorrência da previsão clara do art. 435 do CC/2002 que considera celebrado o contrato no local da oferta ou proposta. Porém, independentemente do local, na prática as partes escolhem o foro que melhor lhes convir para processamento e julgamento de lide decorrida do contrato.

⁴⁹ VENOSA, op. cit. p. 134.

⁵⁰ Art. 427, CC: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

⁵¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil, dos contratos e dos atos unilaterais**: para concursos, exame da Ordem e graduação em direito. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522489312/cfi/4!/4/4@0.00:19.2>>. Acesso em: 21 out. 2017. p. 42.

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Melo divide os elementos constitutivos do contrato em três espécies: subjetivos, objetivos e formais.

3.2.1 Elementos subjetivos

Os elementos subjetivos dizem respeito as pessoas integrantes do contrato. A manifestação de vontade ou o consentimento é o primeiro e mais importante de todos, pois, como já abordado, é requisito essencial para a formação do negócio jurídico. Nas palavras de Gagliano⁵² “sem o querer humano, não há contratação”. As hipóteses de anulabilidade (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) são decorrentes de uma imperfeição de consentimento.

Quanto aos agentes, estes deverão ter alcançado a plena capacidade jurídica. Dentre os autores aqui citados, é Fernandes⁵³ quem lembra da capacidade relativa as pessoas jurídicas e aduz que

é possível contratar somente de acordo com o que reza sua natureza e seus estatutos, sempre indicando as possibilidades de obter autorização governamental em algumas espécies de contratações.

Como atos unilaterais não produzem obrigações a outros, o contrato só produzirá efeitos quando estiver presente a *bilateralidade*, ou seja, a composição por no mínimo dois ou mais contratantes.

Melo ainda faz referência ao elemento da aptidão ou *legitimidade* para contratar. É o caso em que a pessoa, mesmo maior e plenamente capaz, carece de legitimidade para praticar o ato sem anuência de terceiro. Cita como exemplo a venda de ascendente para descendente (art. 496, CC/2002), em que o vendedor deverá buscar a anuência dos demais descendentes e/ou cônjuge.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. volume 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217211/cfi/4!/4/4@0.00:8.33>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

⁵³ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: contratos**. Caxias do Sul: EducS, 2011, p. 62.

3.2.2 Elementos objetivos

Os elementos objetivos são aqueles que orientam a matéria do contrato, o que será inserido no instrumento particular. Em termos gerais, são basicamente XX, podendo aumentar de acordo ao contrato, mas nunca diminuir, presentes no art. 104, II do CC/2002.

O primeiro é o elemento da liceidade, que corresponde ao princípio de ordem pública da legalidade. Prescreve que o objeto do contrato não seja contrário a lei, que se constitua de crime. Por exemplo, não será aceitável um contrato que estipule a compra e venda de drogas ilícitas (cocaína).

A possibilidade é o segundo elemento e divide-se em dois tipos: fatídica e jurídica. A possibilidade fatídica corresponde ao mundo real e varia de acordo, principalmente, mas não se limitando, a tecnologia. Por exemplo, ainda não é possível a contratação de um passeio turístico espacial, mas é perfeitamente possível a troca de sexo, algo inimaginável há poucos anos. Na mesma esteira, tem-se abrindo a possibilidade jurídica da troca de nome natal para social ou aquele que corresponda a atual situação psicossomática da pessoa.

Quanto ao objeto, este deve ser determinado ou determinável. Não se concebe a contratação de “alguma coisa/qualquer coisa”. A coisa, o objeto contrato, deve ser “o objeto/a coisa x”, ou seja, determinado. A ideia de um contrato determinável procede de contratos que em muitas vezes o risco torna-o mais economicamente atrativo. É o caso típico de compra e venda de safras de grãos, cuja quantidade e qualidade destes são indefinidos na formação do contrato, porém plenamente verificáveis no fim do processo contratual.

3.3 EXTINÇÃO CONTRATUAL POR PAGAMENTO

As vontades subjetiva e objetiva capazes de gerar o vínculo obrigacional, dar início a formação e desenvolvimento do processo contratual, deve-se persistir até o termo estipulado pelas partes, ou seja, há que se ter vontade para encerrar o contrato da forma esperada por todas as partes contratantes. Espera-se o cumprimento de todas as obrigações e de forma satisfatória.

Na visão de Venosa, o pagamento ocorre quando não existe nada de *anormal, de patológico* no contrato e, com maior abrangência, no decorrer do processo contratual. É, pois, o meio normal de extinção da obrigação. Adverte que por pagamento deve-se entender o cumprimento da obrigação pactuada, não se limitando a entrega de dinheiro. É entregar o prometido, o que abrange também valores em espécie; é restituir a coisa, fazer o pactuado e abster-se de fazer o indesejado.

Em contratos bilaterais ambas as partes devem chegar a situação de adimplente, ou seja, ambas possuem obrigações que devem alcançar uma solução.

3.4 MORA

O estudo da mora é fundamental para caracterização do inadimplemento e, mais adiante, o inadimplemento antecipado. Mora e inadimplemento são dois institutos muito próximos e há que ser objetivado os requisitos de cada qual para a correta aplicação.

Em aspecto geral, definem os doutrinadores a mora em um *retardamento*⁵⁴. Isso porque o Código Civil de 2002 dispõe que se constituem em mora o devedor que realizar o pagamento em prazo posterior ao acordado. Entretanto também o credor se constitui em mora ao recusar-se a receber o pagamento no *tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer*.⁵⁵ Gomes⁵⁶ criticou o alargamento do conceito da mora, inovado ainda no Código Civil de 1916, extrapolando a sua característica de retardamento.

O legislador não merece aplauso pelo abandono do conceito tradicional. O próprio nome atesta que se refere a retardamento. Mora é demora, atraso, impontualidade, violação do dever de cumprir a obrigação no tempo devido. Pelas

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil brasileiro 2** - teoria geral das obrigações, p. 382; VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. II** - Teoria Geral das Obrigações, p. 342; GOMES, Orlando. **Obrigações**, p. 179.

⁵⁵ Art. 394 do CC: "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. "

⁵⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970574/cfi/6/12!/4/2/2@0:0>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

infrações relativas ao lugar e à forma do pagamento também responde o devedor, mas, tecnicamente, não configuram mora. Deve-se reservar o vocábulo para designar unicamente o atraso, contrário ao direito na efetivação do pagamento.

Essa ideia crítica de Gomes foi superada, hoje não havendo mais discordância do vocábulo técnico relativo ao inadimplemento relativo, ratificado no Código Civil de 2002.

Modernamente, Gonçalves⁵⁷ sugere que o Código Civil Brasileiro avançou em seu conceito da mora, em relação ao Código Civil Português que no Artigo 804º n. 2⁵⁸ conceitua a mora apenas como retardamento. Ocorre que o diploma pátrio apenas unificou, em apenas um artigo, o conceito da mora, já que no diploma português também há o alargamento criticado por Orlando Gomes, quando conceitua a mora do credor, no Artigo 813⁵⁹, não merecendo atenção Gonçalves ao cometer esse descuido.

Superadas as questões, até certo ponto epistemológicas, cabe analisar as características da mora. Assim, pode-se vislumbrar três tipos de mora do devedor: o temporal: conceito mais tradicional e intuitivo; mora é um atraso, uma obrigação cumprida, porém fora do tempo determinado. O tipo espacial: deveres cumpridos em lugar diverso do pactuado. E, ainda, o tipo formal: obrigação cumprida de forma diversa à lei ou acordo.

Para a caracterização da mora, há que se ter uma obrigação exigível. Liquidez e certeza, somado ao termo acordado pelas partes são elementos sem os quais não há possibilidade de imputar o devedor em mora. Sempre tendo em mente a obrigação como um processo, a mora situa-se logo após o termo estabelecido com o cumprimento não efetivado.

Certo é que há contratos cujo prazo é indeterminado. Quando assim ocorrer, há necessidade de constituição em mora, por meio de interpelação, notificação ou protesto.

Em todos os tipos acima expostos, há um fator subjetivo, imprescindível para

⁵⁷ GONÇALVES, op. cit., p. 382.

⁵⁸ Artigo 804º 2. do C.C.P.: "O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido. "

⁵⁹ Artigo 813º do C.C.P.: "O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação. "

caracterização da mora do devedor: a culpa. Sobre esse aspecto, pontua Venosa⁶⁰ que o “simples retardamento no cumprimento da obrigação, portanto, não implicará reconhecimento de mora. Nosso direito é expresso no requisito culpa⁶¹. ”

Ao devedor recai a presunção de culpa. Entretanto, a presunção é relativa, passível de verificação, recaindo sobre o devedor o ônus de provar que a obrigação não foi cumprida no tempo, forma e espaço contratual em razão de “caso fortuito ou força maior e não eventual culpa de sua parte. ”⁶²

Outro aspecto relevante refere-se à utilidade da obrigação. A utilidade é requisito subjetivo do credor, oriunda expressamente do art. 395 do CC/2002⁶³.

Como claramente se deduz, cabe ao credor identificar e defender se o cumprimento da obrigação em mora será ainda útil ou inútil, abrindo espaço para discussão judicial, dado o caráter subjetivo da utilidade.

Por essas razões, defende Cavalli⁶⁴, a transformação da mora em inadimplemento absoluto não deve ficar somente como uma faculdade do credor, pois se à esse cabe o direito de invocar a inutilidade da prestação, ao devedor cabe o direito de defesa, tendo ao seu favor a presunção de utilidade da obrigação.⁶⁵

Por essa presunção relativa em favor, não do devedor, mas antes da obrigação, ao credor recai o ônus de transformar a subjetividade da utilidade em objetividade:

Em matéria de mora, incumbe ao credor sustentar argumentativamente a sua valoração dos fatos no sentido de acrescentar, à prestação realizada, o adjetivo útil ou inútil. Essa valoração é pautada pelo interesse do credor, *in concreto*, em seu aspecto relativo, não absoluto, no sentido de verificar se *para o credor* a prestação ainda é útil, mediante análise da função e do fim econômico-social da prestação, dos usos do tráfego e de fatores relativos aos sujeitos, relacionados à conduta e à legítima expectativa.⁶⁶

A tarefa de realizar essa valoração da utilidade compreende verificar a

⁶⁰ VENOSA, op. cit. p. 347.

⁶¹ Art. 396 do CC: “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. ”

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Teoria Geral das Obrigações. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Volume 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636705/cfi/4!/4/4@0.00:11.4>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁶³ Art. 395 do CC: “Parágrafo único: Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. ”

⁶⁴ CAVALLI, Cássio. **Mora e utilidade**: os standars da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor. Rio de Janeiro: FGV, 2011., p. 54.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 56.

qualidade da prestação a sua finalidade, esta que é a satisfação do interesse do credor e, em última análise, da função social do contrato.

Por esses motivos, grande parte da doutrina⁶⁷ estabelece a utilidade como requisito diferenciador da mora e o inadimplemento absoluto.

3.5 INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

Como já exposto, o simples atraso ou imperfeição no cumprimento da obrigação contratual não é motivo para a decretação de inadimplemento absoluto. Os efeitos decorrentes de mora e inadimplemento são diferentes, legal e doutrinariamente, e extremamente antagônicos economicamente. Porém, a linha separatória dos institutos por vezes é tênue.

Tartuce⁶⁸ enfatiza que a diferença está na utilidade da obrigação. Com efeito, o Código Civil no art. 389 dispõe que, havendo o inadimplemento, responde o devedor por perdas e danos, honorários advocatícios, juros moratórios e atualização monetária. No art. 395, quando dispendo sobre a mora, em seu parágrafo único, traz o sentido de utilidade à prestação: se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos. Ou seja, quando a obrigação em mora tornar-se inútil, ocorre o inadimplemento absoluto, com os mesmos efeitos.

Outro sentido de inadimplemento refere-se quanto à possibilidade. Nesse viés Catalan⁶⁹ defende que

[...] haverá inadimplemento quando da recusa ou impossibilidade imputável

⁶⁷ “A mora constitui o inadimplemento parcial da obrigação. Se há mora, é porque a obrigação ainda pode ser cumprida com utilidade para a outra parte.” (VENOSA, 2017, p. 374); “[...] há que se reconhecer a permanência do estado de mora enquanto a correta execução da prestação devida ainda tiver o potencial de atingir a utilidade e o proveito esperados pelo credor. Assim, não cabe resolver o contrato, por não estar, ao menos ainda, caracterizado o inadimplemento absoluto.” (FURTADO, 2014, p. 19); “[...] a mora constitui o retardamento transitório e superável da prestação pelo obrigado, transformado em definitivo pela *inutilidade* da prestação tardia.” (ASSIS, 2013, p. 102).

⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 v. 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968588/cfi/6/10!/4/4@0:50.0>>. Acesso em: 26 jun. 2017, p. 201

⁶⁹ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual: Modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

ao devedor de desempenhar a obrigação nascida da relação negocial, em razão da impossibilidade física ou jurídica do objeto, desde que superveniente à conclusão do negócio jurídico.

Quanto à possibilidade, é necessário o esclarecimento dado por doutrinadores. Há duas espécies de possibilidade, que a legislação não aponta qual seja: impossibilidade absoluta e impossibilidade jurídica.

Por impossibilidade absoluta, entende-se que mesmo aplicando qualquer meio, não importando se este está ou não de acordo aos quesitos da proporcionalidade ou razoabilidade econômica, a prestação não poderá ser cumprida. É o caso de inexistência física do objeto da prestação, perda da propriedade em obrigações de dar; quando fez algo que deveria abster-se em obrigação de não fazer, sem que pudesse afastar os efeitos da ação; ou, ainda, quando por culpa do devedor ou expressa recusa, este não poderá mais realizar objeto de obrigação de fazer.

Assim, explica Gomes⁷⁰ que o “dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável”, sendo lógica a preferência pelo conceito jurídico de impossibilidade, qual seja “impossível a prestação cujo cumprimento exija do devedor esforço extraordinário e injustificável”.

Quando se trata de impossibilidade da prestação em razão do credor, haverá inadimplemento quando este vier a perder seu interesse da prestação, após construído em mora o devedor⁷¹. Constitui-se em inadimplemento do credor, porque, explica Araken de Assis, presume-se *injustificável a recusa do credor à prestação extemporânea, uma vez que acrescida dos juros e de perdas e danos*⁷².

3.5.1 Efeitos

Em razão de o inadimplemento presumir-se culposo nasce para o credor o direito de indenização por perdas e danos. Nesse sentido:

impõe-se assim, frisar que os danos causados em razão [...] do inadimplemento da obrigação ajustada entre as partes não de ser reparados

⁷⁰ GOMES, op. cit., p. 163

⁷¹ CATALAN, op. cit., p. 169.

⁷² ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 103.

por quem tenha dado causa aos mesmos.⁷³

A satisfação das perdas e danos, em todos os casos de não cumprimento culposo da obrigação, tem por finalidade recompor a situação patrimonial da parte lesada.

Perdas e danos é o termo jurídico e comum usado para o binômio danos emergentes e lucros cessantes.

Por danos emergentes entende-se tudo aquilo que represente uma diminuição, no momento presente, no patrimônio do lesado, cabendo ao credor o ônus de provar a quantia efetivamente perdida. À indenização, em dinheiro, ainda somam-se juros de mora e correção monetária, além de custas processuais e honorários advocatícios.⁷⁴

A título de lucros cessantes, define o Código Civil aquilo de “razoavelmente deixou de lucrar”, dando a ideia de um lucro futuro. Não há diminuição efetiva do patrimônio do credor, apenas uma frustração. Deverá a prudência do juízo examinar o critério exigido pela lei, sob pena de prestigiar além de prestigiar o credor além do razoável.⁷⁵

Exceção à regra é o caso de inadimplemento por caso fortuito ou força maior. Estes são casos de excludentes de responsabilidade por romper o nexo de causalidade.⁷⁶

A excludente encontra base no art. 393 do CC/2002 ao dispor que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior”. Venosa⁷⁷ reconhece que na prática, pouca ou nenhuma importância tem a distinção, embora aceite às conclusões de Washington de Barros Monteiro no sentido de que a força maior seja de fatos provenientes da natureza, ou seja, independentes da vontade do homem; em menor intensidade, casos fortuitos seriam casos em que a

⁷³ CATALAN, op. cit., p. 214.

⁷⁴ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. V. 2 (Coleção direito civil). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000527/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 18 maio 2017. p. 390.

⁷⁵ VENOSA, op. cit. p. 391.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. V. 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636705/cfi/4!/4/4@0:00:11.4>>. Acesso em: 07 jun. 2017. p. 379.

⁷⁷ VENOSA, op. cit. 381.

parte não teve culpa ou controle sobre o incumprimento, mas outro humano sim, terceiro à relação negocial.

4 DO INADIMPLEMENTO ANTECIPADO DO CONTRATO

Embora já há no Brasil alguns autores, até mesmo de renome como Judith Martins-Costa e Araken de Assis, que escreveram sobre a teoria do inadimplemento antecipado do contrato, essa ainda é pouco conhecida no dia-a-dia forense. Destaca-se a tese de Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso que, minuciosamente, analisou a tese internacional e sua aplicação no direito brasileiro.

4.1 ORIGEM DA TESE

De pronto cabe afirmar que a tese de inadimplemento antecipado do contrato não só adveio de fora do Brasil, como também de outro sistema jurídico: a *commow law*.

Vale destacar o caso trazido por Martins-Costa:

O autor era um courier que fora contratado em abril de 1852 para acompanhar o réu em um tour pelo continente europeu que iniciaria em 1.º de junho. Porém, em 11 de maio recebeu de seu empregador uma carta em que este declinava os seus serviços, comunicando, pois, que não deveria trabalhar. Verificou-se, assim, o repúdio de um contrato já ajustado cuja execução, todavia, ainda não se iniciara. Inconformado, o autor recorreu aos tribunais. Na decisão o juiz Compton consagrou a tese pela qual "quando uma parte anuncia a sua intenção de não cumprir o contrato, a outra parte pode aceitar essa palavra e rescindir o contrato. A palavra rescindir implica que ambas as partes acordam em por fim ao contrato. Mas estou inclinado a pensar que a parte pode também dizer: desde que V. anunciou que não dará seguimento ao contrato, eu concordo em dá-lo por findo desde este momento; far-lhe-ei responsável pelos danos que sofri; mas procederei de forma a fazer com que os danos sejam os menores possíveis".⁷⁸

Desde então, o caso Hochster vs De La Tour vem servindo de paradigma para aplicação da famigerada *Anticipatory Breach of Contract*, estando presente nos Estados Unidos, no art. 2-610 do *Uniform Commercial Code*.⁷⁹

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith H. A Recepção do Incumprimento Antecipado no Direito Brasileiro: configurações e limites. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p.30-48, jul. 2009.

⁷⁹ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro**. 2014. 2013 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:

Por ser a teoria “importada” do direito inglês, deve ser aplicado observando as diferenças, por vezes grandes, com o sistema brasileiro.

Na Convenção de Viena (1980) fixou-se a tese de que “se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste”. No Brasil, Raphael Manhães Martins sugere a seguinte definição:

inadimplemento, que ocorre, quando uma das partes de uma relação obrigacional, antes do momento em que deveria executar determinada prestação à qual se obrigou, ou renuncia ao contrato ou coloca-se, por ato próprio, em posição que torne impossível o cumprimento da obrigação

Diante deste postulado surgem outros problemas: se estaria essa tese consoante com o art. 939 do CC/2002 que expressamente pune a demanda do devedor antes do termo pactuado e, mais adiante, se estaria agindo o credor com boa-fé e em respeito à função social do contrato.

4.2 INADIMPLEMENTO ANTECIPADO NO BRASIL

Luiz Philipe divide a configuração do inadimplemento antecipado em pressupostos (positivos e negativos) e elementos. Pressupostos no sentido de “condições que devem estar presentes antes da ocorrência de inadimplemento antecipado do contrato, vale dizer, situações sem as quais o problema não se daria”. E elementos são componentes do inadimplemento antecipado, “aquilo que lhe dá existência própria, identidade, a sua ontologia jurídica”.⁸⁰

4.2.1 Pressupostos

Como pressupostos positivos estabelece o autor como sendo aqueles sem os quais não haveria possibilidade de haver o inadimplemento antecipado. Trata-se aqui de existir uma prestação principal sujeita a termo de vencimento.

Talvez esse pressuposto seja o que mais impressiona ao estudar pela primeira vez esta tese. Isso porque, como já dividida a dúvida, aparentemente

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11022015-114044/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁸⁰ CARDOSO, op. cit., p. 71.

contraria a regra de que o credor só pode cobrar o devedor quando este já estiver em mora, ou seja, após o termo estipulado. E as únicas exceções à regra encontram-se no art. 333 do CC, no qual não está elencada a possibilidade de inadimplemento antecipado e, portanto, sujeito as penalidades do art. 939 do CC.

Nota-se que a teoria ora examinada encontra solução jurídica para um problema que o credor não pode encontrar no ordenamento jurídico. Também se deduz que somente terá vazão para contratos com prazo estabelecido, vez que analisa o inadimplemento ocorrido antes deste termo pactuado.

O prazo do contrato faz parte da manifestação de vontade das partes, segundo critérios econômicos e subjetivos, havendo presunção de razoabilidade vez que ambas partes estão em par de igualdades. Situação que não se verificaria em contratos de adesão.

Fernandes ainda observa que o direito é adquirido logo após o acordo firmado, porém, quando há termo previsto, o direito à cobrança fica suspenso até o findar do prazo:

Quando existente, o direito é adquirido desde a conclusão do negócio. Entretanto, seu exercício fica suspenso até a ocorrência do termo inicial, extinguindo-se no termo final. [...]. Assim, num negócio de execução diferida, o termo funciona como marco temporal de exigibilidade ou de cessação do negócio.

[...]

Por ser evento certo, o termo não impede aquisição do direito, apenas o seu exercício.⁸¹

Aqui encontra-se o obstáculo para a cobrança do devedor por dívida ainda não vencida, a exigibilidade. A estipulação de um prazo, nesses casos, serve de proteção ao devedor⁸². Ao devedor é autorizado o pagamento da obrigação antes do termo pactuado, sem que o credor possa lhe cobrar duas vezes, em nome da vedação ao enriquecimento ilícito.

Assim “a pendência do termo exclui a exigibilidade, mas não impede ao credor de agir para proteção de seu direito”.⁸³

O segundo pressuposto, negativo, indicado por Cardoso, é a ausência de

⁸¹ FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: fatos jurídicos**. Caxias do Sul: Educus, 2010. Disponível em: <<https://ucs.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615688/pages/7>>. Acesso em: 13 abr. 2018. p. 69.

⁸² Art. 133 do CC/2002: “Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.”

⁸³ CARDOSO, op. cit. p. 76.

impossibilidade absoluta do cumprimento da obrigação. Por pressuposto negativo quer-se dizer, o que não deve haver na situação verificada para a ocorrência do inadimplemento antecipado. Ou seja, havendo impossibilidade absoluta do cumprimento da obrigação “a solução já está dada pelo direito das obrigações, sem necessidade de uma nova figura”.

Com razão, Cardoso exclui a hipótese do inadimplemento absoluto da obrigação da teoria do inadimplemento antecipado no Brasil, mesmo que essa impossibilidade absoluta ocorra antes do termo pactuado.

Ora, ocorrendo a impossibilidade do cumprimento da obrigação, sem causa imputável ao devedor, ou seja, sem culpa deste em razão de caso fortuito ou de força maior, o devedor encontra-se liberado, tal como prescreve o art. 234⁸⁴, 1ª parte, 248⁸⁵, 1ª parte, 250⁸⁶ e 393, caput⁸⁷, todos do Código Civil.

Quanto a este ponto, Cardoso abre um parêntese a título de aprofundamento nas duas espécies de impossibilidade: objetiva e subjetiva, ou absoluta e relativa, respectivamente. A primeira diz respeito a impossibilidade de cumprir a prestação considerada em si mesma, por exemplo, a perda de objeto; a segunda, a impossibilidade relativa diz respeito à impossibilidade por parte do devedor cumprir a prestação, por algum previsto relativo a ele somente. E conclui que

a princípio, somente a impossibilidade objetiva exonera o devedor. [...]. A impossibilidade relativa pode exonerar, em caráter de exceção, se as circunstâncias do caso, segundo a boa-fé objetiva, apontarem na direção da liberação do devedor, sem prejuízo à segurança do mercado.⁸⁸

Desta forma, havendo impossibilidade absoluta sem culpa do devedor, seja da prestação principal, objeto do contrato, seja por uma impossibilidade relativa ao devedor, esse encontra-se liberado da prestação, sem necessidade de indenizar o devedor.

⁸⁴ Art. 234 do CC/2002: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.”

⁸⁵ Art. 244 do CC/2002: “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.”

⁸⁶ Art. 250 do CC/2002: “Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.”

⁸⁷ Art. 393, caput do CC/2002: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

⁸⁸ CARDOSO, op. cit. pp. 78 – 81.

Quando há culpa do devedor, entende Cardoso, que também a lei civil já fornece a solução com o inadimplemento absoluto, que difere do inadimplemento antecipado, sem a necessidade de nova teoria. Explica que o perecimento do objeto ou a impossibilidade absoluta de cumprir a obrigação por sua culpa implica em resolução do contrato, com o devido pagamento indenizatório (perdas e danos), conforme visto no item 3.5 deste trabalho.⁸⁹

Entende, ainda, que quando há fato que acarrete em inadimplemento absoluto da prestação, o contrato já torna-se resolúvel, não necessitando esperar o término do prazo para assim considera-lo. Com efeito, o art. 234 do CC, ao tratar da obrigação de dar coisa certa, prevê a resolução do contrato, ainda que “pendente de condição suspensiva”, tal como é a cláusula de termo final.

Um outro grande diferencial dessa impossibilidade (no inadimplemento antecipado) é que ela é apreendida num juízo sobre o futuro, e não sobre um fato já ocorrido.

[...]

Se já ocorrida uma impossibilidade objetiva da prestação, por ato imputável ao devedor, já há solução legal, e não há sentido em se cogitar do inadimplemento antecipado nesse caso. Por outro lado, a impossibilidade que pode configurar o inadimplemento antecipado é diferente, mais específica, menos exigente, e prospectiva.⁹⁰

Desta forma, sugere que o inadimplemento antecipado deva ser aplicado em situações que ainda não estão presentes soluções no ordenamento jurídico pátrio. Quando há impossibilidade absoluta da prestação, sem culpa do devedor, o contrato encontra-se resolvido, sem necessidade de prestação jurisdicional, sem indenização ao credor. Se a impossibilidade ocorrer por culpa do devedor, responderá este por perdas e danos, juros, correção monetária e honorários advocatícios e declarar-se-á resolvido o contrato. Ambas situações já resolvíveis pelo Código Civil.

4.2.2 Elementos

O estudo dos elementos trazidos por Cardoso é o próprio estudo do inadimplemento antecipado do contrato na aplicação pátria, posto que esses são os

⁸⁹ Ibid., p. 86.

⁹⁰ Ibid., p. 87

que realmente venha a configurá-lo.

O primeiro aspecto do primeiro elemento que o autor extrai de suas pesquisas jurisprudências é a ausência de atividade preparatória ou instrumental à prestação principal. Apoiar-se na doutrina de Judith Martins-Costa que afirma que “incumprimento definitivo pode se dar pela violação de prestações secundárias”. Neste aspecto não se analisa o cumprimento imperfeito da prestação principal (que poderia caracterizar a violação positiva do contrato), mas sim de atos pressupostos para o cumprimento da prestação principal, que o devedor deve ter o cuidado de cumprir.

Também importa observar que o inadimplemento destes deveres anteriores ao cumprimento da prestação principal caracteriza o inadimplemento antecipado justamente por serem anteriores ao termo pactuado e anteriores à própria prestação, porém são incumprimentos atuais.

Em outras palavras: ao mesmo em que a prestação principal tenha um termo inicial, suspendendo sua exigibilidade, eventuais deveres preparatórios, instrumentais e laterais são atuais, necessários à futura realização da prestação principal, e ensejam inadimplemento desde que passem a ser descumpridos, sem necessidade de aguardo do termo do vencimento.⁹¹

Dentre as ocorrências de inadimplemento antecipado do contrato por ausência de atividade preparatória ou instrumental, destaca Cardoso a ausência de regularização de loteamento destinado a compra e venda (Ap. nº 534.004.4/2-00, 4ª Câmara de Direito privado, rel. Des. Francisco Loureiro, dj. 10.07.2008) e a ausência de registro da incorporação imobiliária (Ap. nº 362.831-4/8-00, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, dj. 01.04.2008)⁹².

Cardoso também incorpora exemplos de outros autores, tais como Giuseppe Conte e Giovanni Muraro:

Giuseppe Conte alude a prestações cuja natureza impõe ao devedor um período preparatório laborativo, que pode ser também de natureza intelectual, de produção agrícola ou industrial, ou de obtenção de mercadorias.

Giovanni Muraro traz uma série de atos preparatórios ou instrumentais ilustrando a ampla gama de hipóteses em que tal evento pode ocorrer: prestação de garantias, formalização pública de atos, condutas a serem executadas junto à administração, prestação de sinal, abertura de crédito,

⁹¹ CARDOSO, op. cit. pp. 101-102.

⁹² Ibid. p. 104.

envio de mercadorias e documentos necessários, verificação ou prova do objeto devido, providenciar os meios técnicos para o desenvolvimento da atividade devida, conseguir fatos de terceiros necessários para a prestação final. Todas condutas, enfim, que devem ser apreendidas no contexto específico de cada relação contratual concreta.

Raphael Manhães Martins cita como exemplos de ausência de atividade preparatória ou instrumental, a importação de mercadorias ou a obtenção de autorização para tanto junto ao órgão de fiscalização, o não atingimento de fases previamente estipuladas para construção de grandes empreendimentos, o não atendimento do projeto de construção, erros em processos de fabricação, construção ou elaboração na indústria naval, de petróleo e gás, ou de infraestrutura.⁹³

Esse primeiro elemento está de acordo ao segundo requisito, do total de três, que Martins-Costa defende. Para ela, para caracterizar o inadimplemento antecipado do contrato não basta uma mera especulação de que ao fim do prazo o contrato não chegará ao seu propósito. Ela entende necessária a “certeza acerca do inadimplemento” futuro⁹⁴. Ora, sem os deveres anteriores necessários ao cumprimento da prestação principal tem-se a certeza do inadimplemento futuro do essencial.

O segundo aspecto do primeiro elemento tem relação com a conduta contrária à finalidade contratual. Neste aspecto, recorda Martins-Costa a monografia de Ruy Rosado de Aguiar Jr. que dizia: “é possível o inadimplemento antes do tempo, se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento”. Cardoso explicita a “violação de deveres laterais, de lealdade e cooperação”.

Aqui volta-se à boa-objetiva, estudada no item 2.2.1 do presente trabalho, mais precisamente quanto a segunda função da boa-fé objetiva, qual seja, a criadora de deveres anexos. A relação é clara: ao estudar os chamados deveres anexos observa-se que se tratam de condutas que se esperam daquele que quer adimplir seu compromisso.

Basta trazer à tona, por exemplo, o dever de lealdade, que advém da boa-fé objetiva. Menezes Cordeiro destaca como concretização desta regra

a existência, enquanto um contrato se encontra em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face a elementos obtidos por via de pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de actuação com vista a preservar o objetivo e a autonomia contratuais.⁹⁵

⁹³ Ibid. p. 105.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith H. A Recepção do Incumprimento Antecipado no Direito Brasileiro: configurações e limites. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p.30-48, jul. 2009.

⁹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 607.

Ademais, há os deveres de cooperação, proteção, informação, exibição de documentos, enfim, deveres laterais que contribuam para o atingimento da finalidade contratual.

Por fim, o terceiro aspecto do primeiro elemento verificado por Cardoso é o mais usual entre os autores que tratam do tema, consiste na declaração de não adimplir. É o primeiro comportamento citado por Araken de Assis⁹⁶ para a caracterização de inadimplemento antecipado, bem como é o terceiro requisito trazido por Martins-Costa, desde que, lembra ela, seja uma decisão imputável ao devedor⁹⁷.

A declaração de não adimplir também é entendida como inadimplemento antecipado na doutrina de Raphael Augusto Cunha, para quem

qualquer obrigação sujeita a termo final, ainda que não demande atos preparatório ou atos de execução, pode ser inadimplida antecipadamente, seja em virtude de declaração expressa de não querer adimplir ou da violação de deveres obrigacionais que impossibilitem ou tornem inútil a prestação para o credor.⁹⁸

Interessante observar que Cardoso verificou que essa hipótese deu-se nos primeiros casos de inadimplemento antecipado, quando o devedor por si próprio foi a juízo requerer a medida resolutória, alegando não poder supor as prestações do contrato.

Assim, alinhado com a doutrina de Luigi Mosco, entende o autor não bastar, para caracterizar o inadimplemento antecipado, uma mera declaração de desejo de não adimplir por parte do devedor, mas que esta deve ser séria e definitiva. Por séria e definitiva, entende-se a declaração “emitida ao mercado, ou que lhe seja dada alguma publicidade”, sem necessidade, contudo, que a declaração seja emitida diretamente ao credor.⁹⁹

Observação importante Cardoso traz logo adiante quando rechaça a

⁹⁶ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 36.

⁹⁸ CUNHA, Raphael Augusto. **O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato**. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11122015-083624/pt-br.php>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁹⁹ CARDOSO, op. cit. p. 107.

declaração de não adimplir por parte do devedor quando esse pressionado pelo credor, com, por exemplo, uma notificação de cobrança da prestação antes do termo final. Também deve ser sopesado o dever de cooperação ambos contratantes possuem entre si e a necessidade de reaver algum ponto do contrato.

Quanto à possibilidade de retratação, via de regra, entende o autor, não haveria tal possibilidade devido à ausência de razão de o devedor querer a desvinculação e após voltar atrás.

O devedor simplesmente declara, antecipadamente, que não poderá, no futuro, arcar com a prestação, perturbando a relação de cooperação entre as partes, em função do quanto previamente ajustado. Essa declaração traz, no limite, insegurança sobre a futura realização da prestação típica, que compõe o interesse principal do credor no contrato. A quebra maior é a confiança entre as partes na relação contratual.¹⁰⁰

Porém, deixa em aberto a possibilidade de retratação da declaração para o credor aceita-la se recuperada a confiança perdida anteriormente e sendo útil a prestação, em virtude da cooperação contratual.

Entretanto, para a caracterização do inadimplemento antecipado do contrato não basta o inadimplemento dos deveres preparatórios ou instrumentais ou ainda a frustração de deveres laterais, como de lealdade e cooperação, considerados em si mesmo, mas sim uma “consequência direta” à finalidade contratual. E, assim, chega-se ao segundo elemento analisado por Cardoso: a perda da função social.

Primeiramente cumpre esclarecer que a existência de duas vertentes, ou dois aspectos da função social: intrínseco e extrínseco¹⁰¹. Quando tratado da função social no item 2.2.2 do presente trabalho, se deteve ao aspecto extrínseco da função que, como visto, tem uma visão e atuação flexível de proteção para além do contrato e dos contratantes. Quando Cardoso, autor em que este trabalho tem por base, toca no tema da função social do contrato como quesito a ser verificado em caso de inadimplemento antecipado, ele faz menção à função social em seu aspecto intrínseco.

Nesse sentido, a função social objetiva a garantir que o objeto do contrato se

¹⁰⁰ Ibid. p.103.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Atual. e ampli.. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/cfi/6/10!/4/6/18/2@0:71.5>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

cumpra, observando-se sim a dignidade da pessoa humana, o dever de cooperação e solidariedade entre as partes, mas sempre com enfoque à circulação de riqueza.

Segundo Theodoro Júnior, ao criticar quem defenda que a função social cumpre um papel de igualar os contratantes:

o único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar-lhes uma saída negocial. Nunca, todavia, o interesse do vendedor será igual ao do comprador, o do mutuante igual ao do mutuário, o do locador igual ao do locatário, o do empreiteiro igual ao do dono da obra e assim por diante. Quem visa ao lucro, obviamente, não pode ser igual a quem busca o uso ou a propriedade da coisa alheia. O lucro do comerciante (fornecedor) não tem como ser igual à vantagem que o comprador espera obter com o uso do bem adquirido. As coisas são tão heterogêneas que não chegam a oferecer parâmetro algum para cotejo. Daí a imprestabilidade da tese de que o contrato teria a função social de igualar os contratantes. Somente sendo diferentes e exercendo interesses opostos, as pessoas praticarão o contrato, como instrumento naturalmente destinado à função específica de realizar a circulação dos bens patrimoniais entre pessoas diferentes e que atuam com objetivos distintos no relacionamento jurídico estabelecido.¹⁰²

Deste modo, Cardoso entende que a função social do contrato resta prejudicada quando a obrigação perde sua finalidade, seja ocasionada pela perda da confiança, seja pela impossibilidade relativa de cumprimento da obrigação no termo final.

A perda do fim comum objetivado acarreta, portanto, perda da função social do contrato. Se essa perda acontece em virtude de um inadimplemento de deveres laterais e acessórios, não há porque se esperar o advento do termo de vencimento para liberar as partes do vínculo e compensar perdas com a frustração contratual. Eis aí, o inadimplemento antecipado, no seu interesse prático mais essencial.¹⁰³

A confiança é fruto do princípio da boa-fé. O contrato vincula as partes que depositam sua confiança uma na outra. Preserva-se a confiança, ao longo do processo contratual, o quanto preserva-se os deveres laterais, de lealdade, proteção, cooperação, enfim, deveres oriundos da boa-fé objetiva. O contrato, frisa-se existe porque antes houve uma confiança recíproca e mantem-se enquanto esta se mantém.

Nesse contexto, Cardoso defende que a “perda da confiança no fim

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, op. cit.

¹⁰³ CARDOSO, op. cit. p. 114.

contratual significa perda da função social do contrato”¹⁰⁴. A quebra de um dever lateral, por si só, não é apta ao reconhecimento do inadimplemento antecipado, entretanto, quando essa extrapola e prejudica a confiança, prejudica também o interesse do credor à manutenção da relação contratual.

Assim, conclui o autor que uma séria declaração de não adimplir, bem como a ausência de cumprimento de um dever instrumental, analisado por ele em ausência de registro ou regulamentação imobiliária ou ainda casos de insuportabilidade das prestações pelo devedor, ou seja, requisitos básicos e essenciais para a finalidade econômica do contrato, quando não observadas, justifica o inadimplemento antecipado do contrato.

Outro aspecto, mais objetivo, da perda da função social do contrato, levanto por Cardoso é a impossibilidade relativa prospectiva de cumprimento da prestação no termo do vencimento.

A teoria do inadimplemento antecipado do contrato visa desvincular o credor do devedor e responsabilizar o último por ato, omissivo ou comissivo, que antes do termo final do contrato resulte a perda de sua finalidade. Dita em outras palavras, busca a responsabilização do devedor por ato culposo presente que prejudique a prestação futura.

Nesse elemento, Cardoso é pacífico com outros autores ao concordar ser necessário uma altíssima probabilidade do incumprimento da obrigação até o término do prazo. É o segundo requisito trazido por Martins-Costa, já citado, no qual ela aponta à uma inequívoca certeza do incumprimento, rechaçando a mera dúvida ou receio¹⁰⁵.

É o caso mais típico de declaração de inadimplemento contratual e o exemplo mais corriqueiro é o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, que durante o prazo contratual já se vislumbra o inadimplemento do devedor.

À guisa de exemplo, observe-se no REsp 309.626/RJ o voto do relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

As partes contrataram a compra e venda de um apartamento a ser construído pela empresa ré, com entrega prevista para novembro de 1999. Como em julho de 1998 as obras ainda não estavam iniciadas, a que se aliaram outras circunstâncias que confirmavam a idéia de que o prédio não

¹⁰⁴ Ibid., p. 116.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 36.

seria construído, o promissório comprador promoveu ação de resolução do contrato, com pedido de devolução do que despendeu durante dois anos. 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 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 extinção.¹⁰⁶

No caso em tela, quando o devedor, próximo ao fim do contrato (um ano) ainda não tinha começado a obra a qual se vinculou e o credor teve a plena certeza que ao termo final da obrigação essa não se cumpriria, reconheceu-se o fato do inadimplemento antecipado.

Ao credor recai o ônus de provar essa impossibilidade de cumprimento pelo devedor¹⁰⁷ e

para isso, a própria experiência, ou o conhecimento técnico-científico são capazes de demonstrar que, mantido o ritmo de lentidão, a prestação não será executada em seu termo de vencimento.¹⁰⁸

Se, após tomadas as devidas ciências, seja pela experiência, seja pelo conhecimento técnico, verificar-se a impossibilidade de cumprimento da obrigação ao fim do prazo estipulado, configura-se o inadimplemento antecipado do contrato.

Isso se vê tanto em casos de atrasos de obras, que representam descumprimento por omissão de dever preparatório, como em casos de declaração por insuportabilidade das prestações, cuja incapacidade econômica de manter o pactuado, sem ter caído ainda em inadimplemento, dá lastro à declaração de não adimplir, violadora de dever lateral de lealdade e cooperação para o fim contratual. [...] há perda da função social do contrato, gerada pelo anterior inadimplemento. Configurado, portanto, o inadimplemento antecipado do contrato.¹⁰⁹

Nesse capítulo, importante frisar a conclusão a que chega Cardoso, após pesquisas jurisprudenciais brasileiras, em que a função social do contrato, ainda que em seu caráter intrínseco, deve ser preservada na relação contratual, sendo a perda da função social elemento necessário para a caracterização do inadimplemento

¹⁰⁶ PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato. - Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissório comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. - Recurso não conhecido. (STJ - REsp: 309626 RJ 2001/0029132-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 07/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 20/08/2001 p. 479 RDTJRJ vol. 54 p. 79 RSTJ vol. 157 p. 440).

¹⁰⁷ CUNHA, op. cit., p. 152.

¹⁰⁸ CARDOSO, op. cit., p. 119.

¹⁰⁹ Ibid, p. 127.

antecipado do contrato.

4.2.3 Efeitos

Cardoso enfatiza três efeitos possíveis após a caracterização do inadimplemento antecipado do contrato, quais sejam, a possibilidade de exceção de contrato não cumprido, a resolução contratual e a indenização.

A exceção de contrato não cumprido resume-se na faculdade do credor em, havendo inadimplemento antecipado, suspender a prestação que lhe incumbia no contrato, sem que contra o lesado corra a mora ou o inadimplemento, tendo como base normativa os artigos 476 e 475 do Código Civil.

A exceção de contrato não cumprido pode ser expressa numa ideia universal, segundo a qual se uma das partes de um contrato sinalagmático exige o adimplemento de seu crédito, sem cumprir ou oferecer sua prestação devida, a outra parte pode recusar-se opondo a exceção. É a possibilidade de um contratante abster-se legitimamente de cumprir a prestação, se não há cumprimento simultâneo da prestação correspectiva.¹¹⁰

Cardoso aponta três requisitos: contrato bilateral, coetaneidade do adimplemento e o inadimplemento¹¹¹. Quanto a contratos bilaterais (ou sinalagmáticos) há uma explicação no item 2.2.3 do presente trabalho. Em suma, diz respeito a contratos que ambos contratantes são credores e devedores de alguma(s) prestação(ões). Quanto ao requisito da coetaneidade, esse significa que as obrigações devem ser exigíveis ao mesmo tempo, sejam elas na forma simultânea, sucessiva ou de duração.

O inadimplemento, terceiro requisito para a exceção, já foi exposto neste trabalho, cabendo aqui mais algumas observações afim de aproximá-lo à identificação do inadimplemento antecipado. Cardoso, citando a doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, entende que, para o preenchimento deste terceiro requisito, é possível considerar o incumprimento de obrigação acessória ou de dever lateral, desde que afete a economia do contrato¹¹². Esse é exatamente o primeiro elemento caracterizante do inadimplemento antecipado.

¹¹⁰ Ibid., p. 130.

¹¹¹ Ibid., p. 132.

¹¹² Ibid., p. 135.

Enfatize-se que, muito embora a prestação principal não possa ser exigível, dado o lapso temporal para o termo pactuado, e exceção de contrato não cumprido é medida que visa o equilíbrio entre os contratantes¹¹³, vez que ao inadimplir com os deveres anexos ou laterais, é a própria função do contrato que está perigo de frustração. Cardoso defende, ainda, não se tratar de medida visando pressionar o devedor para o adimplemento, devido a quase certeza de sua impossibilidade¹¹⁴.

Desta forma, serve a exceção de contrato não cumprido como medida de defesa do credor. Este, vendo a iminente inadimplência do devedor, não deve continuar aumentando seus prejuízos, acarretando em evidente desequilíbrio econômico contratual e enriquecimento ilícito do devedor.

A resolução é o segundo efeito, buscado pelo credor ou devedor, que visa extinguir o vínculo obrigacional. A bilateralidade aqui também é um requisito para a aplicação desta figura, prevista em lei¹¹⁵, assim como o inadimplemento do devedor e adimplemento pelo credor.

Quanto à bilateralidade, já observada em outros pontos deste trabalho, não há o que se acrescentar. O inadimplemento antecipado do contrato é apto para o preenchimento do segundo requisito da resolução, dada à “gravidade, importância e fundamentalidade do inadimplemento, aliadas à sua imputabilidade¹¹⁶”, não necessariamente com relação à prestação principal, mas também às prestações acessórias e laterais que atinjam a finalidade do contrato, sua função social¹¹⁷.

No caso do inadimplemento do contrato antecipado, como o fim do contrato ficou comprometido, o credor perde o interesse tanto no recebimento da prestação – porque o risco é altíssimo de que isso não ocorra – como também no cumprimento da sua prestação, para não cair em prejuízo ainda maior, no advento do termo contratual. É o contrato, enfim, como programa de atuação conjunta e cooperativa, que perde o interesse para a parte lesada pelo inadimplemento antecipado. [...] não seria idôneo, justo ou razoável, negar-se a resolução do contrato para a parte lesada. É por isso que ela tem cabimento.¹¹⁸

¹¹³ Vide item 2.2.3.

¹¹⁴ CARDOSO, op. cit., p. 138.

¹¹⁵ Art. 475 do CC/2002: “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.”

¹¹⁶ Ibid., p. 143.

¹¹⁷ Ibid., p. 153.

¹¹⁸ Ibid., p. 155.

O terceiro requisito, adimplemento do devedor, pode ser relativizado, conforme se aplique a exceção de contrato não cumprido, conforme visto anteriormente.

Com a resolução, via de regra, opera-se efeitos retroativos, reestabelecendo, assim, o equilíbrio contratual e vedando o enriquecimento ilícito. A exceção, também com a fidelidade aos mesmos princípios, ocorre em contratos cuja obrigação é de duração. A título de exemplo:

[...] no caso de empreitada para construção de cinco prédios, a execução de três autoriza a resolução com efeitos *ex nunc*, mantendo o preço pago correspectivo a tal parte. Porém, se a obrigação era de construção de uma casa, e só foi realizada a estrutura, esse inadimplemento pode autorizar o efeito *ex tunc* integral.¹¹⁹

Desse modo, quanto aos efeitos da demanda resolutiva, se retroativos ou não, necessário observar o caso concreto para se chegar a solução que mais beneficie as partes, levando em consideração os princípios do equilíbrio econômico do contrato e da vedação ao enriquecimento ilícito por qualquer das partes, aliados ao terceiro efeito do inadimplemento antecipado, qual seja, a indenização.

Cardoso, ao analisar a jurisprudência na qual baseou sua tese base do presente trabalho, verificou a situação pacificada no sentido de que, em razão do inadimplemento, cabe ao devedor o pagamento de danos emergentes e lucros cessantes. Entretanto, não de forma presumível, de forma que, nos casos por ele analisados, a restituição operada na resolução contratual e a ausência prova de danos para além do já investido no contrato, já equilibra as partes, retornando ao *status quo*.¹²⁰

Assim, a busca por indenização em perdas e danos é legítima para a parte lesada, que possui o ônus de provar e quantificar o dano sofrido, seja de ordem material ou moral, sendo substituível na espécie, por cláusula penal ou retenção de valores contratuais.

¹¹⁹ Ibid., p. 153.

¹²⁰ Ibid., pp. 187 – 191.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu este trabalho a análise, à luz da principiologia, da teoria do inadimplemento antecipado do contrato, nascida no direito inglês e que vêm, aos poucos, ganhando importância no direito civil brasileiro.

Devida importância deve-se, sobretudo, a mudança de visão do direito civil brasileiro, quando este incorpora a noção do direito contratual como um processo, termo cunhado por Clóvis de Couto e Silva, visão a qual prescreve a relação contratual disposta em fases, em que não há credor e devedor único, mas sim uma constante variável de obrigações recíprocas.

A teoria do inadimplemento antecipado vem sendo aplicada na jurisprudência brasileira, com matizes diversos à inglesa, vez que são sistemas jurídicos bem diferentes e impõe à teoria sua conjugação com as normas já expressas no campo das obrigações, dado que essa é uma construção doutrinária, sem norma expressa no ordenamento jurídico. Sua incorporação ao ordenamento brasileiro, porém, necessita estar de acordo com os princípios do direito civil, principalmente aqueles como o da boa-fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio econômico dos contratantes e da vedação ao enriquecimento sem causa.

Para melhor compreensão da teoria do inadimplemento antecipado e posterior julgamento, examinou-se a teoria geral dos contratos, quanto à sua formação, elementos e extinção para, então, distinguir corretamente o instituto da mora e do inadimplemento. Nesse quesito, verificou-se a importância da utilidade da prestação para o credor como fator determinante e, via de regra, examinada após o termo final pactuado.

Exceção a esse exame é o caso do inadimplemento antecipado do contrato, quando se constata o inadimplemento antes mesmo do termo final, ou seja, quando o devedor ainda está dentro do seu prazo de cumprimento. Para o entendimento e verificação da aplicação na jurisprudência brasileira da teoria em análise, baseou-se na tese desenvolvida por Luiz Philippe Tavares de Azevedo Cardoso, que induziu dos precedentes dois pressupostos e dois elementos caracterizantes do inadimplemento antecipado. Como pressuposto positivo, a necessidade de se ter uma obrigação sujeita a termo de vencimento. O caráter antecipado é justamente pela aplicação antes desse termo. O pressuposto negativo, divergente na doutrina, é a ausência de

inadimplemento absoluto do contrato, vez que o ordenamento jurídico já possui regras para essa situação.

Nos elementos, esse sim, caracterizadores do inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro, começou-se a vislumbrar as respostas buscadas e validação das hipóteses levantadas quando do início desta pesquisa.

O primeiro elemento refere-se ao inadimplemento de deveres preparatórios, instrumentais ou deveres laterais, como de cooperação e lealdade. Observou-se que a conduta contrária à finalidade contratual é passível de declaração de inadimplemento antecipado. Nesse aspecto, a teoria visa a concretizar a função tipo da boa-fé objetiva quanto a criação de deveres anexos, apurado no primeiro capítulo. Conclui-se, portanto, que em relação ao princípio da boa-fé objetiva, a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado do contrato não só não a compromete como lhe dá eficácia economicamente objetiva, para todos contratantes.

O segundo elemento caracterizador do inadimplemento antecipado é a perda da função social, ou mais precisamente, a perda da finalidade contratual, concepção intrínseca da função social do contrato. Nessa perspectiva, vislumbra-se a frustração da finalidade contratual mediante a perda da confiança, oriunda justamente da boa-fé objetiva, e a impossibilidade relativa prospectiva de cumprimento da prestação no termo do vencimento. Ambas modalidades advindas por ato, comissivo ou omissivo, culposo do devedor que dá certeza e segurança de inadimplemento futuro da prestação principal.

A primeira, perda da confiança, atinge diretamente as razões pelas quais credor e devedor mantêm-se vinculados. Aqui há o resultado prático da quebra da boa-fé objetiva. Quando se verifica a impossibilidade de cumprimento futuro da obrigação principal há uma ruptura na função social do contrato, em seu caráter intrínseco. Dessa maneira, não é próprio do credor ficar inerte aguardando o cumprimento que certa e seguramente não virá. Também nesse segundo elemento corrobora a hipótese levantada de que a aplicação do inadimplemento antecipado do contrato não viola o princípio da função social, mas esse é elemento imprescindível para a aplicação da teoria. Entretanto, quanto ao caráter extrínseco da função social, qual seja, os efeitos destes para pessoas além dos contratantes, não foi possível

chegar a alguma conclusão.

O equilíbrio econômico entre os contratantes e a vedação ao enriquecimento sem causa encontram amparo nos efeitos do inadimplemento antecipado do contrato. A possibilidade de o credor opor exceção de contrato não cumprido, bem como a resolução e a indenização com base em provas de ônus do credor, são medidas justas e necessárias para o reestabelecimento do equilíbrio contratual, assim como a restituição, seja do credor, seja do devedor, de parte do cumprimento contratual.

Conclui-se, desta maneira, ser plenamente aplicável a teoria do inadimplemento antecipado do contrato, segundo esses pressupostos e elementos, sem contrariar os princípios gerais do direito civil, particularmente aqueles inaugurados no Código Civil de 2002, que prestigiam a Constituição Federal de 1988.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert et al. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5703-2/cfi/6/10!/4/4@0:85.7>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970888/cfi/6/10!/4/4@0:8.27>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p.113-120, abr. 1998.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito civil brasileiro**. 2014. 2013 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11022015-114044/pt-br.php>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual: Modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2005.

CAVALLI, Cássio. **Mora e utilidade: os standars da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. (Direito das obrigações).

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA, Raphael Augusto. **O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato**. 2015. 294 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11122015-083624/pt-br.php>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito civil: fatos jurídicos**. Caxias do Sul: EducS, 2010. Disponível em: <<https://ucs.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570615688/pages/7>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

____. **Direito Civil: contratos**. Caxias do Sul: EducS, 2011. 380 p.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e inadimplemento substancial**. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522489763/cfi/35!/4/4@0.00:6.36>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Volume 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217211/cfi/4!/4/4@0.00:8.33>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970574/cfi/6/12!/4/2/2/2@0:0>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, volume 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636705/cfi/4!/4/4@0.00:11.4>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625259/cfi/4!/4/4@0.00:7.91>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. **Pressupostos da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa no Código Civil brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-01082011-154849/pt-br.php>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: Fundamentos de etica juridica**. Madrid: Civitas, 1993. 202 p. (Monografias civitas). Trad. Luis Díez-Picazo.

LEAL, Adilson et al. **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro: Aspectos polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2014. Coord. Fátima Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486434/cfi/17!/4/4@0.00:3.24>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

LEMES, Daniela. **Obras da Copa não têm previsão para serem finalizadas**. 2017. Grupo Bandeirantes. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/cidades/rs/noticia/100000845569/obras-da-copa-nao-tem-previsao-para-serem-finalizadas.html>>. Acesso em: 05 maio 2017.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINANGELO, Rafael. **A violação positiva do contrato e o inadimplimento dos deveres laterais impostos pela boa-fé**. 2005. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6374>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção professor Agostinho Alvim). Coord. Renan Lotufo.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8108>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Recepção do Incumprimento Antecipado no Direito Brasileiro: configurações e limites. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p.30-48, jul. 2009.

MATTIETTO, Leonardo. Princípios do direito obrigacional: função social e relatividade do contrato. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, n. 7, p.195-210, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista07/Docente/06.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de direito civil: dos contratos e dos atos unilaterais**: para concursos, exame da Ordem e graduação em direito. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522489312/cfi/4!/4/4@0.00:19.2>>. Acesso em: 21 out. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4939-6/cfi/5!/4/4@0.00:51.4>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Teoria geral das obrigações. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 Volume II. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974558/cfi/6/10!/4/2/4/2/2@0:2.90>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. 2003. Artigo publicado na página oficial. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. 2013. 236 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28032014-144357/pt-br.php>>. Acesso em: 08 maio 2017.

SICA, Maria Isabel Carvalho. **Inadimplemento antecipado**. 2014. 193 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06032015-123748/pt-br.php>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Fgv, 2006.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça. **Revista Científica da Escola Paulista de Direito: EPD**, São Paulo, n. 1, p.22-33, maio 2005. Coordenação científica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

____. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 v. 2. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968588/cfi/6/10!/4/4@0:50.0>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

____. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Atual. e ampli.. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/cfi/6/10!/4/6/18/2@0:71.5>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (Coleção direito civil; v. 2). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000527/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 18 maio 2017.

____. **Direito civil: contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009774/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 21 out. 2017.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção professor Agostinho Alvim). Coordenação Renan Lotufo. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502161917/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 24 jun. 2017.