

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Lucas Gaspar de Oliveira Martins

**Contornos do inadimplemento absoluto, da  
mora e do adimplemento substancial: principais  
características e distinções.**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Lucas Gaspar de Oliveira Martins

**Contornos do inadimplemento absoluto, da  
mora e do adimplemento substancial: principais  
características e distinções.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil e das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha.

SÃO PAULO

2008

**Banca Examinadora**

---

---

---

## **Agradecimentos**

Gostaria de agradecer ao Professor Silvio Luís Ferreira da Rocha, exemplo de dignidade e sabedoria, a dedicação a mim dispensada desde a graduação e a orientação segura. Aos Doutores Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni, estimados Professores, pelos valiosos ensinamentos vivenciados durante o Curso de Pós-Graduação nesta Universidade; à minha querida irmã Clara e ao Igor, pelo carinho fraterno; à minha madrinha Maria Helena, pela presença constante em minha vida; à Dona Marina e Márcia, pela atenção a mim dispensada. Agradeço também às Doutoradas Célia Maria Nicolau Rodrigues, Lívia Rossi Dias e ao Doutor Fernando Eduardo Serec pelo apoio profissional irrestrito e incentivo aos estudos acadêmicos, bem como a todos os demais companheiros de advocacia do Setor Contencioso Cível de Tozzini Freire Advogados.

## **Dedicatória**

Dedico este trabalho a meus pais Paulino e Suzana, pelo amparo, pela dedicação e educação transmitidos ao longo de minha vida; e à minha amada mulher Juliana, que me ajudou a superar, com amor e compreensão, os momentos difíceis surgidos na trajetória desta dissertação.

## RESUMO

Inspirado pela nova visão do fenômeno obrigacional, atribuindo-lhe critérios valorativos e éticos quanto ao fenômeno da inexecução da obrigação, este trabalho aborda aspectos conceituais da mora, do inadimplemento absoluto e do adimplemento substancial, suas distinções fundamentais e institutos correlatos. Além de retomar a valiosa doutrina tradicional, buscou-se a releitura desses institutos à luz do Código Civil. O estudo partiu da noção geral do conceito e das modalidades do inadimplemento das obrigações. Superada esta etapa, procurou-se conceituar os institutos do inadimplemento absoluto e da mora, diferenciando-os em seus aspectos mais relevantes.

Postos os fundamentos dessas espécies de inadimplemento das obrigações, visou-se posicionar um instituto jurídico advindo do sistema da *common law*, denominado adimplemento substancial, a partir de sua origem histórica e de sua construção no Direito estrangeiro. Nesse cenário, importou-se em justificar o desenvolvimento desta teoria a partir da aplicação do princípio da boa-fé objetiva como norma de limitação ao exercício do direito subjetivo de resolução dos contratos, no sentido de impor maior justiça e certa limitação quanto à configuração do inadimplemento, ampliando as possibilidades de manutenção do vínculo contratual nos casos em que se verifica um descumprimento mínimo da prestação pactuada. Tratou-se, em seguida, de aprofundar este instituto, a partir de suas especializações funcionais, dos critérios para a correta valoração da gravidade do descumprimento e de suas hipóteses de concretude, exemplificadas pela atividade jurisdicional desenvolvida pelo Poder Judiciário brasileiro.

Tudo, enfim, para se ter condições técnicas e teóricas de estabelecer os contornos distintivos entre esta teoria e figuras correlatas apresentadas anteriormente, individualizando comparativamente aquele instituto à mora e ao inadimplemento absoluto, além de outros institutos do Direito obrigacional brasileiro, como o cumprimento defeituoso, o adimplemento parcial das obrigações divisíveis e indivisíveis, a impossibilidade parcial, bem como o enriquecimento sem causa, com o escopo primordial de encontrar conseqüências mais positivas diante da constatação do inadimplemento, que prestigia a nova realidade do contrato e livra-o das amarras da resolução contratual.

## ABSTRACT

Inspired by the new vision of the phenomenon of the obligation, attributing to it values and ethics regarding the non-execution of the obligation, this work covers conceptual aspects of default, material breach and substantial performance, its fundamental distinctions and correlated institutes. In addition to resuming the valuable traditional legal teachings, it sought a new reading of these institutes in light of the Civil Code. The study started from the general notion of the concept and modalities of breach of contracts. After exhausting this stage, sought to form an opinion about the institutes of material breach and default, differentiating them in their most relevant aspects.

After presenting the grounds for these types of default of obligations, sought to position a legal institute originating from the *common law* system, namely substantial performance, as of its historical origin and its construction in foreign Law. In this scenario, sought to justify the development of this theory as of the application of the principle of good faith as a rule for limitation of the exercise of the subjective right of termination of contracts, in order to impose greater justice and a certain limitation regarding the configuration of default, expanding the possibilities of maintenance of the contractual relationship in the events in which a minimum default of the obligation agreed is verified. Next, sought to deepen this institute, as of its functional specializations, the criteria for the correct assessment of the seriousness of the breach and its concreteness events, exemplified by the jurisdictional activity developed by the Brazilian Judiciary.

All, at last, to have technical and theoretical conditions to establish the distinctive outlines between this theory and the correlated figures presented above, comparatively individualizing that institute to default and material breach, in addition to other institutes of the Brazilian contracts Law, such as defective performance, partial default of divisible and undivisible obligations, partial impossibility, as well as unjust enrichment, with the primordial scope to find more positive consequences, in light of the verification of default, which gives prestige to the new reality of contracts and frees it from the ties of contractual termination.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>I</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>II</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>5</b>
DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES: CONCEITO E MODALIDADES.....	5
1.1 Conceito de inadimplemento .....	5
1.2 Modalidades de inadimplemento.....	9
1.2.1 Cumprimento inexacto .....	10
1.2.2 Cumprimento retardado.....	15
1.2.3 Incumprimento definitivo ou inadimplemento absoluto .....	16
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>17</b>
DO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E DA MORA: CONTORNOS E DISTINÇÃO ...	17
2.1 Contornos do inadimplemento absoluto .....	17
2.1.1 Conceito.....	17
2.1.2 Classificação.....	20
2.1.3 Da abrangência do instituto em face do descumprimento de deveres laterais .....	24
2.2 Contornos da mora .....	25
2.2.1 Do conceito clássico de mora .....	25
2.2.2 Do conceito de mora e seus elementos no Direito brasileiro .....	27
2.2.3 Da culpa do devedor ou do credor para a concretização do suporte fático da mora .....	29
2.2.4 Da mora nas obrigações negativas.....	33
2.3 Da distinção entre mora e inadimplemento absoluto .....	35
2.3.1 Da necessidade de distinguir mora de inadimplemento absoluto e da regra.....	36
adotada pela doutrina dos escritores estrangeiros e nacionais	
2.3.2 Aplicação da regra sobre obrigação negativa, a fórmula exata para a distinção e....	39
sua aplicação em face da mora do credor	
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>41</b>
TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E .....	41
EXEMPLOS NO DIREITO ESTRANGEIRO	
3.1 Síntese da origem histórica.....	42
3.2 Teoria do adimplemento substancial no Direito estrangeiro .....	46
3.2.1 Países da <i>civil law</i> : Itália, Portugal, Alemanha, França, Espanha e Argentina .....	47
3.2.2 Países da <i>common law</i> : Inglaterra e Estados Unidos da América .....	51
3.2.3 Direito Internacional: Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de.....	56
Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980); Princípios dos Contratos	
Comerciais Internacionais da UNIDROIT e Direito Europeu	
3.2.4 Síntese dos aspectos definitórios da teoria no Direito estrangeiro .....	59
3.3 Da atuação do princípio da boa-fé objetiva .....	60
3.3.1 A boa-fé no Direito brasileiro.....	60

3.3.2 A boa-fé como princípio jurídico .....	63
3.3.3 As funções do princípio da boa-fé objetiva .....	67
3.3.4 A boa-fé objetiva como fundamento da teoria do adimplemento substancial.....	69
<b>CAPÍTULO 4.....</b>	<b>73</b>
<b>CONTORNOS TEÓRICOS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO.....</b>	<b>73</b>
<b>BRASILEIRO: FUNÇÕES, HIPÓTESES DE CONCRETUDE E DISTINÇÕES ENTRE INSTITUTOS CORRELATOS</b>	
4.1 Das funções da teoria do adimplemento substancial .....	73
4.1.1 Adimplemento substancial e resolução dos contratos .....	73
4.1.2 Adimplemento substancial e cláusula resolutiva expressa ou contratual.....	77
4.1.3 Adimplemento substancial e exceção de contrato não cumprido.....	79
4.2 Dos critérios para se valorar a gravidade do descumprimento.....	82
4.3 Hipóteses de concretização da teoria do adimplemento substancial .....	85
4.3.1 Inadimplemento de escassa importância de prestação principal .....	86
4.3.2 Inadimplemento de prestação acessória e adimplemento substancial .....	91
4.3.3 Atraso no cumprimento e adimplemento substancial.....	94
4.3.4 Vícios redibitórios e evicção parcial: aplicabilidade da teoria.....	95
4.4 Contornos distintivos entre institutos correlatos .....	97
4.4.1 Adimplemento substancial e adimplemento inexato ou defeituoso .....	97
4.4.2 Adimplemento substancial e inadimplemento absoluto .....	99
4.4.3 Adimplemento substancial e mora .....	101
4.4.4 Adimplemento substancial e adimplemento parcial de obrigações divisíveis e.....	104
indivisíveis	
4.4.5 Adimplemento substancial e impossibilidade parcial .....	105
4.4.6 Adimplemento substancial e o enriquecimento sem causa .....	107
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>110</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>121</b>

## INTRODUÇÃO

O Direito das obrigações exerce um papel fundamental na realização do fenômeno social da colaboração econômica entre os homens, na medida em que se constitui uma ferramenta essencial para o trânsito jurídico na repartição, circulação e produção de riqueza. Seu espectro de atuação está sob a influência de princípios éticos e sociais que orientam a nova concepção do contrato, e conseqüentemente das obrigações, procurando obter uma solução mais justa e resguardar os interesses dignos de proteção legal.

Trata-se de uma nova concepção de conceitos e fundamentos, com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social, como princípios jurídicos fundantes da ordem econômica e da livre iniciativa.

O Código Civil brasileiro conferiu a positivação dessa nova orientação e passou a desempenhar um novo papel no ordenamento jurídico privado a partir da normatização de princípios constitucionais, outorgando maior concretude a essas normas no âmbito do Direito das obrigações e do Direito contratual, de modo a criar uma verdadeira transformação no sentido de superar a visão tradicional da autonomia da vontade para a autonomia privada e a positivação da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Esses novos princípios superaram determinados dogmas como o absolutismo da regra do *pacta sunt servanda* e passaram a exercer o papel de incorporar ao contrato a noção de função social, por justamente ter sido negociado, celebrado e executado segundo os ditames da boa-fé objetiva, como verdadeiro modelo de comportamento que não ofende os bons costumes e a ordem pública, sendo merecedor de proteção legal.

Nesse sentido, a obrigação passou a ser visualizada de maneira complexa. Deste modo, a relação obrigacional admite a coexistência de direitos e deveres principais com outros que os extrapolam, surgidos antes, durante e depois do nascimento do contrato, mitigando a exclusividade atribuída à autonomia privada para dar lugar também à boa-fé objetiva como fundamento do direito das obrigações.

Essas transformações impactaram profundamente o fenômeno do cumprimento das obrigações recíprocas, cujo objetivo primordial consiste na satisfação do interesse do credor por meio do regular adimplemento da obrigação pelo devedor. Assim, tanto a execução, quanto à inexecução deverão ser visualizadas à luz dos princípios que fundamentam o ordenamento jurídico privado brasileiro, tais como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a autonomia privada e o equilíbrio entre as prestações. Não mais se visualiza de forma limitada a inexecução de uma obrigação, mas sim complexamente, tendo em vista a aplicar com justiça social a dicotomia interesse do credor versus proporcionalidade do adimplemento da obrigação pelo devedor.

Diante desta nova concepção, procuramos situar no âmbito do moderno Direito obrigacional os institutos da mora, do inadimplemento absoluto e do adimplemento substancial. Iniciou-se a pesquisa no Capítulo 1 a partir da noção geral do inadimplemento, seu conceito e suas modalidades, tal como definido pelo jurista português António Menezes de Cordeiro, em cumprimento inexato, cumprimento retardado e incumprimento definitivo. Esta abordagem tem por escopo demonstrar a amplitude do tema e permitir uma delimitação do presente trabalho nos temas pretendidos.

Ao passarmos pela noção geral do inadimplemento das obrigações, delineamos, no Capítulo 2, os aspectos conceituais do inadimplemento absoluto, seu conceito, sua classificação e abrangência em face do descumprimento de deveres laterais. Além disso, apresentamos o conceito clássico de mora e seus elementos no Direito brasileiro, bem como foram desenvolvidas as temáticas da culpa para a concretização do suporte fático da mora e a da configuração do instituto nas obrigações negativas. A apresentação desses aspectos conceituais teve por escopo permitir a elaboração de uma distinção entre os dois institutos a fim de não confundir suas hipóteses de incidência. Tendo em vista que os propósitos do presente trabalho se voltaram para a diferenciação entre os institutos referidos e o adimplemento substancial, buscamos fixar tão somente os conceitos úteis para a correta correlação a ser desenvolvida com a temática da teoria da *substantial performance* descrita nos capítulos subsequentes.

Fixados os parâmetros da noção geral do inadimplemento das obrigações e dos institutos da mora e do inadimplemento absoluto, adentramos, no Capítulo 3, na análise da teoria do adimplemento substancial, a começar por uma síntese de sua evolução a partir da história da resolução dos contratos e os primeiros precedentes da teoria na Inglaterra. A seguir, a fim de aprimorar a análise do tema, trouxemos a visão deste instituto pelos ordenamentos jurídicos de países como Itália, Portugal, Alemanha, França, Espanha e Argentina, que adotam o sistema da *civil law*, como é o caso do sistema brasileiro, bem como dos países da *common law*, como Estados Unidos da América e Inglaterra, onde primariamente esta teoria foi construída. Igualmente, na esfera do Direito internacional, identificamos a utilidade em abordar esta temática, consoante convenções e tratados que fazem referência ao respeito de princípios contratuais e em especial às conseqüências inerentes ao adimplemento substancial. O escopo desta apresentação foi demonstrar que em certa medida a teoria, no estágio em que se encontra no Direito estrangeiro, é aplicável ao sistema jurídico brasileiro.

A fim de apresentar o substrato conceitual da teoria, dissertamos acerca da boa-fé objetiva, fixando resumidamente seus contornos no Direito brasileiro e sua atuação enquanto princípio jurídico, além de fixar suas funções, o que redundará na aplicabilidade da teoria em foco sob o argumento de que a função defensiva da boa-fé objetiva lhe serve de fundamento.

Com todas essas conceituações e constatações advindas dos capítulos anteriores do trabalho, apresentamos o conteúdo do adimplemento substancial no Direito brasileiro, buscando inicialmente identificar as especializações funcionais da teoria como limite ao exercício regular do direito à resolução, seja decorrente de texto legal, seja de convenção entre as partes e como impeditivo do uso da exceção do contrato não cumprido quando a lesão aos interesses do credor for de escassa importância. Ademais, entendemos relevante tratar dos critérios que devem ser adotados para a avaliação da gravidade do inadimplemento e das hipóteses de concretização e aplicação da teoria no inadimplemento da prestação principal, no inadimplemento de prestações acessórias ou laterais de conduta, no atraso no cumprimento, bem como nos vícios redibitórios e na evicção.

Por último, para enriquecer o debate, tivemos a preocupação de estabelecer contornos distintivos entre institutos correlatos, tal como o cumprimento defeituoso, inadimplemento absoluto e mora, aproveitando-se os conceitos já fixados nos capítulos anteriores. Ademais, acreditamos relevante delinear os contornos distintivos do adimplemento substancial em comparação ao adimplemento parcial de obrigações, à impossibilidade parcial e ao enriquecimento sem causa.

Cabe aqui a advertência de que o tema escolhido relaciona-se, em maior ou menor grau, com os diversos temas do Direito das obrigações, dos contratos e até mesmo de outros campos do conhecimento jurídico. Para citar alguns exemplos, mencionaremos temas como a relação jurídica obrigacional complexa, a função social do contrato, a violação positiva do contrato, a exceção de contrato não cumprido, o vínculo sinalagmático, a autonomia privada e a resolução de contratos, todos merecedores de um trabalho monográfico individualizado.

Em razão de o presente trabalho versar sobre os contornos conceituais da mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial e suas distinções relevantes, e que o rigor científico determina a maior proximidade possível com o tema proposto, os assuntos periféricos acima referidos serão tratados no limite da fixação dos conceitos envolvendo as questões primordiais do trabalho.

## CAPÍTULO 1

### DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES: CONCEITO E MODALIDADES

#### 1.1 Conceito de inadimplemento

É de fundamental importância discorrer primeiramente acerca da definição do inadimplemento, uma vez que o Código Civil, a exemplo do anterior, não o define, limitando-se a discorrer sobre os seus efeitos e modalidades, conforme os artigos 398 e seguintes.

Na grande maioria dos casos, as obrigações são espontaneamente cumpridas, isto é, realizada voluntariamente a prestação, a obrigação preenche, em regra, a sua função, satisfazendo, através do meio próprio (cumprimento), o interesse do credor e liberando o devedor do vínculo a que se encontrava adstrito. Nascida a relação obrigacional, esta se desenvolve para o seu fim, ou seja, para o adimplemento, também chamado, mais estritamente de ‘cumprimento’, ‘execução’, ‘pagamento’.

De um lado, por adimplemento deve-se compreender a realização pelas partes e conforme seus deveres específicos de todos os interesses envolvidos na relação obrigacional e emanados do vínculo, sejam eles do credor, sejam do devedor, possuindo este conjunto de interesses como norte básico, porém, os interesses daquele.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Isso decorre do fato de a relação obrigacional ser visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. “O Exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto a sua compreensão como processo, mas antes o complementa”. “Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos. A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”. “Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções”. “Se o conjunto não fosse algo ‘orgânico’ diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido de vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura”. “Importa, no entanto, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente”. “A ‘obrigação como processo’ compõe-se em sentido largo do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesses do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação. A atração pelo adimplemento determina mútuas implicações das regras que se referem ao nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional. Assim, há regras que se dirigem à prestação, e mesmo ao seu objeto, que produzem conseqüências no desdobramento da relação. E o próprio ordenamento jurídico, ao dispor sobre o nascimento e o desenvolvimento do ‘*vinculum obligationis*’ tem presente o sentido, o movimento e o fim da mesma relação, ou seja, em forma processual, dos fatos que tendem ao adimplemento do dever”. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5-13.

Por outro lado, pode-se definir inadimplemento como a não realização da prestação devida. Entretanto, esta definição não é apropriada por se referir exclusivamente à prestação principal.

De fato, o inadimplemento é a situação objetiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede. Dada à existência de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, o conceito de inadimplemento deve ser construído também em observância desses fatores dentro de uma noção de obrigação complexa<sup>2</sup>, integrada por um conjunto de direitos e deveres que atingem ambas as partes, isto é, credor e devedor.

É bastante comum a compreensão do adimplemento como satisfação dos interesses do credor. No entanto, admitindo-se e fazendo-se uso da noção de relação obrigacional complexa, deve-se relativizar esta visão de adimplemento, de forma a incluir nela também os interesses de devedor. Veja-se que, apesar de serem os interesses do credor o norte do adimplemento, não se pode desprezar os interesses do devedor.<sup>3</sup>

A realização do adimplemento, assim, inicia-se e se encerra independentemente do cumprimento dos deveres de prestação (primários ou secundários), estendendo-se muitas vezes para além da extinção destes deveres inerentes à responsabilidade pós-contratual. Do

---

<sup>2</sup> No Direito Romano a obrigação era vista como um vínculo estático: de um lado, o direito subjetivo de receber o crédito, de outro, o dever jurídico de pagar o débito. Nesse sentido, credor e devedor situados em pólos apartados, em posições antagônicas, sendo o primeiro, titular dos direitos e o segundo, dos deveres e nada mais. Contudo, modernamente, não mais vige esta concepção, uma vez que a relação obrigacional passou a ser compreendida como um processo de cooperação, à medida que o vínculo obrigacional passou a ser visto de forma dinâmica, dele decorrendo deveres para ambos os pólos da relação jurídica. Isso porque esta relação é polarizada por uma finalidade tutelada pelo direito: a cooperação social mediante o intercâmbio de bens e serviços. Para que tal finalidade seja alcançada, é necessário que a obrigação seja cumprida, resultando daí que a relação obrigacional deixe de ser apenas a soma de crédito e débito, estaticamente considerados. Por ser a relação obrigacional compreendida como uma ordem de cooperação, deveres anexos são agregados ao dever principal, o que permite atingir o pleno adimplemento, isto é, a satisfação total do credor em seu interesse na prestação. E, assim, os binômios credor/devedor e direito subjetivo/dever jurídico, ainda que permaneçam no cerne da relação obrigacional, já não esgotam o seu conteúdo, pois na verdade trata-se de uma relação obrigacional complexa, integrada por um conjunto de direito e deveres recíprocos, que portanto atingem ambas as partes. Sobre o tema, SILVA, Clóvis V. do Couto, *A obrigação como processo*, *op. cit.*, p. 5-7.

<sup>3</sup> BIANCA, C. Massimo. *Inadempimento delle obbligazioni*. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1979, p.9.

mesmo modo que supõe passar por uma série de etapas preliminares, denominadas de atos-condição para o adimplemento.

Tem-se que não realizados quaisquer desses interesses (direitos ou deveres) por quaisquer das partes haverá o inadimplemento, ainda que não se chegue à análise da eventual inexecução da prestação principal. Assim, inadimplemento pode ser definido como o não cumprimento por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional.

Na terminologia técnica, diz-se não cumprimento da obrigação (inadimplemento), que significa justamente que a prestação não foi realizada, nem pelo devedor, nem por terceiro e que, ademais, a obrigação não se extinguiu por nenhuma das outras causas de satisfação além do cumprimento, como a remissão, compensação, ou confusão.

Pode-se pensar, então, como faz Antunes Varela, que o não cumprimento pode definir-se, com maior propriedade, como a não realização da prestação devedora, sem que entretanto se tenha verificado qualquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional. Na grande massa dos casos, o não cumprimento da obrigação assenta na falta de ação (prestação positiva) exigida do devedor. Mas pode também consistir na prática do ato que o obrigado deveria não realizar, nos casos em que a obrigação tem por objeto uma prestação negativa (não usar, por exemplo, a coisa recebida em penhor ou depósito).<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> “Sob a designação genérica de não cumprimento, que encabeça, ao lado do cumprimento, um dos capítulos (VII) mais importantes do Livro das Obrigações, cabem assim, situações muito diferentes, que importa distinguir e classificar, visto não ser o mesmo regime jurídico que lhes compete. Entre as distinções teoricamente possíveis, curar-se-á especialmente das duas mais importantes que transparecem entre cruzadas uma com a outra, quer na terminologia e na sistematização legais da matéria, quer nos pressupostos da disciplina que a lei fixa. Trata-se da distinção entre o não cumprimento definitivo e o simples retardamento (ou mora), de um lado; e entre o não cumprimento imputável ao devedor (a falta de cumprimento) e o que lhe não é imputável, do outro”. Note-se, aliás, que o cumprimento e o não cumprimento não esgotam, na sistematização legal e científica da matéria, todas as situações que interessam ao momento culminante da extinção da obrigação. Ao lado de um e outro, como possíveis vicissitudes da relação obrigacional, figuram ainda (abstraindo da prescrição ou da caducidade de direito, da nulidade, da anulação, da denúncia ou da revogação da relação creditória) as (legalmente) chamadas causas de extinção das obrigações além do cumprimento. Nestes casos, embora se não realize a prestação devedora mediante funcionamento regular do vínculo obrigacional, a obrigação extingue-se, ou porque se satisfaz indirectamente o direito do credor à prestação (dação em pagamento, compensação ou novação), ou porque se cumpriu validamente o dever de prestar (consignação em depósito e, em certo sentido a compensação) ou porque se perdeu o direito de crédito (prescrição, remissão ou confusão). VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999, v. II, p.60-62.

Com base nas lições de Michele Giorgianni, Renan Lotufo comenta que “ao se falar em inadimplemento, comumente se enfatiza o seu aspecto subjetivo, isto é, o referido à culpa do devedor frente à obrigação que lhe incumbe. No entanto, o inadimplemento serve, também para designar a situação objetiva, que se especifica na falta de satisfação do interesse do credor, prescindindo do comportamento culposo do devedor. O aspecto objetivo do inadimplemento assume uma função de alto relevo no sistema, dado que a culpa, ou imputabilidade do devedor, enquanto constituem o pressuposto da sanção de ressarcimento do dano, conforme o artigo 1218, do Código Civil Italiano nem sempre vem a constituir o pressuposto dos outros meios de tutela atribuídos ao credor em face da não satisfação do seu interesse”<sup>5</sup>.

Toda vez que credor ou devedor não cumprir a obrigação, o princípio da boa-fé objetiva, as disposições legais cogentes ou mesmo supletivas aplicadas ao caso, estar-se-á diante de inadimplemento. Assim, poderá haver inadimplemento e, conseqüentemente, responsabilidade mesmo nas hipóteses em que a prestação tida como principal tiver sido cumprida.

Pode-se retirar disso, a primeira classificação relativa à causa do descumprimento. Cuida-se da distinção entre inadimplemento objetivo e subjetivo. Quando se fala de inadimplemento a tendência normal é salientar-se seu aspecto subjetivo, ou seja, o comportamento culposo do obrigado na direção contrária devida pela obrigação. No entanto, o inadimplemento também veicula um significado objetivo, relacionado exclusivamente com a ausência de satisfação dos interesses decorrentes da relação, prescindindo-se assim do comportamento (eventualmente) culposo de alguma das partes.

Essa distinção é importante em face das várias conseqüências que o direito positivo imputa à ausência, pura e simples, de correto adimplemento, assim como serve para melhor

---

<sup>5</sup> A tradicional afirmação, que se funda sobre a culpa do devedor todos os remédios postos à disposição do credor, deve, por isso, ser revista: pois de outra parte – especialmente nos contratos sinalagmáticos (com prestações respectivas) o interesse do credor merece proteção segura e adequada, inclusive nas hipóteses em que o adimplemento foi impedido por causas estranhas à “imputabilidade” do devedor. LOTUFO, Renan, *Comentários ao novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.425-426.

demonstrar a separação existente entre o inadimplemento em si e a responsabilização civil dele decorrente, o que, apesar de trivial, muitas vezes se mostra nebuloso.<sup>6</sup>

Importante ressaltar, quanto à causa, que o inadimplemento pode ser imputável ou inimputável ao devedor. Será imputável quando o descumprimento da obrigação for decorrente de ato seu. Contrariamente, será inimputável toda vez que a prestação não puder ser cumprida em razão de um ato ou fato que lhe é alheio. Assim, se a prestação tornou-se impossível por ato de terceiro, por ato do credor ou mesmo por caso fortuito ou de força maior, estar-se-á diante de inadimplemento inimputável. A consequência do inadimplemento imputável ao devedor é a sua responsabilização pelas perdas e danos, se estas existirem, que deverão ser indenizadas ao credor. Não sendo imputável o descumprimento, não há como falar em dever de indenizar.<sup>7</sup>

## 1.2 Modalidades de inadimplemento

Muito embora nos capítulos seguintes adote-se o critério utilizado por Agostinho Alvim<sup>8</sup>, de classificar as modalidades de inadimplemento em inadimplemento absoluto e mora, parece-nos adequada para fins de ordenação temática a classificação<sup>9</sup> elaborada por

---

<sup>6</sup> De acordo com a sistemática do Código Civil, no que se refere ao descumprimento das obrigações, parece haver lugar para falar em culpa como pressuposto do dever de indenizar. O art. 389 é expresso ao afirmar que, 'não cumprida a obrigação responde o devedor por perdas e danos', não fazendo qualquer menção a culpa. Ainda, o artigo 393 somente afasta tal responsabilidade quando ocorre caso fortuito ou força maior que, segundo a sistemática consagrada da responsabilidade civil, são excludentes do nexo de causalidade e não a culpa. Também em se tratando de mora do devedor, o art. 396 a afasta quando não houver fato ou omissão imputável ao devedor, reforçando a questão da imputabilidade já afirmada. Assim, é de todo relevante indagar se houve culpa do devedor ou não, para o descumprimento da obrigação. Apenas importa verificar se o incumprimento foi resultante de sua conduta ou de fato alheio à sua vontade. Essa forma de ver a responsabilidade contratual encontra amparo no princípio da socialidade, diretriz geral do Código, na medida em que importa em maior socialização dos riscos. Por outro lado, a 'doutrina da culpa' é de cunho estritamente individualista e liberal, visto que se entendeu ser injusta a imposição de sanção não havendo culpa provada. De fato a tendência em matéria de responsabilidade contratual é o aumento da responsabilidade do devedor em casos de descumprimento. Prova disso é a construção doutrinária e jurisprudencial no tocante ao fortuito externo e fortuito interno. O primeiro ocorre quando o fato ou acontecimento relacionado à atividade desempenhada ao devedor, sendo, portanto, em regra, evitável, razão pela qual sua responsabilidade não resta afastada. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t.1, p. 201.

<sup>7</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Professor Agostinho Alvim/Coordenação Renan Lotufo, p.24.

<sup>8</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p.6-7.

<sup>9</sup> Nas lições de Eduardo Bussatta, "a simples divisão em adimplemento absoluto e mora, tal qual adotada pelo Código Civil, não satisfaz interesses de ordem prática, bem como não é didática. Contrariamente a outros

Michele Giorgianni<sup>10</sup>, seguida por António Menezes de Cordeiro<sup>11</sup>, em cumprimento inexato, cumprimento retardado e incumprimento definitivo<sup>12</sup>.

Pode parecer contraditório apresentar esta classificação e, em seguida, como será visto no capítulo 2, fazer uso da nomenclatura adotada por Agostinho Alvim em mora e inadimplemento absoluto. Contudo, na verdade, o que se busca aqui com a exposição desta classificação, é uma possível abordagem da mora como espécie de cumprimento inexato ou de cumprimento retardado, dependendo do aspecto da obrigação não atendido, conforme será visto a seguir.

### 1.2.1 Cumprimento inexato<sup>13</sup>

O devedor que realizar a prestação devida sem observar os princípios da boa-fé e da correspondência<sup>14</sup> implicará em cumprimento inexato. A obrigação é indevidamente cumprida quer pelo fato de que não observou um dever lateral de conduta, quer em razão da coisa entregue ou o serviço prestado não conter a qualidade exigível ou acordada, quer porque não cumpriu integralmente o modelo obrigacional a que estava vinculado.

ordenamentos jurídicos, como é o caso do português, que a mora abrange tão só o aspecto temporal do descumprimento, no Direito brasileiro, conforme dispõe o art. 394, a mora abrange todo e qualquer inadimplemento quanto ao tempo, ao modo ou mesmo ao lugar que a obrigação deve ser cumprida. Isso, além de romper com a tradição de versar a mora somente sobre o aspecto temporal do cumprimento, faz com que se juntem num mesmo conceito e tratamento hipóteses as mais diversas de descumprimento, como de mero atraso até inobservância da qualidade devida. Por essa razão, preferiu-se para diferenciar as modalidades de inadimplemento a adoção da classificação acima descrita, que acaba por permitir melhor especificação e, conseqüentemente, melhores soluções práticas para os casos verificados”. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial, op. cit.*, p.25.

<sup>10</sup> GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento. Corso di Diritto Civile*. 3ª edizione. Milano: Giuffrè, 1975, p.29.

<sup>11</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v.2, p. 439-457.

<sup>12</sup> No presente trabalho as expressões - incumprimento definitivo e inadimplemento absoluto - são sinônimas.

<sup>13</sup> O instituto do cumprimento inexato é denominado pela doutrina também como cumprimento imperfeito, ruim ou defeituoso. Nesse sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2.ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: editora AIDE, 2004, p. 123 e s. e CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações, op.cit.*,v.2, p.440 e GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.201.

<sup>14</sup> “O princípio da correspondência diz respeito à proposição segundo a qual o comportamento devido deve reproduzir, qualitativamente, o figurino abstrato de comportamento dado pelo binômio ‘direito à prestação – dever prestar’. Na nossa doutrina vem comumente expresso pelas denominações ‘identidade’ ou ‘pontualidade’. Porém, nesta última acepção é preciso atenção: não se pode limitar a pontualidade ao tempo da prestação”. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, cit.*, v. 5, t.1, p. 95.

Neste instituto fica excluído o aspecto temporal, posto que o cumprimento inexato refere-se ao pagamento feito na data acordada, mas diferente do devido. “Dizemos que há cumprimento ou prestação inexata sempre que chegado o prazo para a sua execução, esta seja efetivada em termos que não correspondem à conduta devida. A não correspondência pode advir de algum dos vários fatores acima referidos, como seja a insuficiência, a má qualidade etc., do comportamento, face à atitude devida. Por isso só caso a caso é possível indagar da excelência da prestação efetuada.”<sup>15</sup>

A doutrina costuma diferenciar a inexatidão qualitativa da quantitativa<sup>16</sup>.

O cumprimento inexato quantitativo se configura por meio do descumprimento do princípio da integralidade, satisfazendo parcialmente a prestação a que estava adstrito, como no caso em que o devedor obrigou-se a pagar ao credor R\$100,00 (cem reais) e no vencimento somente cumpre com R\$80,00 (oitenta reais).<sup>17</sup>

Já a inexatidão qualitativa equipara-se ao cumprimento defeituoso, também chamado de violação positiva do contrato<sup>18</sup>, que corresponde a uma desconformidade entre a prestação devida e a que foi realizada. Jorge Cessa Ferreira da Silva, ao criticar o fato dessas situações serem tratadas como mora do devedor no Direito pátrio, conforme o art. 394 do Código Civil<sup>19</sup>, afirma que:

---

<sup>15</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações*, op. cit., v.2, p.440.

<sup>16</sup> GIORGIANNI, Michele. *L' inadempimento*, p.40-46.

<sup>17</sup> Exemplo extraído da obra de Eduardo Bussatta, *Resolução dos contratos e adimplemento substancial*, op.cit., p.28.

<sup>18</sup> O inadimplemento defeituoso é oriundo da teoria da violação positiva do contrato contemplada pelo direito alemão pelos ensinamentos de Hermann Staub, que detectou a ausência de previsão legal para este instituto no Código Civil alemão. Não havia previsão legal para as situações de inadimplemento resultante de um incumprimento imperfeito. Essa modalidade aproxima-se do inadimplemento absoluto por desnaturar o programa contratual como um todo, mas assume sua autonomia em razão de aspectos que lhe são específicos como o cumprimento integral da obrigação, mas de forma defeituoso, sem aproveitamento do credor o que reverte o instituto para um inadimplemento absoluto. Essa espécie de inadimplemento consiste no cumprimento da obrigação pelo devedor, mas embora preste, deixa de proceder como deveria, ocorrendo a violação positiva do contrato, que abarca as seguintes hipóteses: 1) incumprimento de obrigações negativas; 2) falta de cumprimento de deveres de prestação; 3) mau cumprimento de obrigações duradouras pondo em risco os fins do contrato; 4) descumprimento de deveres laterais; e 5) recusa antecipada do devedor em cumprir o devido. Esta Teoria conservou sua importância ao longo de décadas até os presentes dias por abranger casos específicos que deverão ter tratamento jurídico nos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro. Sobre o tema: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>19</sup> *In verbis*: “Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

“As hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora”.<sup>20</sup> Segundo este entendimento a mora seria mero retardamento, como ocorre na maioria dos sistemas jurídicos<sup>21</sup>, admitindo, neste caso, que havendo cumprimento inexato qualitativo, tem-se a violação positiva quando ocorrer “inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”.<sup>22</sup>

A importância do tema, portanto, encontra-se na demonstração de que os casos de descumprimento de deveres laterais configuram verdadeiros casos de inadimplemento, capazes de provocar os efeitos comuns ao inadimplemento, como direito à resolução e a possibilidade de oposição do contrato não cumprido.

Para existir cumprimento defeituoso ou ainda verdadeiro descumprimento, António Menezes de Cordeiro ensina que, “para que um descumprimento defeituoso possa, ainda, merecer o epíteto de cumprimento, necessário é que tenha um mínimo de correspondência com a atitude devida”.<sup>23</sup> Isso nos leva a crer que é fundamental perquirir se a conduta realizada pelo devedor tem alguma correspondência com a atitude obrigada. Em caso positivo, configura-se o cumprimento inexato. Ao contrário, não havendo qualquer correspondência, configura-se simplesmente descumprimento.

O cumprimento imperfeito, no entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “compreende as violações contratuais por prestação incompleta ou defeituosa, gerando insatisfação do credor que pode ser de variada graduação”.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, *op. cit.*, p.145-146.

<sup>21</sup> Conforme o artigo 804 do Código Civil português: 1. A simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor. 2. O devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efetuada no tempo devido”. PORTUGAL. Código Civil (1966). *Código Civil português* atualizado aprovado pelo Decreto-Lei n.47.344, de 25 de novembro de 1966. Coimbra: Almedina, 1988. 822p.

<sup>22</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, *op. cit.*, p.272-273.

<sup>23</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das Obrigações*, *op.cit.*,v.2, p.440.

<sup>24</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p.123.

Segundo este autor, “a mora compreende a ‘inexistência’ da prestação, a prestação ‘tardia’, a efetuada ‘fora do lugar’ adequado, ou sem a ‘forma’ da convenção ou da lei. Além desses casos, porém, e portanto além do âmbito do artigo 394 do Código Civil, o contrato pode ser lesionado com o cumprimento da prestação de ‘modo’ imperfeito, seja porque desatende ao exigível para as circunstâncias (casos de execução defeituosa da prestação quanto ao modo), seja porque da prestação efetuada pelo devedor resultam danos ao credor (violação positiva do contrato). Cumprimento imperfeito pressupõe a existência de prestação mas efetivada de modo contrário à lei ou ao convencionado. Assim ocorre quando a prestação da obrigação de dar é concretizada sem que a coisa entregue tenha a qualidade ou quantidade previstas, quando o fornecimento foi por período inferior ao determinado, ou quando o serviço é executado com deficiência, e aí se incluem os casos de violação a contrato de fornecimento de serviços profissionais de médicos, advogados, engenheiros, etc.”<sup>25</sup>

Ruy Rosado ressalta também que “o cumprimento imperfeito pode estar ligado à própria prestação principal, e assim ofendê-la diretamente, mas também pode decorrer de descumprimento de obrigação acessória, sendo essa violação causadora da ofensa indireta à obrigação principal, gerando, conforme o caso, o seu desfazimento.”<sup>26</sup>

Além da desatenção ao modo de cumprimento da prestação devem ser aqui referidas as infrações contratuais positivas, que também pressupõem o cumprimento da prestação igualmente de modo imperfeito, mas com imperfeição que não está nela mesma, e sim no fato de causar ofensa ao interesse do credor.

Ruy Rosado Aguiar lembra que “a conceituação das violações contratuais positivas decorreu de estudos de STAUB (1902) ao verificar que o BGB, tratando dos casos de impossibilidade da prestação e da mora, não regulou todas as hipóteses de incumprimento do contrato, deixando de abranger atos positivos, contrários ao contrato, e atos de cumprimento defeituoso, causadores de danos pela ofensa a um outro dever de cuidado ou proteção, como

---

<sup>25</sup> *Idem*, p.123-124.

<sup>26</sup> *Idem*, p.124.

acontece na hipótese daquele que, cumprindo bem o serviço contratado, termina causando um outro dano à contraparte.”<sup>27</sup>

São exemplos clássicos desta hipótese citados por Karl Larenz: o caso do reformador do telhado que, depois de efetuar corretamente a reparação, descuidadamente produz incêndio nas madeiras da casa, violando, dessa forma, um dever de proteção; nas obrigações com prestações sucessivas, a falta de entrega de uma das prestações criando fundada desconfiança quanto à possibilidade de cumprimento das demais; nas relações contratuais que exigem cooperação duradoura, quando uma delas tem procedimento impertinente e especialmente ofensivo; quando há uma declaração terminativa do devedor de que não realizará a prestação devida e, ainda, na hipótese do dever de abster-se da prática de certos atos, depois da realização do contrato, como acontece na obrigação de omitir-se da venda de certos produtos ou da realização de certa atividade (instalação de uma padaria, vizinha àquela alugada)<sup>28</sup>.

No Brasil, o conceito de mora absorve as hipóteses de cumprimento imperfeito por defeito quanto à forma e ao lugar da prestação relativamente às obrigações principais e acessórias.

Contudo, “a omissão da nossa lei está em deixar de referir a ofensa quanto ao modo da prestação e omitir-se sobre a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa-fé, além de nada mencionar sobre quebra antecipada do contrato, hipóteses fora do campo da impossibilidade ou da mora, em sentido amplo. O título de violação contratual positiva é mantido porque consagrado pelo uso e designa (a) descumprimento dos deveres secundários, e (b) a quebra antecipada. Melhor seria classificar essas violações como infração ao princípio da boa-fé e infração antecipada do contrato deixando de lado a denominação violação contratual positiva”, como nos ensina Ruy Rosado.<sup>29</sup>

Havendo cumprimento defeituoso seguido de recusa ou rejeição por parte do credor, a hipótese não se distinguirá, em regra, do não cumprimento ou da mora, na medida em que a

---

<sup>27</sup> *Idem*, p.124-125.

<sup>28</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p.362 e s., t.I.

<sup>29</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p.126.

divergência da prestação com o pactuado ou determinado em lei revela-se de tal monta que o interesse do credor fica inteiramente insatisfeito.<sup>30</sup>

Contudo, quando o credor, apesar da inadequação, não recusa a contraprestação e sofre danos, desvalorizando a prestação, inviabilizando-a ou dificultando o fim a que objetivamente encontra-se vinculada, pode se configurar a violação positiva do contrato. Nesses casos, o cumprimento defeituoso gera não somente a obrigação de o devedor indenizar os danos causados ao credor, exigindo, se preferir, a reparação ou substituição da coisa ou a redução da contraprestação<sup>31</sup>, mas também a resolução do contrato se caracterizada sua violação substancial, com perda do interesse do credor.

### **1.2.2 Cumprimento retardado**

O cumprimento retardado é um fenômeno caracterizado a partir do descumprimento do princípio da correspondência ou pontualidade, que se consubstancia na obrigação do devedor em cumprir a prestação dentro do termo contratualmente acordado ou previsto em lei supletiva em caso de omissão do contrato. Se o devedor não atender tal conduta estará delimitado o cumprimento retardado.

“Há cumprimento retardado quando no momento da prestação, esta não seja efetuada”<sup>32</sup>, o qual equivale exatamente ao aspecto objetivo e estrito da mora, isto é, o retardamento no cumprimento da prestação.

Importante destacar que havendo atraso no cumprimento da prestação e verificada a perda do interesse do credor no recebimento daquela, poderá este nos termos do art. 395 do Código Civil enjeitá-la e exigir a satisfação das perdas e danos, uma vez que se dá a conversão de mora em incumprimento definitivo (também denominado pela doutrina de inadimplemento absoluto).

---

<sup>30</sup> ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de Direito civil – Contratos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 3. Everaldo Augusto Cambler, coord., p. 117.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 117.

### 1.2.3 Incumprimento definitivo ou inadimplemento absoluto

Tem-se incumprimento definitivo quando o devedor não cumpre a prestação devida, não sendo o caso de inexatidão ou retardamento. Esta modalidade de inadimplemento que será tratada detalhadamente no item a seguir nada mais é do que o inadimplemento absoluto que ocorre “quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso do perecimento do objeto, por culpa do devedor.” Ou ainda, “mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes, *op.cit.*, p.443.

<sup>33</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.7.

## CAPÍTULO 2

### DO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E DA MORA: CONTORNOS E DISTINÇÃO

#### 2.1 Contornos do inadimplemento absoluto<sup>34</sup>

##### 2.1.1 Conceito

Sabe-se que “o cumprimento da obrigação é a regra; o inadimplemento a exceção”.<sup>35</sup>

Conforme visto anteriormente, o inadimplemento ou inexecução da obrigação ou ainda o não cumprimento da obrigação são denominações técnicas para o fenômeno da falta da prestação devida.

O credor tem direito de receber aquilo que foi pactuado no momento da celebração da obrigação qualquer que seja o seu objeto (dar fazer ou não fazer), assim como não está obrigado a receber coisa diferente daquela que foi estabelecida.

O inadimplemento pode ser absoluto (total ou parcial) ou traduzir-se em mora. O inadimplemento absoluto (art. 389, Código Civil<sup>36</sup>) consiste em uma situação jurídica em que a obrigação não foi cumprida pelo devedor, nem poderá ser atendida de forma útil ao credor, como no caso de perecimento do objeto por culpa do devedor. Nota-se que a possibilidade de

---

<sup>34</sup> O inadimplemento absoluto é comumente chamado de inadimplemento definitivo. Na Alemanha, conforme destaca Jorge Cesa Ferreira da Silva, o conceito paralelo é o de “impossibilidade” [*Unmöglichkeit*] termo que apesar de ser utilizado entre nós como uma das espécies de inadimplemento presta-se à comparação com este. *Boa-fé e violação positiva do contrato, op. cit.*, p. 130.

<sup>35</sup> Agostinho Alvim ressalta que “vários são os motivos que levam o contraente a cumprir o que prometeu”. “Primeiramente a simples ética: a voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado. Nem todos têm, é verdade, uma consciência bem formada, de modo a cumprir todos os deveres, somente em satisfação a regras morais. Mas quando esse motivo não fosse suficiente, haveria sempre o temor de reprovação pública. Este temor leva muitas pessoas a cumprir deveres morais, não porque ouçam a voz da consciência, nem porque sejam esses deveres providos de sanção, mas a fim de evitar a reprovação de seus pares. Todavia, quando nada disto bastasse, é certo de que as obrigações, no sentido jurídico, isto é, as obrigações civis, são providas de sanção, qualquer que seja a sua fonte. Logo, o credor que compeli o devedor a que cumpra a obrigação e quando ele chegar a este extremo, a situação do devedor já estará agravada com encargos da mora. Estes motivos todos fazem com que as pessoas, em regra, se desempenhem, espontaneamente, das obrigações que assumiram”. ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 6-7.

<sup>36</sup> *In verbis*: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

cumprimento pode existir, mas se este não for de utilidade do credor haverá inadimplemento absoluto.<sup>37</sup>

Por isso, como visto, nas hipóteses de não-cumprimento da prestação no prazo oportuno, tem-se a mora caracterizada pelo cumprimento retardado, isto é, quando a prestação é realizada *a posteriori* pelo devedor. Entretanto, quando tal prestação não for mais possível de ser cumprida ou, sendo possível, não mais interesse ao credor o seu recebimento, em razão da perda da utilidade da coisa, ter-se-á então inadimplemento absoluto.

Vale dizer que quando a prestação, após o nascimento da obrigação, não puder ser realizada ou não houver mais sentido na sua realização, há inadimplemento absoluto. Isso ocorre, por exemplo, em casos como o do ator que deveria participar do evento e, naquele dia, cai doente; ou da pintura da sala que vem a ser destruída por incêndio; ou ainda do almoço disponibilizado cinco horas depois de contratado.<sup>38</sup>

Em todos esses casos, ou o ato da prestação não pode ser realizado ou não pode mais satisfazer os interesses do credor. Há, portanto, duas espécies de causas geradoras do inadimplemento absoluto: fatos ou atos relativos ao objeto da prestação – o que se costuma designar por impossibilidade – e fatos concernentes à relação entre os interesses do credor e a realização da prestação.

Quanto à impossibilidade, importa distinguir em primeiro lugar a *superveniente* ao nascimento da obrigação da impossibilidade *originária*, que ocorre quando a prestação, desde o início, não poderia ser jurídica ou faticamente realizada.<sup>39</sup> Esta última, conforme o art. 104,

---

<sup>37</sup> Haverá mora, contudo, quando houver o cumprimento da obrigação, porém não no lugar, tempo ou forma convencionados, modalidade de inadimplemento tratada pelo Código Civil a partir do art. 393 e que será analisada a seguir. Como visto anteriormente, há outras modalidades de inadimplemento além do incumprimento definitivo ou inadimplemento absoluto denominadas “cumprimento inexato” e “cumprimento retardado”, as quais se enquadram segundo o Direito pátrio no instituto da mora.

<sup>38</sup> Os dois primeiros exemplos foram baseados em VARELA, João de Matos Antunes, *op. cit.*, p. 62.

<sup>39</sup> Como pondera Renan Lotufo, o Código não trata nas disposições gerais do Capítulo I, do Título IV do Inadimplemento das Obrigações da denominada impossibilidade originária, que diz respeito à própria formação da relação jurídica e conduz à ineficácia do negócio jurídico, o que faz em sua Parte Geral (art. 104, II: “A validade do negócio jurídico requer: objeto lícito, possível, determinado ou determinável”). A questão da inexecução das obrigações e da impossibilidade das prestações aqui se restringe à impossibilidade superveniente. LOTUFO, Renan, *op. cit.*, p.428-429.

II do Código Civil<sup>40</sup>, gera nulidade do ato jurídico, fundando-se assim no plano da validade. Aquela, radicada no plano da eficácia enseja descumprimento obrigacional, sendo regulada nas disposições relativas às espécies de obrigação de dar, fazer, não fazer.<sup>41</sup>

Já se tratando de obrigação de dar coisa incerta, genérica, mais dificilmente haverá impossibilidade, visto que o gênero e a quantidade, via de regra, não perecem. Tratando de obrigação de dar coisa certa, o cumprimento será possível desde que o bem exista e possa ser objeto de contrato.

Nas obrigações de fazer haverá impossibilidade quando a obrigação for personalíssima e o obrigado não puder ou não quiser realizá-la, por culpa ou sem culpa. No que tange às obrigações alternativas, só haverá a liberação do devedor caso se tornem impossíveis todas as prestações fixadas no título.

Em qualquer desses casos, equipara-se à impossibilidade a extrema dificuldade a ser enfrentada pelo devedor para cumprir seu dever. Um exemplo dessa última hipótese ocorre no caso da obrigação de dar coisa de reduzido valor, fixada com termo essencial, cujo devedor, para cumpri-la, deveria fretar avião quando entra em vigor greve generalizada no setor de transportes e do correio.

Essa modalidade de inadimplemento comporta ainda duas noções: a noção ampla de incumprimento definitivo, que corresponde à não-realização da prestação devida em tempo oportuno, sem que seja possível ao credor recebê-la; e a noção estrita, que corresponde à não

---

<sup>40</sup> *In verbis*: “Art. 104, II. A validade do negócio jurídico requer: II – objeto lícito, possível e determinado ou determinável”.

<sup>41</sup> Os casos de impossibilidade superveniente encontram-se dispersos em regras do Código Civil, nos arts. 234, 235, 236, e 246, 248, 251, 254 e 255, 263 e 279. Aquele relativo às obrigações de dar coisa incerta inclui modificação na parte final: “Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior, ou caso fortuito, salvo se se tratar de dívida genérica restrita”. Já o art. 251, relativo às obrigações de não fazer, inclui parágrafo único, assim redigido: “Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido”. Em todos esses casos verifica-se a possibilidade de três conseqüências: o dever de indenizar, em havendo culpa, a extinção da obrigação (chamada extinção *ipso iure*), ou nascimento do direito potestativo de resolução, tratando de impossibilidade parcial.

realização por ato imputável ao devedor. Equipara-se a esta última a declaração expressa do devedor de que não cumprirá com a obrigação estabelecida.<sup>42</sup>

Dessa forma, na hipótese da prestação ter perecido, configura-se o inadimplemento absoluto, uma vez que a prestação não foi realizada nem sequer poderia ser cumprida por já ter se tornado impossível. Na hipótese de prestação com termo essencial, não tendo sido este cumprido, não mais haverá interesse e possibilidade de o credor recebê-la. Isso se deve ao fato de que a causa que justificou o nascimento da obrigação não mais existir, de modo que igualmente se dará o inadimplemento absoluto.

Vale destacar ainda, quanto aos contratos com prestações recíprocas, que o inadimplemento absoluto dá margem à resolução contratual, especialmente se imputável ao devedor, caso em que serão devidos perdas e danos, nos termos do artigo 475 do Código Civil.<sup>43</sup>

### 2.1.2 Classificação

Classifica-se o inadimplemento absoluto (impossibilidade) consoante vários critérios.

Distingue-se conforme a causa, em impossibilidade *jurídica* ou *fática*; com relação a quem ela se apresenta em impossibilidade *relativa* (subjéctiva) ou *absoluta* (objéctiva) e, conforme o conteúdo da prestação, em *total* ou *parcial*.

Haverá impossibilidade fática quando o objeto da prestação não puder realizar-se por ter perecido. Enquanto haverá impossibilidade jurídica quando a norma jurídica geral inviabilizar a prestação.

Ademais, será relativa a impossibilidade quando ocorrer somente ao devedor, podendo a prestação, assim, ser realizada por terceiro, razão pela qual é chamada de impossibilidade

---

<sup>42</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações, op. cit.*, v.2, p.457.

<sup>43</sup> *In verbis*: “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

“subjética”, ou “insolvência” (incapacidade de prestar). Por outro lado, será absoluta quando a prestação encontrar-se inviabilizada para todos por ter o objeto da prestação desaparecido, por exemplo.

Considera-se total a impossibilidade quando toda a prestação não puder ser realizada, e parcial quando, sendo vários objetos ou um só um objeto cindível, apenas parte da prestação se tornar inviabilizada.

No que se refere às classificações acima, as duas últimas, quais sejam, com relação a quem ela se apresenta em impossibilidade *relativa* (subjética) ou *absoluta* (objetiva); e conforme o conteúdo da prestação, em *total* ou *parcial*, exigem uma análise mais aprofundada.

No que se refere à impossibilidade relativa (subjética, insolvência) e a absoluta (objetiva), discute-se se aquela implicaria o mesmo efeito liberatório que o Código atribui a esta. A propósito, no direito alemão, parece não haver dúvida a esse respeito, uma vez que a alínea do §275 expressamente as equipara. No direito brasileiro, sustenta Pontes de Miranda no sentido de que não haveria regra semelhante à segunda alínea do §275, de modo que em sendo possível o cumprimento por outrem, o devedor insolvente, por sua culpa ou não, não estaria exonerado.<sup>44</sup>

Já Clóvis V. do Couto e Silva advoga em posição contrária, uma vez que a regra inserta no artigo 963<sup>45</sup>, segundo a qual a mora do devedor só ocorrerá se houver fato ou omissão imputáveis ao devedor, teria para este fim a mesma aplicação da segunda alínea §275. Isso porque, exigindo a mora do devedor a imputabilidade de fato ou ato do devedor (culpa, para o autor), não se poderia falar em pretensão contra o devedor (seja a indenizatória, seja a pretensão a prestação *in natura*). Dessa forma, a insolvência do devedor, se ocorrente sem culpa deste, exonerá-lo-ia, equiparando-se, também no direito brasileiro, a impossibilidade superveniente relativa à absoluta.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003, p.68.

<sup>45</sup> Atual art. 396 do Código Civil, *in verbis*: “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

<sup>46</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto, *op. cit.*, p.122-123.

Na opinião de Jorge Cesa Ferreira da Silva, “não há como se negar equiparação legislativa no âmbito do Código Civil, desde que se considere, como parece correto, que o sentido da palavra ‘imputação’, no art. 963, seja sinônimo de culpa, o que é, aliás, interpretação comum, desde Bevilacqua. Contudo, tratando-se de direito consumerista, tal equiparação não subsiste. Ali, em casos como esses, vige a regra da atribuição do dever obrigacional (o termo utilizado é ‘responsabilização’) independentemente de culpa, de sorte que a não permitir a exoneração do fornecedor em caso de insolvência (incapacidade para prestar)”.<sup>47</sup>

Já no que se refere à classificação entre a impossibilidade total e parcial, vale analisar a amplitude desta última, com a finalidade de verificar a sua aplicabilidade em face de outras regras do sistema. Sabe-se que há inadimplemento absoluto (impossibilidade) total “quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida, como no exemplo do perecimento do seu objeto. Dá-se inadimplemento absoluto parcial se a obrigação compreender vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor. Com relação a estes últimos não há mora, evidentemente, já que a entrega nem se fez nem se fará. Terá havido, pois inadimplemento absoluto parcial da obrigação”.<sup>48</sup>

Questiona-se, igualmente, se a aplicabilidade dessas regras (art. 866 e 867 exemplificadamente) se limitaria à impossibilidade quantitativa ou se estenderia à impossibilidade qualitativa. No direito italiano ou no português entende-se que as regras sobre impossibilidade parcial abrangem ambos os casos.<sup>49</sup>

Assim também se dá no Brasil, seja no Código Civil, seja no Código de Defesa do Consumidor, cujo conjunto de regras acerca do assunto não efetua qualquer distinção discriminatória. Contudo, como bem salienta Vaz Serra, as regras sobre impossibilidade

---

<sup>47</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *op. cit.*, p.136.

<sup>48</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.07.

<sup>49</sup> GIORGIANNI, Michele. *op. cit.*, p. 47-48; e SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor*. BMJ, Lisboa, n.47, p.66, mar. 1945, p.63.

parcial têm, freqüentemente, uma aplicação restrita ou afastada em face de outras regras, como as relativas aos vícios.<sup>50</sup>

Por esse motivo, a aplicação dos dispositivos acerca da impossibilidade parcial se limitava quando, tratando-se de contrato comutativo, o perecimento parcial do bem fosse oculto. Para esses casos seriam incidentes as regras sobre vícios redibitórios (art. 1.101 e ss. do CC/1916, 210 e 211 do Ccom).<sup>51</sup>

Verifica-se, contudo, que o Código de Defesa do Consumidor alargou o âmbito de incidência das regras sobre vícios, incluindo tanto os ocultos como os aparentes. Em face disso, em se tratando de relações de consumo, as regras sobre vícios abrangem todo o espectro da impossibilidade parcial, tornando ainda mais evidente a não existência de uma distinção essencial entre as regras sobre vícios e as regras sobre inadimplemento.<sup>52</sup>

Por outro lado, o inadimplemento absoluto pode existir pela incapacidade de a prestação satisfazer os interesses do credor, ainda que seja possível, jurídica e faticamente, a realização da prestação. Segundo Agostinho Alvim, “para traduzir o conceito de inutilidade da prestação devemos ponderar, primeiramente, que tal inutilidade deve ser estudada em seu aspecto relativo, e não absoluto. Se em virtude de atraso culposo, a prestação se torna impossível por se ter tornado imprestável a coisa objeto da mesma, haverá inutilidade para o credor e para quem quer que seja. Mas isto não é imprescindível. O que a lei cogita, não é a inutilidade objetiva da prestação, inutilidade para qualquer pessoa, o que se confunde com o perecimento do objeto; nem do defeito ou deterioração que tenha sobrevindo à coisa, o que autoriza o credor a enjeitá-la, com fundamento no art. 866 do Código. Cogita-se, parágrafo único, inutilidade subjetiva, inutilidade para o credor. Não há dúvida que a expressão inútil, abstratamente considerada tem na linguagem um sentido certo, um conceito objetivo”.<sup>53</sup>

Assim, nesses casos, não se tratará de avaliação dos interesses subjetivos deste ou daquele, mas da necessidade e utilidade da prestação no conjunto das circunstâncias objetivas

---

<sup>50</sup> SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *op. cit.*, p.63.

<sup>51</sup> MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, p.114.

<sup>52</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *op. cit.*, p.138.

<sup>53</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 54.

da relação obrigacional. Por isso, o Código Civil Português, na segunda alínea do seu art. 808º, denominado “perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento”, fixa que a “perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente”. Essa disposição tem conteúdo semelhante ao parágrafo único do art. 956 do Código Civil brasileiro, fundamentador da distinção entre o inadimplemento e a mora.

### **2.1.3 Da abrangência do instituto em face do descumprimento de deveres laterais**

Depois de analisadas as características do inadimplemento absoluto, há que se estabelecer a abrangência desta hipótese de inadimplemento. O descumprimento de deveres laterais ensejador de inadimplemento absoluto será apenas o que tenha ligação direta com os interesses do credor na prestação, a ser verificado de acordo com a utilidade da prestação conforme sua viabilidade concreta e objetiva.

Jorge Cesa Ferreira da Silva defende que “nesses casos, não se incluem, portanto, todos os deveres laterais que envolvem os interesses do devedor, ou os deveres laterais não relacionados diretamente com os deveres principais (deveres de proteção do patrimônio do devedor ou do credor), ou ainda os deveres laterais que implicam a realização, no caso concreto, do melhor adimplemento (a realização dos interesses do credor se verifica, mas poderia ter ocorrido de forma ainda mais ampla, sem implicar esforços agravadores do sinalagma<sup>54</sup> funcional, ou de forma menos onerosa ao devedor). Em todas essas hipóteses o descumprimento desses deveres laterais não gera inadimplemento absoluto, já que se encontram desconectados do cerne dos interesses na prestação”. Por isso, não se poderá falar em inadimplemento absoluto quando, após a venda e a transferência de posse de um terreno, o alienante não fornecer documentos que possui sobre a sua anterior posse, auxiliando o

---

<sup>54</sup> A moderna concepção de sinalagma define que este elemento representa o nexo de reciprocidade e interdependência genética e funcional existente entre as obrigações derivadas de uma relação contratual bilateral, seja por força de lei, da natureza do negócio, seja pela vontade das partes. Trata-se de noção essencial dos contratos bilaterais, sem a qual estes perdem o seu traço distintivo. Para ser bilateral quanto aos efeitos, o contrato deve gerar obrigações recíprocas interdependentes, ligadas pelo nexo chamado sinalagma, que se caracteriza pela comunidade de origem e pela respectiva conexidade. GAGLIARDI, Rafael Villar. *A exceção de contrato não cumprido*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006, p. 111.

desenvolvimento de conflito possessório, ou quando o empregado do devedor, no curso do adimplemento, sofrer acidente por culpa do credor.<sup>55</sup>

Em qualquer desses casos, tomada à obrigação complexamente, haverá inadimplemento, mas não se poderá falar em inadimplemento absoluto. Sobre este tema, Michele Giorgianni nos ensina que uma outra hipótese que poderá apontar para uma situação de inadimplemento, apesar do devedor já ter cumprido uma atividade positiva, é aquela em que o devedor esteja inadimplente somente em relação às obrigações acessórias. Portanto, torna-se necessário avaliar a relevância das obrigações não cumpridas refletidas no interesse do credor. A esse respeito, poderá ser consultado o art. 1455 do Código Civil, que trata da resolução por inadimplência, o qual nega a quebra do vínculo ‘se o inadimplemento de uma das partes seja de pouca importância, em relação ao interesse da outra’. Tal norma autoriza a pesquisa sobre a inadimplência das obrigações acessórias quanto à ‘importância’, ou se houve violação de forma relevante do interesse do credor.<sup>56</sup>

Apresentados os contornos do inadimplemento absoluto no Direito brasileiro, cumpre analisar no capítulo seguinte outra espécie de descumprimento obrigacional descrita no nosso Código Civil: a mora.

## **2.2 Contornos da mora**

### **2.2.1 Do conceito clássico de mora**

A mora é uma espécie de inadimplemento que mais atenção tem exigido dos juristas, dado que, além de ser a hipótese de realização concreta mais frequente, é também aquela cujo estudo apresenta maior grau de dificuldade. No campo da inexecução das obrigações, é sobretudo o instituto da mora que requer mais delongado exame não só porque é mais

---

<sup>55</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *op. cit.*, p. 140-141

<sup>56</sup> Tradução livre do texto original em GIORGIANNI, Michelle, *op. cit.*, p.32.

freqüente do que o inadimplemento absoluto como também pela dificuldade que o seu estudo apresenta.<sup>57</sup>

Isso ocorre porque a matéria é acentuadamente de fato e envolve um variado número de questões que se estendem desde o seu nascimento, seja com a conversão em impossibilidade, seja com a prestação ou purga da mora.

Em face disso, a pretensão à sua análise exaustiva, na presente monografia, seria destituída de significado.

Deve-se, portanto, apresentar os lineamentos básicos da mora, buscando identificá-la como hipótese independente do inadimplemento absoluto, razão pela qual o estudo se concentrará fundamentalmente no conceito de mora no Direito brasileiro e da sua abrangência do conceito no âmbito do inadimplemento.

Mora, no conceito dos antigos práticos, é o retardamento culposo no pagar o que se deve, ou no receber o que é devido: *mora est dilatio culpa no carens debiti sovendi, vel credito accipiendi*.

Não parece, todavia, que corresponda ao conceito de mora em face do nosso Direito, e isso por dois motivos enumerados por Agostinho Alvim: “em primeiro lugar, porque só considera o retardamento: *dilatio*; ao passo que o Código Civil considera em mora o devedor que não paga ou o credor que não recebe no tempo, lugar e forma convenionados (Art. 955<sup>58</sup>). Em segundo lugar, verifica-se que ele pressupõe a culpa como elementar (*culpa non carens*), tanto na mora do devedor, como na do credor. Contudo, embora haja controvérsias doutrinárias a esse respeito, a culpa, em nosso direito, não é elementar na mora do credor. Assim sendo, aquele conceito, neste ponto, se revela por demais *lato*, dando ao elemento

---

<sup>57</sup> Agostinho Alvim citando J. X. Carvalho de Mendonça observa que não é simples como parece a determinação exata do conceito de mora; e esta dificuldade se acentua quando se considera que ela, conquanto regulada por normas positivas, é, na sua realização jurídica, influenciada em grande parte pela equidade; e ordinariamente, é mais uma questão de fato que de direito. ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.10.

<sup>58</sup> Atual art. 394 do Código Civil 2002, verbis: “Consideram-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser receber, no tempo, lugar, e forma que a lei ou convenção estabelecer”. Por sua vez, o art. 963 foi reproduzido no art. 396.

culpa uma extensão que ele não tem. Por outro lado é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardamento, embora em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação ('tempo', 'lugar', 'forma' – Art. 955<sup>59</sup>). Aquele conceito, pois, o que faz é ocupar-se da mora mais comum – a do devedor – do caso mais vulgar de mora, que é o atraso dilação.”<sup>60</sup>

### 2.2.2 Do conceito de mora e seus elementos no Direito brasileiro

Nascida uma obrigação, ficam as partes vinculadas ao cumprimento, tornado ou a se tornar obrigatório pela pretensão. Assim, ao devedor caberá efetuar a prestação e ao credor colaborar para que a dívida seja solvida. Não realizada a determinada prestação, mas levando-se em consideração os interesses do credor, sendo ainda possível o cumprimento, não haverá impossibilidade (inadimplemento absoluto), mas mora, *debitoris* ou *creditoris*, conforme o caso.<sup>61</sup>

Conforme o nosso Direito positivo, o conceito de mora não se limita unicamente ao retardo ou demora, dado que são variadas as hipóteses contempladas pelo artigo 394 do Código Civil, que se refere ao tempo, lugar e forma, sendo que em qualquer desses casos caracteriza-se a mora com o elemento subjetivo culpa (art. 396 do Código Civil já transcrito).

Ressalta-se que o Direito civil brasileiro inovou em matéria de terminologia utilizada para a definição de mora, no âmbito da família Romano-Germânica. Isso porque se nota que todos os demais grandes códigos dessa família restringem a mora no aspecto temporal<sup>62</sup>. Essa também era a tradição brasileira, como comprovam não só as Ordenações Filipinas, como também o Esboço de Teixeira de Freitas, ou ainda o Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Atual art. 394 do Código Civil.

<sup>60</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 10.

<sup>61</sup> As diferenças entre esses institutos serão estudadas no item 2.3 a seguir.

<sup>62</sup> Cf. Código Civil francês, arts. 1146 e 1147; BGB, §284; Código Civil italiano, arts. 1218 e 1220; Código Civil espanhol, art. 1100; Código Civil português, art. 804º, Código Civil argentino, art. 508 e s.

<sup>63</sup> Cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título L, 1; Esboço de Teixeira de Freitas, art. 1070 e o art. 1.100 do Projeto Bevilacqua.

Tendo o legislador, já em 1916, adotado uma terminologia extensiva, entendeu-se que a mora, no Direito brasileiro, recebeu suporte fático mais abrangente do que se tinha até então cogitado, de modo que toda violação da obrigação que se relacionasse com o lugar ou forma da prestação deveria ser tida igualmente como mora, independentemente da relação com o tempo da prestação.<sup>64</sup>

Nesse sentido, Orosimbo Nonato afirma que se considera “em mora o devedor que, por culpa, deixa de efetuar o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados e o credor que recusa receber o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados”. “A noção corrente de mora é ser ela retardo culposo no cumprimento da obrigação ou a recusa da aceitação do pagamento, por ato injusto do credor ou ausência das providências que lhe caibam no caso”. “Mora é assim o retardo culposo no pagamento regular da obrigação (*mora solvendi*) ou a recusa injustificada ou simples omissão de atos do credor no recebimento da prestação, sem impossibilidade – em um caso que noutro – de solução posterior”.<sup>65</sup>

Dessa definição, dois elementos ressaltam a análise: o primeiro diz respeito ao contraste entre a idéia de atraso, nela fixada, com a noção legal de mora, consubstanciada no tempo, bem como no lugar e na forma da prestação (art. 394); já o segundo, à necessidade de culpa para a concretização do suporte fático da mora.

Renan Lotufo nos mostra que “na exposição de motivos feita no Instituto dos Advogados do Brasil, o Mestre Alvim formulou sinteticamente ‘O conceito de mora apóia-se em dois requisitos ‘tardança’ e ‘culpa’ (*dilatio* e *culpa non carens*)’. Explica Agostinho Alvim que os estudos se fixaram preferencialmente em torno da mora do devedor, que difere da do credor substancialmente quanto à culpa, pois na do credor não é elemento desta, além de ocorrer em número muito menor, razão pela qual deixou de merecer a mesma atenção da doutrina. Assim, fornece o seguinte conceito genérico: ‘a mora, via de regra, manifesta-se por um retardamento, embora em face do nosso Código e rigorosamente falando, ela seja antes imperfeição no cumprimento da obrigação’”.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Agostinho Alvim afirma ser o atraso apenas a hipótese mais comum de mora, *op. cit.*, p.18.

<sup>65</sup> NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações. Pagamento, mora, pagamento indevido*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v.1, segunda parte, p. 283-285.

<sup>66</sup> LOTUFO, Renan, *op. cit.*, p.441.

Em posição contrária, Jorge Cesa Ferreira da Silva defende que, apesar da definição legal, a mora no Direito brasileiro continua exclusivamente vinculada ao tempo da prestação, pois o que realmente importará será o tempo que terá gastado para a correta realização da prestação, período que envolverá o estado de mora. Segundo este autor, as hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação somente ensejarão mora na medida em que provocar atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora.<sup>67</sup>

Todavia, prevalecem os requisitos de ‘tardança’ e ‘culpa’ enumerados por Agostinho Alvim para caracterizar a mora, devendo, em nossa opinião, se ter em conta, em nosso Direito, um conceito unitário da mora do devedor e do credor, no sentido de que ela é o não-pagamento culposo, bem como a recusa de receber no tempo, lugar e forma devidos.<sup>68</sup>

### **2.2.3 Da culpa do devedor ou do credor para a concretização do suporte fático da mora**

A referida tardança constitui o primeiro requisito na medida da ocorrência da obrigação positiva, vencida, líquida e certa, isto é, de obrigação exigível, não se tratando, porém, senão seu retardamento e não de seu descumprimento total.<sup>69</sup>

Todavia, além da *dilatio*, a culpa é elementar na mora do devedor. Trata-se de seu elemento subjetivo, o qual resulta em nosso direito dos artigos 394 e 396, delineando o conceito de *mora solvendi*. A opinião mais generalizada exige esse requisito, dizendo Clóvis Bevilacqua, Agostinho Alvim, Orosimbo Nonato, Gema Diez-Picazo Gimenez, Ricardo Luiz Serramalera, Antunes Varela e Mario Julio de Almeida Costa.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *op. cit.*, p.145-146.

<sup>68</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.12.

<sup>69</sup> NONATO, Orosimbo, *op. cit.*, p.293.

<sup>70</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 8.ed., rev. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954, p. 94; ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.13; NONATO, Orosimbo, *op. cit.*, p.293; GIMENEZ, Gema Diez Picazo, *op. cit.*, p.534/535; SERRAMALERA, Ricardo Ruiz. *Derecho Civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1981, p.

Nesse sentido, o Código Civil é expressivo ao dispor no artigo 396 que “*não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora*”. E o mesmo ocorre em numerosas legislações. Veja-se o art. 1220 do Código Civil italiano, o art. 705 do Código Civil português, e o art. 285 do Código Civil alemão.

Entende-se, na esteira da interpretação prevalente do Direito estrangeiro, que a noção de imputabilidade no art. 396 seria sinônima de inculpabilidade, no sentido de culpa como ato decorrente de negligência ou imprudência do sujeito. A admissão de noção distinta de imputabilidade implicaria a adoção da mora pelo simples atraso (elemento objetivo), o que parece contrário à orientação do art. 396. Por tudo isso, entende-se, ocorrido o atraso – pela inobservância do termo fixado, na mora *ex re* ou da interpelação, na mora *ex persona* – há presunção de culpa do devedor, presunção que admite prova em contrário.

No entanto, Renan Lotufo nos ensina que ainda que se considere como objetivo o conceito de culpa, no sentido de que não irá levar em conta a vontade do agente, no seu aspecto interno, psicológico, verifica-se na doutrina contemporânea a tendência de se duvidar da perquirição da validade da colocação conseqüente à presente, a relativa à valoração do caso fortuito ou da força maior como excludentes de imputação.<sup>71</sup>

Tais lições encontram respaldo na opinião de Giovanna Visintini, para quem a imputabilidade deve ser referida a uma causa objetiva de impossibilidade, atribuível a fatores estranhos à esfera de influência do devedor.<sup>72</sup>

---

226; VARELA, Antunes, *op. cit.*, p.96; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7.ed., revista e atualizada (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999, p.940.

<sup>71</sup> LOTUFO, Renan, *op. cit.*, p.445.

<sup>72</sup> Analisando as posições das escolas francesa e italiana, Giovanna Visintini entende que: “a) em um sentido geral, a expressão culpa se usa na linguagem da doutrina italiana como equivalente a um “ato ilícito”, isto é, com a mesma acepção acolhida pela doutrina francesa da época em que se falava *fait illicite personnel*. Este significado do vocábulo, que, segundo a doutrina antes resenhada, não era o técnico adotado pelo legislador, compreende também o dolo em todas as situações em que a lesão do direito se pode imputar à conduta de alguém. b) a noção de culpa assume no nosso ordenamento um significado técnico somente quando está referido à violação de um dever jurídico devido à negligência ou à imprudência, sem estarem previstas as conseqüências danosas desta violação. c) a culpa no sentido referido no item anterior constitui junto com o dolo o elemento subjetivo do ato ilícito, mas se diferencia deste e não se confunde com a injúria, isto é, com a lesão do direito dos demais, que constitui o elemento objetivo do ato ilícito. c) a diferença fundamental entre a culpa aquiliana e a contratual, e também a mais evidente porque está estritamente ligada à distinta natureza do ato jurídico (já que se

Convém salientar também que a boa-fé nem sempre indica a ausência de culpa. O devedor pode, de boa-fé, violar o pré-fixado, pela má apreciação de certos fatos, ou pela errônea interpretação do contrato. Ocorre que nem por isso se exonerará de responder. Na verdade, se o erro for de fato terá havido culpa, pela inadvertência ou negligência. Se o erro for na interpretação do contrato equivalerá ele ao erro na interpretação da lei, e tal erro não se escusa pela boa-fé.<sup>73</sup>

No que se refere ao elemento culpa na mora do credor, não se tem o mesmo tratamento pelas conseqüências injustas que isso traria ao devedor. Se fosse exigida a culpa do credor para a mora *creditoris*, o resultado seria o prolongamento da obrigação para o devedor não culpado, com todos os efeitos daí decorrentes, como exemplificativamente, a responsabilidade pela conservação da coisa.<sup>74</sup>

Assim, o que escusa o credor de sua mora não é a sua eventual não-culpabilidade, mas sim a sua ‘recusa injustificada’ da prestação, que se relaciona exclusivamente com os aspectos objetivos da prestação efetuada pelo devedor e que, portanto, nada tem a ver com a conduta do credor.<sup>75</sup>

Contudo, Pontes de Miranda manifestou-se contrário a esse entendimento, pois, segundo ele, o Direito civil, conforme o art. 963<sup>76</sup>, não exige a culpa, mas exclusivamente, a impontualidade, sendo necessário, pois, somente a possibilidade de imputar-se ao devedor ato ou omissão. Por isso haveria mora nos casos como aquele em que todos os devedores do devedor faliram, ou do incêndio, ou da inundação da fazenda de onde viria o dinheiro para pagar as notas promissórias. Porém, a mora não haveria em situações como a do empregado

---

encontra na base de todos os tipos de responsabilidade), está em sua diferente graduação. Qualquer negligência, inclusive a mais leve, pode dar lugar à responsabilidade aquiliana. A regra da diligência do bom pai de família, aplicada para a execução dos contratos, não é extensível ao campo dos ilícitos contratuais”. Tradução livre extraída de VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. v.1, p.37-38.

<sup>73</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.14.

<sup>74</sup> *Idem*, p.29.

<sup>75</sup> Assim também dispõe o Código italiano que atribui à mora do credor tendo ele se negado a receber a prestação “*senza motivo legítimo*”, conforme o art. 1.206.

<sup>76</sup> Atual 396 do Código Civil.

do devedor que, ao invés de tomar o trem, resolve ir a pé efetuar o pagamento, sendo atropelado e, por isso, atrasando-se, dado que o ato negativo não é imputável ao devedor.<sup>77</sup>

Com efeito, nos apreça que aqui estamos diante da questão dos limites do significado do conceito de culpa. No mesmo sentido de defender a necessidade de culpa para a caracterização da mora, pode-se citar a interpretação hoje prevalente na Alemanha para o §285 do BGB<sup>78</sup>, relativo à mora do devedor e que, em face da sua formulação, ajudou a sustentar o argumento de Pontes de Miranda<sup>79</sup>.

Neste assunto, Dieter Medicus nos ensina que apesar de inexistir no corpo do dispositivo referência à culpa, entende-se na Alemanha ser culposa a mora do devedor. Porém, que esta disposição ao lado das demais sobre o inadimplemento deve ser complementada pelo §276, relativo à culpa, de sorte a tornar a mora do devedor igualmente dela dependente.<sup>80</sup>

Por isso, nada impede que se compreenda ser a culpa o pressuposto para a mora do devedor, ou se entenda ser a imputabilidade seu pressuposto, desde que se aceite a necessidade de existência, para a concretização da mora de algum ato (positivo ou negativo) do devedor, da sua órbita de ingerência, que seja motivador do atraso.

Assim compreendido pode-se distinguir fatores diferentes de imputação para cada hipótese, vinculando a mora do devedor à culpa e a do credor à objetiva recusa injustificada.

Dessa forma, chegar-se-ia à definição descrita por Jorge Cesa Ferreira da Silva, para quem a mora consiste no “atraso culpável do devedor ou advindo de injustificada recusa da prestação pelo credor, respectivamente no prestar ou no receber a prestação que ainda interessa ao credor”.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, p.129.

<sup>78</sup> A tradução livre do §285 do BGB é a seguinte: “o devedor não se encontra em mora enquanto a prestação, por uma circunstância a ele não imputável, não se realizar”.

<sup>79</sup> MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, p.125.

<sup>80</sup> MEDICUS, Dieter. *Shuldrecht I; Allgemeiner Teil*. 8. Auflage. München: C.H.Beck, 1995, p.145.

A definição exposta acima se mostra apta a explicar a mora no Direito brasileiro, dado que, em qualquer caso, deverá existir atraso provocado por distintos fatores, por ato de uma das partes, que poderia tê-lo evitado, persistindo, contudo, os interesses do credor na prestação.

#### 2.2.4 Da mora nas obrigações negativas

O Código Civil de 1916 previa que “nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora desde o dia em que executar o ato de que se devia abster” (art. 961). Contudo, segundo a doutrina, o legislador não havia se atentado com a solução lógica do problema, já que no caso e na real verdade confundia-se mora com a inexecução, que o absorve.<sup>82</sup>

Critica-se o referido preceito, que não depara precedentes no esboço de Teixeira de Freitas e no antigo Projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues, no Código Civil francês e no italiano, os quais, no caso, não cogitam de mora. Eles se fundamentam no asserto pontual, verdadeiro, de que infringida a *obligatio faciendi* responde o devedor por perdas e danos.

Discursa Agostinho Alvim: “... o disposto no art. 961 não tem cabimento no capítulo da mora, segundo nos parece. Deixamos assentado que a mora difere da inexecução absoluta precisamente porque, sendo aquela uma imperfeição no cumprimento da obrigação, ordinariamente uma tardança, persiste a possibilidade de ser a mesma executada... Ora, a obrigação negativa não comporta variante. Ou o devedor não pratica o ato proibido e está cumprindo a obrigação, ou pratica, e dá-se a inexecução”.<sup>83</sup>

O atual Código Civil atento a essas sensatas advertências acabou corrigindo o erro conceitual que existia no art. 961 do Código Civil de 1916, abalizando em seu art. 390 que

---

<sup>81</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *op. cit.*, p.155.

<sup>82</sup> NONATO, Orosimbo, *op. cit.*, p.323.

<sup>83</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.123.

*“nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”*.<sup>84</sup>

Nota-se, entretanto, que não há individualização da hipótese de inadimplemento, cabendo ao intérprete ler a palavra “inadimplemento” de forma genérica (o que se apresenta mais correto) ou como sinônimo estrito de “inadimplemento absoluto”, em sentido semelhante ao art. 1222 do Código Civil italiano. Assim sendo, o que caberá analisar é a persistência do interesse do credor na prestação atrasada. Em havendo interesse, há mora; caso contrário, há impossibilidade. Parece-nos que a definição ora esboçada aplica-se da mesma forma às obrigações negativas.

---

<sup>84</sup> Acerca da tutela reparatória do descumprimento da obrigação de não fazer, ver art. 251 do Código Civil, conforme o qual: “Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos”. “Parágrafo Único: Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”

## **2.3 Da distinção entre mora e inadimplemento absoluto**

### **2.3.1 Da necessidade de distinguir mora de inadimplemento absoluto e da regra adotada pela doutrina dos escritores estrangeiros e nacionais**

A mora distingue-se do inadimplemento absoluto a partir da assertiva segundo a qual há inadimplemento absoluto quando o devedor não pode cumprir a obrigação; e há mora quando a possibilidade ainda persiste.

É certo que a distinção está na possibilidade ou impossibilidade. No entanto, a fórmula exata para distinguir a mora do inadimplemento absoluto é outra, conforme iremos demonstrar adiante.

A apreciação da possibilidade e impossibilidade de ser ainda cumprida a obrigação é decisiva para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto, e esta distinção, igualmente, é de extrema relevância, já que as conseqüências jurídicas do inadimplemento absoluto e da mora são totalmente distintas. Para tanto, tome-se, por exemplo, a consideração de que o credor haja estipulado uma pena para o caso de inadimplemento e outra para o de mora, ou então a constatação de que a última pode ser purgada, não assim o inadimplemento absoluto.<sup>85</sup>

A identificação desta distinção torna-se extremamente necessária. Todavia, nem sempre é tarefa fácil. Para que haja uma solução rigorosa, para se estrear mora de inadimplemento absoluto, é importante que haja um critério de ordem econômica.

Segundo Agostinho Alvim, “todas as hipóteses têm que ser resolvidas de acordo com aquilo que chamaremos de caráter específico do inadimplemento absoluto e da mora. E esse caráter está na regra ou fórmula, que deixamos assinalada supra, com a ressalva ali mesmo

---

<sup>85</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 38.

feita. Como o inadimplemento absoluto e a mora são espécies do gênero ‘inadimplemento’, é mister precisar o momento que os caracteriza e os distingue”.<sup>86</sup>

O aludido caráter distintivo encontra-se em muitos autores.

Agostinho Alvim cita Giorgi para apresentar o trecho principal do seu ponto de vista: “Dizemos, em segundo lugar, que a mora não tolhe ao devedor a possibilidade de cumprir a obrigação mais tarde. De fato, se a prestação não pudesse mais efetuar-se, não seria o caso de falar-se em simples mora, mas de inadimplemento absoluto. Tício é obrigado a renovar com Mévio uma inscrição hipotecária, dentro do termo peremptório assinado na lei. Mas Tício retarda e deixa expirar o termo sem fazer renovação. Será Tício um devedor simplesmente moroso? Não, sem dúvida. Estará em condição ainda mais grave: será totalmente inadimplente. Eis porque algumas legislações e quase todos os escritores ensinam não ser necessária intimação para constituir em mora o devedor, quando o adimplemento se tenha tornado impossível. Nestes casos, dizem alguns: *Mora fit ex re*; e dizem, em substância, uma coisa verdadeira, mas não queremos dissimular que teria falado com precisão maior se, em lugar disso, se houvesse dito que, em tais casos, a simples mora não é mais concebível”. Por esse motivo é que se diz que não se pode falar de mora nas obrigações de não fazer. Uma vez que a obrigação é abster-se, a prática do ato consuma a contravenção e seria despropositado falar em mora pelo simples retardo.<sup>87</sup>

Os escritores portugueses também apresentam lição semelhante.

Antunes Varela, por exemplo, analisando as modalidades do não cumprimento quanto ao efeito nos ensina que: “há casos em que a prestação, não tendo sido efectuada, já não é realizável no contexto da obrigação, porque tornou impossível ou o credor perdeu o direito à sua realização, ou porque, sendo ainda materialmente possível, perdeu o interesse para o credor, se tornou praticamente inútil a ele. É aos casos deste tipo que a lei e os autores se referem quando falam, umas vezes, da impossibilidade da prestação e outras vezes, em termos mais amplos, do não cumprimento definitivo. O não cumprimento definitivo da obrigação

---

<sup>86</sup> Idem, p.39.

<sup>87</sup> Idem, p. 39-40.

pode, com efeito, provir da impossibilidade da prestação (impossibilidade fortuita ou casual, imputável ao devedor ou imputável ao credor) ou da falta irreversível de cumprimento, em alguns casos equiparada por lei à impossibilidade (art. 808.º, 1)”.<sup>88</sup>

Prossegue o jurista português, com relação à distinção dos institutos, dizendo que “ao lado destes casos, há situações de mero retardamento, dilação, demora da prestação. A prestação não é executada no momento próprio, mas ainda é possível, por continuar a corresponder ao interesse do credor. Pode este ter sofrido prejuízo com o não cumprimento, em tempo oportuno; mas a prestação ainda mantém, no essencial, a utilidade que tinha para ele. A este tipo de situações dão a lei e os autores a designação técnica de mora. Pode assim definir-se a mora como atraso ou retardamento do cumprimento da obrigação”.<sup>89</sup>

Segundo Agostinho Alvim, os civilistas franceses, por sua vez, estabelecem distinção idêntica através do art. 1146 do Código Napoleão, segundo a qual a mora supõe, além disso, que a execução da obrigação seja ainda possível. Embora aquele cânone do Código francês não tenha, a outros respeito, uma interpretação única, fica sempre fora de dúvida que a mora pressupõe possibilidade de execução ulterior, enquanto que o inadimplemento absoluto pressupõe impossibilidade.<sup>90</sup>

Não há dúvida, portanto, que o critério para a distinção reside exatamente na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade deve se referir ao credor, e não ao devedor, ou seja, é necessário averiguar a possibilidade ou não de receber a prestação.

### **2.3.2 Aplicação da regra sobre obrigação negativa, a fórmula exata para a distinção e sua aplicação em face da mora do credor**

Não foge à regra a obrigação negativa, ainda quando o dano seja suscetível de reparação direta (art. 251 do Código Civil). O desfazimento de uma obra já não tem caráter de

---

<sup>88</sup> VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>89</sup> *Idem*, p. 64.

<sup>90</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.41.

execução forçada e sim de reparação. Trata-se de um corolário ou conseqüência da regra, segundo a qual não pode haver mora nas obrigações negativas, mas somente inadimplemento absoluto, dado que a infração já terá sido consumada. Em caso de recusa formal do devedor, só importará em inadimplemento absoluto caso se tratar de fato pessoal infungível, como por exemplo, do escritor que se nega a produzir o trabalho encomendado.

Todavia, se a obrigação for fungível, podendo o credor mandar realizar o trabalho por outrem, neste caso o inadimplemento terá caráter de mora. A fórmula exata segundo Agostinho Alvim seria que “o inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber; e a mora a persistência dessa impossibilidade. A mera recusa de pagar não traduz o inadimplemento absoluto, quando a execução direta seja possível. Isso porque o que interessa ao credor é o recebimento, sem indagar se isso se deu por ato de vontade do devedor, ou em virtude de haver o credor recorrido à força. O elemento volicional, devedor quer ou não querer pagar; o dolo contratual traduzido pela relutância consciente em não cumprir o avençado, nada disso serve para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto”.<sup>91</sup>

É certo então que o critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica; na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa.

Se a recusa formal consistir em um fato pessoal, o devedor deve ser condenado ao pagamento de perdas e danos, indenização completa, em virtude do inadimplemento absoluto, hipótese que é objeto de tipificação do art. 389 e seguintes do Código Civil.

Já na hipótese em que a recusa se dê em um caso em que o credor pode obter a prestação por intermédio de terceiro, deverá o juiz aplicar o art. 249 do Código Civil que diz: “*será livre o credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível*”. Dispõe ainda o parágrafo único que “*em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido*”.

Renan Lotufo entende com relação ao Código Civil antecedente, que “merece elogios o atual por introduzir, no parágrafo único, a possibilidade de procedimento de justiça de mão própria no caso de urgência, possibilitando ao interessado a defesa de seus interesses”. Ademais, comenta que “como se nota da redação dada ao dispositivo, não restam dúvidas de que as perdas e danos podem ser cumuladas e não ficam apenas como uma solução alternativa oferecida ao credor”.<sup>92</sup>

Igualmente, há o reconhecimento da mora, sem embargo de haver verificado a recusa formal do devedor, quando a mora converte-se em inadimplemento absoluto, quando a prestação, por causa dela, se tenha tornado inútil ao credor. É justamente o que decorre do art. 395, parágrafo único, do Código Civil<sup>93</sup> que permite ao credor, em casos desta natureza, enjeitar a prestação e exigir a satisfação das perdas e danos.<sup>94</sup>

Neste ponto, a impossibilidade está do lado do credor e não do devedor. Na verdade, a lei não indaga se a este ainda é possível efetuar a prestação. Pode até ser que o seja. No entanto, como para o credor é impossível receber utilmente, o que equivale à impossibilidade de recebimento, a lei autoriza a enjeitar a prestação e exigir a satisfação das perdas e danos, considerando o caso não mais como de mora, e sim, como de inadimplemento absoluto.

Agostinho Alvim pondera, “todavia, que a transformação da mora em inadimplemento absoluto não dependerá unicamente do seu arbítrio, porque o devedor poder insurgir-se contra a opção do credor, prontificando-se a purgar a mora quando seja o caso, isto é desde que a prestação não se tenha tornado inútil ao credor. Assinalá-se aí um movimento de vaivém: era mora, o credor quis transformá-la em inadimplemento definitivo (era direito seu), mas o devedor, usando também de um direito, colocou o caso no terreno da mora”.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.44.

<sup>92</sup> LOTUFO, Renan, *op. cit.*, p.51.

<sup>93</sup> Art. 395 do Código Civil: “*Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado*”. “Parágrafo único: se a prestação devido à mora, se tornar inútil ao credor, este pode enjeitá-la, e exigir a prestação por perdas e danos”.

<sup>94</sup> Os prejuízos aqui referidos são aqueles decorrentes da mora e, portanto, distintos daqueles decorrentes do inadimplemento absoluto, dado que, como visto supra, este último subsume-se a hipótese do art. 389 e seguintes do Código Civil.

Por fim, cumpre asseverar que a regra é ainda a mesma no caso da obrigação em face do credor, sendo possível distinguir em cada caso a mora do inadimplemento absoluto.

De fato, se houver mero atraso do credor em cooperar ou receber verifica-se a ocorrência da mora. Todavia, se o credor deixa de cooperar, quando tal obrigação lhe assiste, e o cumprimento da obrigação por parte do devedor se tornou impossível, terá havido inadimplemento absoluto por parte do credor. Esta situação é facilmente retratada na hipótese do empresário que por sua culpa não tomou as providências devidas para que fosse realizado um certo recital. Terá havido neste caso inadimplemento absoluto e não mora, pois ele deve o que prometeu, sem direito a receber, posteriormente, a prestação que não recebeu a tempo por culpa sua.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 48.

<sup>96</sup> Exemplo extraído da obra clássica de ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p.49.

## CAPÍTULO 3

### TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E EXEMPLOS NO DIREITO ESTRANGEIRO

A Teoria do Adimplemento Substancial tem sido escassamente tratada pela doutrina brasileira, uma vez que o Código Civil de 1916 e as leis posteriores não positivaram este instituto. Adiciona-se a isto que o tema não recebia a atenção devida, em razão da fraca aplicação que o princípio da boa-fé objetiva recebia, principalmente diante da ausência de dispositivo no antigo Código Civil.

Contudo, devem-se destacar algumas exceções na doutrina e nas teses acadêmicas que merecem ser lembradas e elogiadas por terem tratado o tema, das quais se destaca: Clóvis do Couto e Silva<sup>97</sup>, Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>98</sup>, Judith Martins-Costa<sup>99</sup>, Anelise Becker<sup>100</sup>, Eduardo Luiz Bussatta<sup>101</sup> e Vivien Lys Ferreira da Silva<sup>102</sup>.

É de grande relevância o estudo desta teoria, inserindo-a no estudo do inadimplemento das obrigações, à luz não só do Código Civil brasileiro, mas como também do seu desenvolvimento em ordenamentos jurídicos estrangeiros, além de tratados e de outros documentos multilaterais quem sistematizam o tema.

---

<sup>97</sup> O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. FRADERA, Vera Maria Jacob de, org. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.33-58.

<sup>98</sup> *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., 2004.

<sup>99</sup> *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>100</sup> A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.9, n.1, p. 60-77, nov., 1993.

<sup>101</sup> *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, op. cit., 2007.

<sup>102</sup> *Adimplemento substancial*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica. 2006.

### 3.1 Síntese da origem histórica

Não é possível discorrer acerca da origem histórica do adimplemento substancial sem antes falar brevemente sobre o surgimento da resolução do contrato por inadimplemento, na medida em que esta funciona como pressuposto de aplicação de referida teoria.

Em Roma não existia uma ação geral de resolução dos contratos em caso de descumprimento dos deveres do parceiro contratual. Portanto, o contratante que havia cumprido com as obrigações não possuía outra ação senão a de cumprimento. Apenas em alguns casos excepcionais, em decorrência de expresso pacto entre as partes, é que se permitiu a dissolução do vínculo contratual e a restituição patrimonial<sup>103</sup>.

Somente veio a ser considerada a resolução como subentendida aos contratos com prestações recíprocas com o Direito Canônico, entendimento este justificado por razões de equidade, bem como em decorrência do valor dado à interdependência das obrigações. O Decreto *Quemadmodum*, do papa Inocêncio III, ao reconhecer o direito do marido de deixar a esposa infiel, recorre ao expediente de considerar implícita no contrato de matrimônio a condição de que só é obrigatório manter-se casado durante toda a vida quando há o cumprimento pela outra parte do dever de fidelidade<sup>104</sup>. Logo tal expediente foi estendido para todos os contratos com prestações recíprocas, sobressaindo, então, a visão de interdependência das prestações.

Esta doutrina da condição implícita veio a ser consagrada no Direito francês, especialmente pela obra de Domat e Pothier, positivada no artigo 1.184 do Código Napoleão<sup>105</sup>. A grande maioria dos códigos oitocentistas seguiu esta orientação.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> DIEZ-PICASSO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*. 5.ed. Madrid: Civitas, 1996, v.2., p.700, citado por BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.34.

<sup>104</sup> MEORO, Mario E. Clemente. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p.31, citado por BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.34.

<sup>105</sup> DIEZ-PICASSO, Luis, *op. cit.*, p. 701; MEORO, Mario E. Clemente, *op. cit.*, p. 33.

<sup>106</sup> Eduardo Luiz Bussatta ressalta que “modernamente a doutrina tem entendido, e com acerto, que não se trata de uma condição implícita, mas sim de uma faculdade outorgada pelo ordenamento jurídico ao contratante adimplente, na medida em que condição, em sentido técnico jurídico, é a cláusula que subordina a eficácia do negócio jurídico a evento futuro e incerto. O adimplemento dos deveres contratuais é um ato devido, e as consequências do descumprimento em nada se parecem com os efeitos decorrentes da não verificação da

Estando evidenciada a possibilidade de resolver o contrato devido ao descumprimento da prestação por parte de um dos contratantes, coloca-se a questão de avaliar qual descumprimento seria suficiente para dar ensejo a tal reação do contratante adimplente. Esta questão ganha relevância quando se está diante de um cumprimento parcial de obrigação, em que apenas uma parcela do dever contratual restou inadimplida.

Para evitar injustiças advindas da resolução do contrato em razão de descumprimento de somente uma fração da obrigação, surgiu no Direito inglês o entendimento de que somente o descumprimento de uma prestação dependente (*condition*) dava ensejo à resolução do contrato, ao passo que o descumprimento de um dever acessório ou colateral, do qual a obrigação não é dependente (*warranty*), concedia ao credor apenas o direito de reclamar as perdas e danos (*damages*). Se o dever descumprido pode ser considerado *condition*, a parte contrária possui o direito de buscar a dissolução do vínculo contratual. Entretanto, se o descumprimento atingir um *warranty*, viável será tão somente requerer as perdas e danos.

Como paradigma deste entendimento tem-se o caso *Boone v. Eyre*, de 1779, tendo por base uma distinção que se fazia na época de dois tipos de cláusulas que os contratos poderiam conter e as respectivas conseqüências, de diferentes graus de gravidade, que poderiam advir da infração de uma ou outra.

Lord Mansfeld, que julgou o caso *Boone v. Eyre*, distinguia, em um contrato, obrigações dependentes (*conditions*) e obrigações independentes (*warranties*). As primeiras eram interdependentes, estavam indissolúvelmente ligadas a todas as obrigações correlativas da co-contratante. Já as obrigações chamadas de independentes escapariam da reciprocidade contratual, uma vez que são acessórias. Sua inexecução restaria sem efeito sobre o direito de exigir as prestações prometidas pela outra parte e, por conseguinte, não lhes poderia ser oposta uma exceção de não cumprimento, exigindo-se a parte pagar-lhe o preço.

---

condição. Essa construção artificiosa – condição implícita – tem em seu cerne o voluntarismo jurídico, uma vez que decorre da “vontade presumida das partes”. BUSSATA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.35.

Neste precedente jurisprudencial da Inglaterra, o demandante Boone obrigara-se a transferir ao demandado, Eyre, a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam, garantindo-se ao adquirente domínio e posse pacíficos. Em contrapartida, Eyre se obrigara a pagar-lhe 500 (quinhentas) libras e uma renda anual de 160 (cento e sessenta) libras. Em juízo, Boone cobrava-lhe o pagamento de 400 (quatrocentas) libras de renda atrasada e Eyre alegava que Boone não havia executado a obrigação de garantir-lhe o domínio sobre os bens alienados, pois a plantação lhe pertencia por ocasião da conclusão do contrato, mas não mais os escravos. Lord Mansfield entendeu, assim, que esta inexecução não dispensava o comprador de pagar o preço e a ação foi julgada procedente.

De acordo com a decisão, a obrigação de alienação dos escravos não configurava uma obrigação dependente (*condition*), mas uma obrigação secundária, cuja inexecução se resolveria em perdas e danos e não levaria à ruptura do contrato.

Anelise Becker ressalta que “as *conditions* são cláusulas essenciais, constituindo a própria substância do contrato, cujo cumprimento é imprescindível à manutenção do sinalagma. As *warranties*, por sua vez, correspondem àquelas “obrigações independentes”, que estão em uma segunda ordem de importância e seu cumprimento, portanto, não afeta o equilíbrio contratual (*consideration*). Cabia às partes determinarem no contrato o que configuraria uma *condition* e sua vontade seria lei para os juízes em virtude do princípio da autonomia da vontade. Violada uma *condition*, seria atingido o equilíbrio contratual. Então caberia à parte lesada pedir a sua resolução, com o que a parte inadimplente nada lhe poderia exigir, ainda que houvesse prestado algo. Caso a infração fosse uma *warranty*, a relação contratual não seria discutida e o contratante não inadimplente estaria legitimado apenas a pedir o adimplemento do que fora omitido, se possível, e o ressarcimento dos danos sofridos. Violada uma *condition*, seria atingido o equilíbrio contratual. À parte lesada caberia então pedir a resolução, com o que a parte inadimplente nada lhe poderia exigir, ainda que houvesse prestado algo. Caso a infração fosse uma *warranty*, a relação contratual não seria discutida e o contratante inadimplente estaria legitimado apenas a pedir o adimplemento do que fora omitido, se possível, e o ressarcimento dos danos sofridos.”<sup>107</sup>

Contudo, não obstante a utilidade de tal distinção, esta se tornou insuficiente, uma vez que ignorava a gravidade do descumprimento, podendo, assim, dar azo a grandes injustiças. Nesse sentido, por um lado, uma ínfima e irrelevante infração a uma *condition* poderia ensejar a resolução do contrato; por outro lado, o descumprimento substancial e grave de uma *warranty* somente dava o direito ao recebimento de perdas e danos.

Com a finalidade de afastar tais dificuldades surge o conceito de *intermediate* ou *innominate term*, quer dizer, aquele dever contratual que não pode ser considerado nem *condition* nem *warranty*, e seu descumprimento somente faculta à parte resolver o contrato caso seja suficientemente sério (*sufficiently serious*)<sup>108</sup>. “Passa-se a dar maior relevância para a gravidade do dever descumprido, bem como para as conseqüências que tal descumprimento traz à economia do contrato. Dessa forma, havendo um descumprimento leve, só se admite reclamar perdas e danos. Contudo, se o descumprimento for sério, grave capaz de comprometer não só o sinalagma contratual, mas toda a economia do contrato, admite-se a resolução contratual.”<sup>109</sup>

Nota-se, assim, uma evolução, dado que se abandona o critério de considerar a natureza do dever cumprido, passando-se a valorar a gravidade do dever descumprido e as conseqüências que resultam na economia do contrato.<sup>110</sup> Aparece, portanto, o critério ou princípio conhecido como *substantial failure in performance* ou, simplesmente *substantial performance*.

---

<sup>107</sup> BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.62.

<sup>108</sup> MEORO, Mario E. Clemente, *op. cit.*, p.267.

<sup>109</sup> BUSSATA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.37.

<sup>110</sup> Anota Anelise Becker: “Começou-se a cogitar então da gravidade do incumprimento para fins de outorgada resolução, como forma de proteger a contraparte. E a noção de *substantial performance* surgiu como inversão do ponto de vista que, ao apreciar a gravidade a partir da inexecução, passou a considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia em substância a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição. Aplicada esta doutrina, aquele contratante que prestou de forma quase inexata (mas não exata) não mais perderia o direito de reclamar o preço, como ocorria por força da referida regra da *Common Law*. Se o seu adimplemento tivesse sido substancial, ainda que inexato e imperfeito, teria direito à contraprestação, resguardado o direito do credor em exigir-lhe o ressarcimento dos prejuízos causados pela imperfeição e/ou parte faltante. Um *desvio insignificante* do que fora estipulado no contrato que não mais justificaria sua resolução e a conseqüente perda de toda a contraprestação por parte daquele que adimpliu inexata, mas *substancialmente*”. BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.63.

Porém, como ressalta Meoro, citado e traduzido livremente por Bussatta, “esse critério, ademais, não foi somente utilizado no passado senão que segue sendo utilizado para determinar quando o incumprimento faculta resolver. Assim, os Tribunais expressam a aplicação do critério de gravidade do incumprimento assinalando que esse deve afetar a base ou o fim do contrato (*‘the root of the contract’*), que deve ser fundamental, que deve afetar o mais substancial do contrato (*‘affect the very substance of the contract’*) frustrar o propósito comercial da empresa (*‘frustrate the commercial purpose of the venture’*), ou privar o credor de obter substancialmente a totalidade dos benefícios que as partes pretendiam (*‘deprives him of substantially the whole Benefit which it was the intention of the parties that should obtain’*)<sup>111</sup>

Foi a partir da verificação da gravidade do descumprimento e suas conseqüências que o Direito recepcionou a doutrina ou teoria da *substantial performance*, como será visto a seguir.

### 3.2 Teoria do adimplemento substancial no Direito estrangeiro

O estudo do Direito estrangeiro revela-se relevante no estudo da teoria do adimplemento substancial, uma vez que não há dispositivo expresso em lei brasileira acerca da matéria e porque a doutrina e a jurisprudência, salvo as exceções já anteriormente citadas, não têm se ocupado do assunto.

Diante disso, a experiência jurídica havida nos países da *civil law*, em especial o Direito italiano, português, alemão, francês, espanhol, argentino, bem como nos países de *common law*, especialmente o Direito americano e o inglês, é de grande valia para o desenvolvimento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Merece também uma breve análise as disposições no Direito Internacional sobre a matéria, isto é, a Convenção de Viena e a teoria em questão segundo a *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*.

---

<sup>111</sup> BUSSATA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.37; MEORO, *op. cit.*, p.270.

Não se pretende aqui uma apresentação exaustiva das características do tema e das questões controvertidas em referidos sistemas de Direito estrangeiro, mas tão somente uma abordagem sumarizada dos contornos conceituais em cada país, que se revela mais oportuna para fins do presente estudo.

### **3.2.1 Países da *civil law*: Itália, Portugal, Alemanha, França, Espanha e Argentina**

Primeiramente, cumpre destacar que estabelece o artigo 1.455 do Código Civil italiano que o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância resguardado o interesse da outra. Nota-se assim que o Código Civil italiano contém dispositivo expresso que prevê a limitação da faculdade do credor de resolver o contrato no caso de inadimplemento de “escassa importância”.

Cumpre ao juiz, com fundamento neste artigo, e utilizando um critério de boa-fé objetiva, avaliar a gravidade do inadimplemento e o interesse concreto do outro contratante na exata e tempestiva prestação. Se este ainda tiver interesse na prestação defeituosa, não terá sido grave o inadimplemento. Somente será grave o inadimplemento nos casos em que a prestação defeituosa alterar sensivelmente o equilíbrio contratual, de modo a fazer com que a parte não inadimplente sofra sacrifício além do limite razoável, além dos riscos inerentes ao negócio. A doutrina italiana entende que cabe ao juiz analisar a gravidade do descumprimento ocorrido e somente haverá direito à resolução se o inadimplemento for grave, de modo substancial. Se o inadimplemento for de escassa importância só se faculta à parte requerer perdas e danos, bem como o cumprimento da prestação, caso ainda possível.<sup>112</sup>

Assim, na Itália, se o caso concreto é de inadimplemento substancial não há comprometimento do sinalagma contratual e, para ter sido reconhecido como substancial,

---

<sup>112</sup> Sobre este tema ver: AULETTA, Giuseppe. Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempire. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, v.9, p. 655-676, 1955; COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1994; TURCO, Cláudio. *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p.961-962; PISCIOTTA, Guiseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000, p.53-67.

apresenta interesse o credor assim como foi executado. Dessa forma, está-se diante do incumprimento de escassa importância, que veda o pedido de resolução no Direito italiano.

Já no Direito português, o artigo 802, nº 2, do Código Civil exerce função semelhante. Pela redação utilizada não parece haver dúvida de que a fonte de inspiração do legislador português foi o Código italiano de 1942. De acordo com o referido artigo, aplicável tanto à obrigação principal como acessória, o credor não pode, todavia, resolver o negócio se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. Mario Julio de Almeida Costa, ao comentar este dispositivo, assevera que em Portugal foi disposta uma vedação clara à possibilidade do credor resolver o contrato “se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”.<sup>113</sup>

Há ainda outro dispositivo no ordenamento jurídico português para nortear a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial. Trata-se do artigo 934º. Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativa às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.

No Direito alemão, quando da reforma realizada no Direito das Obrigações do Código Civil Alemão (BGB) no ano de 2002,<sup>114</sup> foi positivada regra expressa acerca da avaliação da gravidade do inadimplemento para o fim de possibilitar à parte lesada o desfazimento da relação obrigacional.

Dispõe o §323 (1) do BGB quanto à possibilidade de resolução nos contratos bilaterais pelo credor, quando o devedor não adimplir o contrato ou nos casos de adimplemento em desconformidade ao contrato, desde que o credor tenha fixado prazo apropriado ao devedor para o cumprimento da obrigação. Tem-se como premissa para a resolução do contrato o não adimplemento ou o adimplemento parcial. Denota-se, porém, que conforme o §323(2) do

---

<sup>113</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p.894.

<sup>114</sup>Sobre a reforma do direito das obrigações alemão, ver traduzido para o italiano: CANARIS, Claus-Whilhem. *La riforma del diritto tedesco delle obbligazione*. Tradução de Marcelo Farnetti e Sonja Heberl. Padova: Cedam, 2003.

BGB a fixação de prazo apropriado ao pedido de cumprimento da obrigação será dispensável quando: 1) o devedor objetar definitivamente e de forma inequívoca o cumprimento da obrigação; 2) o devedor não adimplir sua obrigação em conformidade ao termo contratual ou data avençada, tendo o credor determinado no contrato seu interesse no cumprimento pontual da obrigação; 3) sobrevirem condições especiais que, em consideração aos interesses das partes, justifiquem a imediata resolução contratual.<sup>115</sup>

Assim, a resolução contratual por adimplemento somente será aceita pelo Direito alemão §323 (5) quando a parte não tiver interesse na parcialidade. Caberá, inversamente, a indenização por perdas e danos nos casos em que a função econômico-social do contrato, a despeito do cumprimento parcial do devedor, restar preservada.<sup>116</sup>

“Tratando-se dos casos de adimplemento substancial, dispõe o §323(5) do BGB que, se o devedor não cumprir sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante. O descumprimento de qualquer dever contratual por parte do contratante não poderá dar ensejo à resolução do contrato se esta não foi relevante ou se de algum modo não quebrar as expectativas da parte não inadimplente. O legislador alemão utiliza a expressão lesão do dever, com a intenção de deixar evidente que não se refere somente ao descumprimento da prestação principal, mas também de todo e qualquer dever decorrente da relação contratual, privilegiando assim a visão complexa da relação contratual. A disposição alemã se mostra inovadora em relação à italiana por referir-se ao descumprimento do dever, o que afasta as dúvidas existentes na doutrina italiana quanto à possibilidade ou não da aplicação da teoria em se tratando de prestações laterais ou acessórias. É sabido afinal que os deveres contratuais vão muito além da prestação principal, como já ficou assentado ao discorrer sobre a relação obrigacional complexa e obrigação como processo”.<sup>117</sup>

Na França, em casos de inadimplemento parcial ou de pouca gravidade, é permitido ao juiz beneficiar o devedor inadimplente com uma dilatação do prazo contratual. Rejeita-se

---

<sup>115</sup> Adaptação livre transcrita em BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.43.

<sup>116</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>117</sup> *Idem*, p. 43-44.

nesses casos, a resolução, cabendo somente o pedido de indenização, como previsto no artigo 1184 do Código Civil francês. Anelise Becker anota, contudo, que “a jurisprudência francesa também exercita este poder em caso de inexecução parcial ou de pouca gravidade que proporcione ao credor o benefício essencial do contrato, no sentido de declarar a manutenção do contrato, rejeitando o pedido resolutivo, mediante pagamento de uma indenização. Isto em vista de a resolução ser concebida como sanção extraordinária ou subsidiária, o que explica que o juiz procure *sauver contrat* sempre que possível”.<sup>118</sup>

Ademais, no Direito e na jurisprudência espanhola há uma marcada tendência para a manutenção do vínculo contratual, pois se exige, para o êxito da ação resolutiva, um incumprimento substancial. No Código Civil espanhol, a resolução vem regulada pelo artigo 1124, o qual dispõe que o pedido de resolução é permitido diante do inadimplemento ou, se a parte adimplente preferir, poderá requerer o cumprimento da prestação, sendo possível em ambos os casos a indenização por perdas e danos.

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, citando Aurora González González<sup>119</sup>, disserta que a jurisprudência espanhola admite a ampla indenização por perdas e danos, na configuração do adimplemento substancial, porque se revelaria espinhoso ao juiz verificar e medir, minuciosamente, a gravidade do inadimplemento.<sup>120</sup> Mario Meoro ensina que este critério é valorado pelo magistrado objetivamente, ao considerar “a objetiva importância econômica do incumprimento, e não a importância do incumprimento para o credor”.<sup>121</sup>

Adiciona-se a essas colocações que o Direito espanhol contempla o princípio da boa-fé objetiva no artigo 7.1 do Código Civil<sup>122</sup>. Dessa forma, por meio de sua hermenêutica, associada ao princípio acima aludido da conservação dos contratos, infere-se o reconhecimento da Teoria do Adimplemento Substancial, ainda que não positivada

---

<sup>118</sup> BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 67.

<sup>119</sup> GONZALÉZ, Aurora González. *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Barcelona: Bosch, 1987, p. 40-42.

<sup>120</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Adimplemento substancial*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006, p.57.

<sup>121</sup> MEORO, Mario, *op. cit.*, p. 254.

<sup>122</sup> *In verbis*: Art. 7.1 “Los derechos deberán ejercitarse conforme las exigencias de la buena fé”.

expressamente, admitindo-se a relativização do princípio do *pacta sunt servanda* diante do descumprimento mínimo da prestação.

Do mesmo modo que no Direito espanhol, não há no Direito argentino qualquer disposição legal sobre a gravidade do inadimplemento. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm destacado que o incumprimento deve ser importante, de não escassa importância, grave, de grande magnitude<sup>123</sup>, uma vez que o contrato é orientado pelo princípio da conservação<sup>124</sup>, bem como seria contrário à boa-fé contratual o exercício do direito subjetivo de resolver o contrato em tais casos. Assim, apesar da falta de dispositivo legal específico, vige no direito argentino que somente o incumprimento grave é que dá causa à dissolução do vínculo contratual, com fundamento na boa-fé objetiva contratual, assim como no princípio da conservação do contrato.

### 3.2.2 Países da *common law*: Inglaterra e Estados Unidos da América

Como visto supra<sup>125</sup>, a origem histórica e a construção da Teoria do Adimplemento Substancial foi criada na Inglaterra, baseada no sistema da *common law*, mormente a partir do precedente jurisprudencial relativo ao julgamento do caso *Boone versus Eyre* julgado por Lord Mansfield, em que se estabeleceram as diferenças existentes entre as cláusulas contratuais que consubstanciam obrigações envolvendo uma *condition* ou uma *warranty*.

Também foi assinalado supra que no Direito inglês vigora a teoria da *substantial failure in performance*, de modo que apenas o incumprimento *sufficiently serious* permite o exercício da resolução do contrato; nos demais casos só há espaço para a via das perdas e danos.

Mario Meoro entende que “nesse sistema, já não apresenta tamanha relevância ter o descumprimento ocorrido em relação às prestações interdependentes (*conditions*) ou

---

<sup>123</sup> MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. p.139-141.

<sup>124</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 658.

<sup>125</sup> Item 3.1.

acessórias, laterais (*warranties*), mas valoram-se principalmente a gravidade objetiva do descumprimento e os prejuízos que ele acarreta à economia do contratual. Assim, na *common law*, o princípio geral é o da gravidade das conseqüências do inadimplemento”.<sup>126</sup>

No mesmo sentido Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, após analisar precedentes do Direito inglês, conclui que “na atual estruturação do sistema inglês o adimplemento substancial existe, é aplicável, diante da execução da maior e mais importante parte da prestação em contrapartida ao descumprimento de parte mínima da obrigação satisfazendo substancialmente os interesses do outro contratante, excluindo-se a noção falaciosa de que para a realização do pagamento, o cumprimento integral é condição para a realização daquele; bem como a concepção primária de que apenas a quebra material de uma *condition* seria causa para resolução, sendo que independentemente da natureza da obrigação, o que importa é a gravidade da violação gerada diante do programa contratual, analisado com um todo”.<sup>127</sup>

Já Anelise Becker sintetiza a questão asseverando que são parâmetros para a aplicação judicial na teoria no Direito inglês: a) a insignificância do inadimplemento, na medida em que o inadimplemento substancial consiste em um resultado deveras próximo do almejado que não chega nem mesmo a abalar o sinalagma nas prestações recíprocas; b) satisfação dos interesses do credor, o que importa dizer, o adimplemento, mesmo sendo inexato, mantém a utilidade normal do contrato ao credor; c) diligência por parte do credor, de forma que não se admite a aplicação da teoria para os casos em que o devedor se mostra não interessado no cumprimento da obrigação assumida.<sup>128</sup> “A doutrina da *substantial performance* pretende a proteção e auxílio daqueles que leal e honestamente esforçaram-se em executar seus contratos em todos os particulares materiais e substanciais, de modo que seu direito à compensação não deva ser perdido em razão de meros defeitos ou omissões técnicas, inadvertidas ou não importantes”.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> MEORO, Mario, *op. cit.*, p.272.

<sup>127</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da, *op. cit.*, p.36-37

<sup>128</sup> BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.63-65.

<sup>129</sup> *ibidem*, p.65.

Ainda segundo a referida autora, os efeitos da aplicação da teoria são a manutenção da relação contratual e o envio do credor à demanda de cumprimento cumulada, dependendo do caso, às perdas e danos que o descumprimento causou.<sup>130</sup>

Diante do exposto, infere-se que o Direito inglês não autoriza o desfazimento da relação contratual na hipótese do adimplemento inexacto satisfazer os interesses do credor, tal como nos ordenamentos jurídicos da *civil law* acima delineados. Entretanto, verificado que o devedor não agiu de boa-fé, no sentido de que não agiu leal e honestamente, é direito do credor buscar a resolução do contrato, ainda que o inadimplemento seja de escassa importância.

Deve-se ressaltar, ainda que sumariamente, a Teoria do Adimplemento Substancial no Direito dos Estados Unidos da América, cujo sistema jurídico também se apresenta construído com fundamento na *common law*, calcado em precedentes judiciais, complementados por leis e regulamentos.

Apesar de cada Estado possuir seu próprio regramento em matéria de contratos, o sistema jurídico norte-americano codificou o *Uniform Commercial Code*, que estabelece as diretrizes fundamentais da matéria. Segundo a seção § 1-201 (11), o contrato significa a obrigação legal que resulta de um acordo entre as partes, conforme disposto por este Instrumento ou qualquer outra lei aplicável<sup>131</sup>, o que confere ao contrato o caráter obrigacional ao mútuo acordo entre as partes, ficando ainda adstrito à norma cogente da boa-fé objetiva<sup>132</sup>, e ainda *standards* através dos quais as obrigações devem ser executadas.

O ponto principal na aplicabilidade da Teoria no Direito Americano diz respeito ao fato de que o UCC não contempla objetivamente os critérios de valoração da gravidade da inexecução da obrigação ou mesmo dos padrões do critério substancial de uma prestação. Por isso, a doutrina e os precedentes jurisprudenciais (*court precedents*) se debruçam sobre a

---

<sup>130</sup> *ibidem*, p.65-66.

<sup>131</sup> Tradução livre de: “*Contract means the total obligation in law, which results from the parties’ agreement as affected by this Act and any other applicable rules*”. WHITE, James & SUMMERS, Robert S. *Uniform commercial code*, p.178.

<sup>132</sup> Segundo §1-102 do UCC: “*The obligation of good faith may not be disclaimed by agreement*”. *idem*, p.65.

formação do conceito de *material breach* disposto no §275 do UCC, para se atingir os critérios da conceituação de adimplemento substancial.

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva, depois de uma profunda análise do sistema e das leis norte-americanas nesta matéria, lista as seguintes hipóteses para se verificar a extensão do adimplemento substancial no sistema norte-americano: “(i) ausência da prestação completa; (ii) benefício possível de ser extraído do adimplemento substancial; (iii) cumprimento insubsistente da prestação ou da preparação para executar o contrato; (iv) esforço da parte inadimplente a cumprir com a sua obrigação, visando o adimplemento regular do negócio; (v) culpabilidade da parte que descumpriu minimamente a prestação prometida; (vi) incerteza gerada a parte adimplente de que o restante do contrato não será mais cumprido.”<sup>133</sup>

Prossegue a autora afirmando que “se a extensão desses elementos for de proporção ínfima que não afete drasticamente o contrato como um todo, o contrato deve ser mantido, em razão da configuração do adimplemento substancial. É fato também que estes não são elementos precisos, necessitando de alguma valoração sob os pilares do princípio da boa-fé objetiva”.<sup>134</sup>

Acerca da questão da gravidade da violação no direito americano, fundado nos *courts precedents* e na carga criativa de cada julgador (*judge-made law*), Bernard Gilson explica que a gravidade da inexecução, que justifica a resolução, nem sempre é aferida diante de uma única cláusula, mas, antes, em função do conjunto de obrigações de cada uma das partes. Assim, a resolução se justifica mais pela inexecução fatal do que pela violação de uma cláusula reputada essencial.<sup>135</sup>

Diante do exposto, é possível concluir que no Direito norte-americano a resolução do contrato está vinculada à desnaturação do contrato com um todo, independentemente da natureza da prestação inadimplida, que poderá ser acessória ou principal. O adimplemento substancial estará configurado se a violação do contrato não comprometer a manutenção do

---

<sup>133</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da, *op. cit.*, p.42.

<sup>134</sup> *idem*.

<sup>135</sup> GILSON, Bernard. *Inexecution et résolution em droit anglais*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p.144.

programa contratual como um todo e se a valoração do inadimplemento for o minimamente impactante ao resultado pretendido pelas partes.

### **3.2.3 Direito Internacional: Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980); Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT e Direito Europeu**

No plano do Direito internacional encontra-se referência indireta à doutrina do adimplemento substancial na Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980)<sup>136</sup>. Em seu artigo 25, a Convenção de Viena dispõe: “uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o teria igualmente previsto.”

Ao abordar a violação fundamental (*fundamental breach*), a Convenção de Viena não distingue se a violação foi de cláusula fundamental ou acessória, *condition* ou *warranty*, obrigação principal ou secundária, decorrente do contrato, da própria Convenção ou do princípio da boa-fé. O que interessa, para que se configure uma *fundamental breach*, é que seja causado um prejuízo substancial à contraparte, ainda que imprevisível para uma pessoa razoável, não importando se a infração foi de dever ou obrigação acessória ou dever ou obrigação principal.

Anelise Becker, acerca deste tema comenta que “o que importa em se tratando de adimplemento substancial ou inadimplemento fundamental, não é a natureza do dever violado, mas a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo incumprimento. Se este prejuízo é grave o bastante para furtar seu interesse pela prestação, a hipótese será de

---

<sup>136</sup> Convenção de Viena de 1980. Disponível em: <http://www.uc3m.es/cisg/textoc.htm>. Acesso em 22 de janeiro de 2008. O Brasil não assinou nem aderiu a essa convenção. Na América do Sul foi adotada pela Argentina, Chile e Venezuela. Sobre este tema: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Convenção de Viena e a Resolução do Contrato por Incumprimento. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 121, p. 211-225, jan./mar. 1994.

inadimplemento fundamental, qualquer que tenha sido o dever não cumprido, com o que, a resolução é legítima face ao desequilíbrio que o incumprimento trouxe à economia do contrato. Entretanto, se da violação, mesmo que do dever principal, não decorreu prejuízo capaz de comprometer o interesse do credor pela prestação, o pedido de resolução é abusivo, pois se ainda tal interesse mantém-se o sinalagma: há então um adimplemento substancial. Por isso, pode-se dizer que há uma relação de inversão entre tais noções, adimplemento fundamental e adimplemento substancial, de modo que uma vez prevista uma, a outra é também aplicável, na medida das circunstâncias concretas”.<sup>137</sup>

Assim caberá ao juiz ou ao árbitro verificar a existência ou não de um descumprimento fundamental a fim de conceder a resolução. E tal valoração decorrerá “da interpretação do caso concreto, mas ligado às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os sentimentos da parte, e sim os termos do contrato.”<sup>138</sup> Um dado importante a levar em conta refere-se à imprevisibilidade do resultado. Desse modo, caso o faltante, seja ele vendedor, seja comprador, demonstre que “não tinha possibilidade de prever o resultado negativo, sendo que o mesmo poderia ter ocorrido em relação a uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias”,<sup>139</sup> poderá evitar o decreto de dissolução do contrato.

Eduardo Bussatta critica a disposição desta convenção “uma vez que os prejuízos para a parte não inadimplente ou, inversamente, a satisfação dos seus interesses em relação ao cumprimento inexato, em nada se alteram, haja ou não a previsibilidade do resultado. O dano é o mesmo, sendo ou não previsível. Além disso, é estabelecida uma avaliação da culpa para o inadimplemento que, não bastasse ser de difícil apuração, não se coaduna com os requisitos da responsabilidade negocial.”<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.67-68.

<sup>138</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.11, p.62, 1996.

<sup>139</sup> FRADERA, Vera Maria Jacob de, *op. cit.*, p.55-56.

<sup>140</sup> BUSSATA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.52.

Ainda no campo do Direito internacional é importante dissertar resumidamente acerca dos Princípios acerca dos Contratos Comerciais Internacionais da UNIDROIT, bem como um espectro dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos de 1993.

No que se refere aos princípios sobre os contratos comerciais internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT, é importante destacar que foi disposto um tratamento acerca da resolução dos contratos por inadimplemento, que só é admitida quando a falta de cumprimento das obrigações contratuais corresponde a um incumprimento essencial, o que implica, em última análise, na necessidade de valorar o inadimplemento para permitir a dissolução do contrato.

Nos termos do art. 7.3, o incumprimento é essencial quando:

“(1) Uma parte pode resolver o contrato se a falta de cumprimento de uma das obrigações da outra parte constitui um incumprimento essencial.

(2) Para determinar se a falta de cumprimento de uma obrigação constitui um incumprimento essencial se terá em conta, especialmente se:

(a) o incumprimento priva substancialmente a parte prejudicada do que teria direito de esperar em virtude do contrato, a menos que a outra não houvera previsto nem poderia prever razoavelmente esse resultado;

(b) a execução estrita da prestação insatisfeita era essencial segundo o contrato;

(c) o incumprimento for intencional ou temerário;

(d) o incumprimento dá à parte prejudicada razões para desconfiar de que a outra cumprirá no futuro;

(e) a resolução do contrato ocasionará à parte inadimplente uma perda desproporcional como consequência de sua preparação para o cumprimento.

(3) Em caso de demora, a parte prejudicada também pode resolver o contrato se a outra parte não cumpre antes do vencimento do período suplementar concedido a ela segundo o artigo 7.1.5”<sup>141</sup>.

Diante do exposto, pela transcrição acima delineada, verifica-se que o diploma em questão enumera uma série de situações a fim de valorar o descumprimento, com o objetivo

de avaliar se este pode ou não ser considerado essencial, do que se infere o aspecto positivo de dar certa segurança na aplicação dos preceitos diante das definições legais, as quais, ainda que abertas, trazem seus lineamentos fundamentais.

No que se refere aos Princípios do Direito Europeu dos Contratos de 1993, criado pelo Parlamento Europeu para uniformizar o Direito Privado neste continente, especialmente a matéria contratual, deve-se ressaltar, em relação ao tema aqui desenvolvido, que somente se admite a resolução do contrato ante ao inadimplemento quando este puder ser adjetivado de essencial. A lei define no art. 8.103 em quais hipóteses o incumprimento será considerado essencial:

- “(a) quando a observância estrita da obrigação pertence à causa do contrato;
- (b) quando o incumprimento prive substancialmente a parte prejudicada do que legitimamente poderia esperar do contrato, salvo que a outra não houvera previsto ou não pudesse prever em boa lógica esse resultado;
- (c) ou quando o incumprimento seja intencional e dê motivos à parte prejudicada para entender que já não poderá contar no futuro com o cumprimento da outra parte”.<sup>142</sup>

Para fins de valorar se o descumprimento é ou não essencial, este dispositivo apresenta uma inovação, com o contido na alínea *a*, inserindo a questão da causa dos contratos e toda a discussão de ser ela ou não requisito de validade. Vem à tona, portanto, a questão do fim do contrato tal como analisado pela doutrina italiana, isto é, como função econômico-social do contrato<sup>143</sup>; subtende-se que a frustração do fim econômico do contrato deve dar ensejo a dissolução do vínculo contratual.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Segundo MEORO, Mario, *op. cit.*, p.285. Adaptação livre de BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 53.

<sup>142</sup> Segundo MEORO, Mario, *op. cit.*, p.287. Adaptação livre de BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 55.

<sup>143</sup> BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.60.

<sup>144</sup> Eduardo Bussatta, contudo, critica o contido na alínea *b* do dispositivo, que segundo ele, “comete o erro de levar em consideração, tal como a Convenção de Viena de 1980 e os princípios do UNIDROIT, a previsibilidade do resultado pelo devedor. Ora, o inadimplemento sendo essencial, não deixará de trazer graves conseqüências para a economia do contrato e, por conseguinte, ao credor lesado, independentemente de ser ou não previsível. Considerar a previsibilidade para fins de valorar a gravidade do descumprimento importa em impor ao credor os riscos dos acontecimentos imprevisíveis para o devedor, o que é de todo equivocado.” BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.56.

Pelo exposto, pode-se afirmar que o diploma em foco é de suma importância, haja vista o texto descritivo acerca da essencialidade do descumprimento que, salvo o contido na alínea *b*, merece elogios e pode ser utilizado para buscar fixar no ordenamento jurídico pátrio o conteúdo da Teoria do Adimplemento Substancial.

### **3.2.4 Síntese dos aspectos definitórios da teoria no Direito estrangeiro**

Após analisar os lineamentos fundamentais da matéria no Direito estrangeiro é possível extrair alguns aspectos definitórios convergentes no que se refere à doutrina do adimplemento substancial.

O primeiro elemento identificado em todos os sistemas estudados é a necessidade de gravidade para o objetivo da dissolução do vínculo. Vale dizer, em todos os ordenamentos jurídicos estudados há a necessidade de que o inadimplemento seja de extrema relevância, grave, essencial, para que o credor, parte não inadimplente, possa se valer da resolução. Os sistemas italiano, alemão e português o fazem de forma expressa. Outros, como é o caso da Espanha e da Argentina, admitem a adoção de um critério de gravidade para valorar o descumprimento contratual, fundados na boa-fé através de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Verifica-se que há uma notável preferência pela adoção de um critério objetivo para valorar a gravidade do inadimplemento, a despeito de uma aparente diversidade. Trata-se de um parâmetro fundado fundamentalmente na utilidade da prestação para o credor ou mesmo o cumprimento da função econômico-social do contrato.

Nesse espectro, alinha-se o direito contratual europeu, cujos princípios aludem à questão da causa, como fim útil ao contrato, para valorar a gravidade do inadimplemento. Na verdade, é correto afirmar ser a causa do contrato o melhor critério para verificar e mensurar a referida gravidade, dado que se avalia a utilidade da prestação para o credor, com base na função econômico-social do contrato. Afasta-se, assim, daquele critério que se limita a aproximar o resultado efetivo e o previsto.

Cabe destacar também a respeito da previsibilidade do resultado mencionada pela Convenção de Viena e pelos princípios do UNIDROIT que, em última análise, este critério em si contém determinadas imprecisões. Isso porque dá importância à questão da culpabilidade, o que pode vir a lesar os interesses legítimos da parte não inadimplente. Além disso, esta verificação é de difícil constatação na prática. Ademais, em tese, permitiria que a imprevisibilidade do resultado afastasse toda e qualquer responsabilidade do devedor, o que não se pode admitir, por implicar em manifesta injustiça.

Com efeito, no que se refere à conduta do devedor deve se levar em conta para fins de valoração da gravidade do incumprimento quando se tratar de contrato continuado ou de trato sucessivo. Nessa hipótese, o descumprimento doloso ou simplesmente ofensivo à boa-fé objetiva implica em manifesta frustração do interesse objetivo na contratação, tendo em vista o justificado receio de que o devedor voltará a descumprir e nenhum sistema jurídico tem legitimidade para impor a manutenção deste tipo de avença.

Por fim, outra característica convergente que se verificou a partir do estudo dos ordenamentos jurídicos estrangeiros consiste na evidência de que é incontroversa a admissão da teoria do adimplemento substancial em todas as hipóteses de descumprimento de dever, quer seja lateral ou acessório, quer seja principal. Efetivamente, o que se leva em consideração não é a natureza do dever descumprido em si, mas a gravidade do descumprimento e todas as consequências dele decorrentes para a economia do contrato.

### **3.3 Da atuação do princípio da boa-fé objetiva**

#### **3.3.1 A boa-fé no Direito brasileiro**

Não existia em nosso Direito um preceito genérico no âmbito do Código Civil de 1917 que previsse expressamente o princípio da boa-fé objetiva. Contudo, o Código Civil de 2002 cuidou de suprir essa omissão inserindo a boa-fé como parâmetro na manifestação da vontade, conferindo inclusive a amplitude expressiva de sua previsão sob a forma de princípio geral.

Com efeito, além do critério de interpretação-integração dos negócios jurídicos (art. 113<sup>145</sup>), o novo Código Civil disciplinou a boa-fé em articulação à função social do contrato, como um limite, portanto, à autonomia da vontade, e não mais como um parâmetro para a interpretação da manifestação volitiva, nos termos dos artigos 421<sup>146</sup> e 422<sup>147</sup> deste Código.

Relembre-se que, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 1917, o nosso Direito dispunha de uma norma que contemplava em termos explícitos a boa-fé incidente no campo de ação contratual, mas a limitava àquela função de cânone interpretativo. Cuida-se do art. 139 do Código Comercial, *verbis*: “sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.”

Entretanto, esta norma nunca foi aplicada em toda a sua potencialidade justamente pela inexata compreensão doutrinária e jurisprudencial dessa potencialidade, restando, na prática, sem a devida efetividade. Esta disposição, aliás, não obstante a vislumbrada potencialidade nela contida, não chega a constituir uma norma em que a boa-fé seja articulada como regra de conduta. Tratou-se tão somente de restringir a boa-fé a uma função de interpretação-integração do contrato, sem que se reconheça o papel criador de deveres, hoje consubstanciado ao princípio e previsto no Código Civil brasileiro.

A mudança de mentalidade surgiu então a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078 de 1990), com a clara introdução da boa-fé objetiva como regra de conduta. Ressalta-se que o *status* constitucional refletido nesse Diploma, com uma ênfase e explicitude que não devem ser ignoradas, especialmente porque remete ao princípio da boa-fé, funcionalizando-o, portanto, aos princípios constitucionais, nos seguintes termos:

---

<sup>145</sup> *In verbis*: art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração.”

<sup>146</sup> *In verbis*: art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

<sup>147</sup> *In verbis*: art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

Art. 4. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção ao consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios, nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

A esse respeito, Ruy Rosado Aguiar Junior conclui que “a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República), numa tentativa de ‘concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema’”.<sup>148</sup>

Nesse contexto, verifica-se que o Direito das obrigações vive um momento de transformação. A visão voluntarista do Direito, assentada especialmente na liberdade de atuação em que o sujeito encontrava poucos limites à autonomia privada<sup>149</sup>, vai sendo paulatinamente abandonada, diante das inúmeras injustiças que acarretou e por já não mais cumprir os anseios sociais que exigem um maior equilíbrio contratual.

---

<sup>148</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, p.20-32, abril-junho, 1995.

<sup>149</sup> Cláudio Luiz Bueno de Godoy apresenta as lições de Ana Prata que reserva o conceito de autonomia privada às manifestações de liberdade negocial, para ela designadamente de conteúdo econômico, a que serve de instrumento o negócio jurídico, muito embora reconheça o alargamento desse conceito, para abarcar, em seus limites, mesmo o casamento. Em sentido oposto lembra as lições de Renan Lotufo que observa que, em rigor, a autonomia privada, enquanto poder que ao indivíduo se reconhece para criar relações jurídicas concretas, não se restringe àquelas que revelem um conteúdo patrimonial. Exemplifica com o casamento, mas também com o divórcio, adoção, com atos de disposição do próprio corpo, sempre e afinal travestidos numa relação jurídica concreta só quando a parte, com sua atuação, lhe cria o conteúdo concreto, ainda que depois atue o conteúdo normativo abstrato previamente posto no ordenamento. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Professor Agostinho Alvim/coord. Renan Lotufo, p. 29. Cf. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11-12 e aula sobre a “autonomia privada” proferida no Curso de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 15-8-2001 – Direito Civil I: Autonomia Privada e Constituição.

Pelo exposto, verifica-se que foi imposta pelo próprio legislador a perspectiva de conferir à concreção do princípio da boa-fé um conteúdo de natureza constitucional, de modo a que se realize em termos coerentes com a aludida “racionalidade global do sistema”. Importa, portanto, analisar a conceituação de princípios jurídicos, bem como as funções da boa-fé objetiva no direito brasileiro, mormente como fundamento para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, quando de sua aplicação no Direito das obrigações.

### 3.3.2 A boa-fé como princípio jurídico

A boa-fé é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras como um princípio jurídico consagrado expressamente em forma de cláusula geral. Os doutrinadores pátrios referem-se à boa-fé como um princípio informativo do Direito obrigacional.

Segundo Judith Martins-Costa o Código Civil apresenta-se como um sistema aberto, uma vez que funciona como “eixo central” do sistema de direito privado, permitindo que leis esparsas venham a completá-lo, bem como em razão da utilização de cláusulas gerais como a da boa-fé, que permitem a constante incorporação de novos problemas por meio da construção jurisprudencial.<sup>150</sup>

Pioneiro no assunto, já afirmava Clóvis do Couto e Silva que “no Direito brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das obrigações. Observe-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa”.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Segundo esta autora, “nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas -, o seu enunciado, ao invés de traçar factualmente a hipótese e suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas. Têm, assim, a vantagem da mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contêm, pelo que é afastado o risco de imobilismo, porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”. MARTINS-COSTA, Judith, org. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117-118.

<sup>151</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. Estudo e direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.61.

Orlando Gomes também sustentava a existência implícita do princípio, subsumindo-o no disposto pelo artigo 85 do Código Civil de 1916: “O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social da segurança nas relações jurídicas diz-se, como está expresso no código civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante se aventa a idéia de que entre credor e o devedor é necessária a colaboração um ajudando o outro na execução do contrato.”<sup>152</sup>

Portanto, ainda antes de sua positivação expressa pelo Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva já era reconhecida pela comunidade jurídica como um princípio fundador do Direito obrigacional.

Isso nos leva a necessidade de analisar a boa-fé objetiva no campo da interpretação do Direito, aos limites da função judicante, ao conceito de sistema na ciência jurídica, ao peso das valorações pelos discursos jurídicos. Ou seja, privilegiar o reconhecimento da boa-fé como um princípio jurídico que se assenta sobre algumas premissas relativas ao seu papel na aplicação e realização do Direito.

Karl Larenz, diferenciando o que chama de princípios com forma de proposição jurídica e princípios abertos [na verdade, respectivamente, com e sem o caráter de norma, carecendo os últimos de concretização, em último grau efetuada pela jurisprudência] admite que subjacente a qualquer desses conceitos está a noção de “idéias jurídicas materiais”, as de pauta diretiva do sistema jurídico. Explicita o autor ainda que “a distinção entre aquelas espécies de princípios não deve ser entendida no sentido de uma separação rígida; as fronteiras entre princípios abertos e os princípios com forma de proposição jurídica são antes fluídas. Não pode indicar-se com exatidão a ponto de partir do qual o princípio está já tão

---

<sup>152</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.43.

amplamente concretizado que pode ser considerado como princípio com forma de proposição jurídica”.<sup>153</sup>

Importa ainda considerar que hoje não se atribui mais ao princípio apenas função supletiva ou de integração de preenchimento de lacunas. Com efeito, Florez-Valdes, remetendo ainda a Hernandez Gil e Frederico Castro coloca muito bem esta questão: “Em resumo, o entendimento atual da questão relacional entre princípios gerais e valores superiores nos situa Hernandez Gil, quando escreve: ‘Se operássemos com um conceito dos princípios gerais de direito sustentado durante algum tempo pela doutrina espanhola, que os reduzia a fonte subsidiária de terceiro grau diante da falta de lei ou costume,..., a resposta seria fácil: nada tem a ver os valores superiores do ordenamento, que estão além de este, e com esta última e modesta fonte de normatividade que seriam os princípios... Mas essa doutrina foi derrocada faz anos por Frederico de Castro, ao sustentar que os princípios são o fundamento do ordenamento a que informam, e não só fonte subsidiária de terceiro grau, pelo o que hoje – segundo nota Vilas – predomina a doutrina na posição de identificar os valores superiores do ordenamento jurídico com os princípios de direito constitucional.”<sup>154</sup>

Ressalta-se também que Judith Martins-Costa identifica um traço individualizador que é justamente o referido caráter fundante, que se lhe reconhece do ordenamento de qualquer de seus institutos ou mesmo de outras normas. E porque os fundamentam, fixando diretrizes, os princípios acabam por dar unidade a um sistema ou a uma instituição<sup>155</sup>.

Posto isso, atentando-se à apreciação até aqui efetivada deve-se observar que o princípio da boa-fé objetiva acaba consubstanciado tanto em um princípio expresso, em face da redação do art. 422 do Código Civil já citado, quanto inferindo o sentido solidário que marca a Carta Maior, sempre com a possibilidade de concreção.

---

<sup>153</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.674 e 682-683.

<sup>154</sup> FLOREZ-VALDES, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990, p.124-125.

<sup>155</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p.321.

Pietro Perlingieri observa, em relação aos princípios constitucionais, que sua incidência nas relações privadas, com eficácia normativa direta, obedece a uma razão de verdadeira lógica substancial, se afinal se constata que na Constituição está a base axiológica que garante unidade ao sistema e mais, a fonte jurídica hierarquicamente suprema. Segundo o autor: “a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como uma regra hermenêutica, mas também como uma norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”.<sup>156</sup>

Tal como propõe Pietro Perlingieri, é através dos princípios constitucionais que se torna possível proceder à reconstrução constitucional do Direito civil, pois as funções dos princípios são precisamente a de integrar e conformar a legislação ordinária à Lei Fundamental.<sup>157</sup>

Nota-se, portanto, que o Direito é cada vez menos um sistema que sai pronto e acabado das mãos do legislador para cada vez mais atuar em sua própria concretude, na prática da jurisprudência dos tribunais e na vida jurídica de modo geral.

Diante disso, a partir de dados jurisprudenciais e tendo em vista a positivação do princípio da boa-fé objetiva, é possível à doutrina elaborar construções teóricas no sentido de determinar mais precisamente o conteúdo da boa-fé: um sentido negativo, que visa impedir a ocorrência de comportamentos desleais (obrigação de lealdade) e um sentido positivo, em que se intenta promover a cooperação entre os contraentes (obrigação de cooperação), como será visto a seguir nos lineamentos das funções do princípio da boa-fé objetiva.

---

<sup>156</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.12.

<sup>157</sup> Sobre este tema: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. *op.cit.*, p. 2002; NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Tiago de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; LOTUFO, Renan. O pioneirismo de Clóvis Bevilacqua quanto ao direito civil-constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.768, p.747-755.

### 3.3.3 As funções do princípio da boa-fé objetiva

A doutrina vem atribuindo três funções ao princípio da boa-fé objetiva<sup>158</sup>: a primeira delas é a de cânone hermenêutico-interpretativo, em busca do efetivo conteúdo do negócio jurídico obrigacional; a segunda refere-se à função ativa, com a criação de deveres laterais de conduta exigíveis do devedor e mesmo do credor; e, por último, a função repressiva ou de controle, que impede o exercício inadmissível das posições jurídicas.

Como cânone hermenêutico-interpretativo, a boa-fé objetiva assume o papel de informar a interpretação em casos de ambigüidade ou contradição do programa contratual, tendo como objetivo precisar o exato conteúdo do contrato e de suas respectivas cláusulas e as efetivas obrigações impostas a cada um dos contratantes, informadas não somente pela autonomia privada ou pelas regras que sobre ela incidem, como também pelos valores admitidos pelo sistema. O objetivo desta compreensão é atingir uma relação obrigacional mais justa, com maior equilíbrio entre direitos e obrigações e que, ao mesmo tempo, atenda aos legítimos interesses dos contratantes, a fim de que sua função econômico-social seja cumprida.<sup>159</sup>

Quanto à segunda função da boa-fé objetiva denominada de “função ativa”, a doutrina costuma se referir à criação de deveres laterais de conduta exigíveis do devedor e do credor. Os deveres jurídicos decorrentes da boa-fé costumam ser definidos sob a nomenclatura generalista de deveres secundários, laterais, anexos, acessórios ou instrumentais, como tais qualificados como deveres imputados tanto ao credor quanto ao devedor, cuja fonte não é manifestação volitiva. A concepção de “obrigação como processo”, isto é, como um processo dinâmico de cooperação e lealdade entre as partes, é diretamente associada à incidência do

---

MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, 1999; e FACHIN, Luiz Edson, coord. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

<sup>158</sup> Nesse sentido, SILVA, Clóvis V. do Couto e, *op. cit.*, p.54-55; NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p.427-428; MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p.439; NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Tiago de, *op. cit.*, p.43. e s., entre outros.

<sup>159</sup> Sobre este tema: MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p.427 e s.; NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 52-157; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.423-424; SILVA, Clóvis V. do Couto e, *op. cit.*, p.54.; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op. cit.*, p. 71 e s.

princípio da boa-fé objetiva.<sup>160</sup> Não se pode também olvidar que a boa-fé e os deveres anexos que ela impõe se estendem até depois do contrato, dando ensejo ao que se denomina responsabilidade pós-contratual, de pós-eficácia ou, na referência de Menezes Cordeiro<sup>161</sup>, de *culpa post pactum finitum*, na sua visão simétrica da responsabilidade pré-contratual no período pós-contratual.

Por fim, a doutrina costuma referir a função defensiva da boa-fé como limitação ao exercício de direitos subjetivos<sup>162</sup>. De fato, configura-se abusivo o exercício de determinado direito sem a observância da boa-fé. Nesse sentido, “o credor no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente ou, pelo menos, antijuridicamente”.<sup>163</sup> Aliás, pela clara dicção do artigo 187 do Código Civil<sup>164</sup>, considera-se o abuso de direito como ato ilícito.

Neste papel da boa-fé enquanto limitador de direitos subjetivos insere-se e destaca-se o estudo do adimplemento substancial, uma vez que este princípio serve como instrumento limitador ao princípio da autonomia da vontade. Como será visto a seguir, a substancialidade do adimplemento avaliada casuisticamente deverá ter em vista a função econômico-social perseguida pelo contrato. Na verdade, a fundamentação da teoria do adimplemento

---

<sup>160</sup> Suas características foram exemplificadas por Judith Martins-Costa: “(...) (a) *os deveres de cuidado, providência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito, b) *os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação do seu *desideratum*, o do consultor financeiro de avisar a contra parte sobre os riscos que corre, ou do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) *os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, in fine, 14, 18, 20, 30 e 31 entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) *o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga pela negativa, o de não dificultar o pagamento por parte do devedor; f) *os deveres de proteção e cuidado* com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) *deveres de omissão e de sigilo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares”.

<sup>161</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p.625.

<sup>162</sup> A expressão “função defensiva” é de Clóvis V. do Couto e Silva, *op. cit.*, p.55. A doutrina também utiliza as expressões “limitador do exercício de direitos subjetivos” ou das “posições jurídicas” e “funções de controle”.

<sup>163</sup> NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 167.

substancial no princípio da boa-fé revela, portanto, a projeção desta como um limite, na medida em que os direitos subjetivos passam a ser vinculados a uma função social, tornando-se, por isso, relativos à finalidade, também social, da relação jurídica.

### **3.3.4 A boa-fé objetiva como fundamento da teoria do adimplemento substancial**

Conforme visto anteriormente, a teoria do adimplemento substancial corresponde a uma limitação ao direito do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se apresenta quando o incumprimento é de menor gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função econômico-social da contratação.

O artigo 475 do Código Civil autoriza o credor lesado pelo inadimplemento a buscar a resolução do contrato<sup>165</sup>. O credor tem o direito de buscar o desfazimento do negócio em razão do descumprimento do dever de prestar do devedor. Este dispositivo, entretanto, não dispõe acerca de qual inadimplemento terá o condão de ensejar o exercício do direito potestativo conferido ao credor de resolver o negócio jurídico, dando a entender que todo e qualquer descumprimento obrigacional permitiria esta alternativa extrema de resolução.

Contudo, a resolução é medida extrema, por implicar em séria sanção ao contratante inadimplente, na medida que encerra o vínculo contratual, retirando-lhe todos os efeitos jurídicos que produziu e que deveria produzir durante a sua vigência. Por esse motivo, entende-se que havendo um inadimplemento de escassa importância, insignificante, de pouca gravidade, a resolução pelo credor seria manifestamente desproporcional, injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, de modo que fica vedada pela boa-fé objetiva.

Dessa forma, a teoria do adimplemento substancial consubstancia-se na vedação do uso desequilibrado do direito de resolução, fundado essencialmente na aplicação do princípio da boa-fé objetiva, no pleno exercício de sua função defensiva de limitação de direitos

---

<sup>164</sup> *In verbis*: art. 187. Também comete um ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

subjetivos tal como especificado supra no enquadramento das funções deste princípio e delineado pela doutrina<sup>166</sup>.

De fato, a teoria em questão rompe com o direito legal à resolução. Diante da mera interpretação isolada do art. 475 do Código Civil, associado das demais regras que contemplam o direito à resolução dos contratos ante ao inadimplemento, não se pode inferir a exigência da gravidade do inadimplemento decorrente da concreção do princípio da boa-fé.

Todavia, o desequilíbrio se mostra evidente a partir da comparação entre o inadimplemento de escassa importância, que implica irrelevantes conseqüências ao contratante adimplente, *versus* a resolução enquanto medida extrema que extingue os efeitos práticos jurídicos do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça, em especial os julgados proferidos pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar em matéria de alienação fiduciária e seguros, dão conta da desproporção entre a resolução como sanção ao contratante inadimplente ante ao descumprimento de escassa importância, nos termos das seguintes ementas<sup>167</sup>:

Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O inadimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (STJ 4ª Turma, Resp. 272.739-MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 1º-03-2001. DJ 02-4-2001)

Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por

---

<sup>165</sup> *in verbis*: art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>166</sup> Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p.457-459.; NORONHA, Fernando, *op. cit.*, p. 180; SILVA, Clovis V. do Couto e, *op. cit.*, p.55; BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.60-77.

<sup>167</sup> Ambas as ementas foram extraídas do site <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 21 de janeiro de 2008.

extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. (STJ 4ª Turma, Resp. 76362-MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11-12-1995. DJ 01-04-1996)

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça em ambos os casos fundamenta a manutenção do contrato, salvo quando o interesse das partes do contrato restar frustrado pelo descumprimento. Por se tratar de descumprimento de parte insignificante não se justifica o desfazimento do vínculo, sendo nítido que o Tribunal considerou o exercício desequilibrado do pretense direito do credor a buscar a resolução quando somente houve mora em relação à última das parcelas, com a agravante, no caso de alienação fiduciária, que ela se encontrava depositada judicialmente.

Verifica-se que a boa-fé assume, de fato, um papel extremamente relevante na aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, uma vez que o exercício desequilibrado, como nos exemplos acima referidos, é mensurado a partir da concreção do princípio da boa-fé objetiva, com vista à função econômico-social do contrato.

Considera-se justamente na aplicação desta teoria o desequilíbrio existente no exercício do direito à resolução quando da ocorrência do inadimplemento de escassa importância, de modo a considerá-lo abusivo, dado que contrário à boa-fé e à finalidade econômico-social do contrato, permitindo, então, flexibilizar as normas que impõem o direito à resolução, com o objetivo de aplicar ao caso concreto os postulados da justiça e os ditames da sociabilidade.

Disso decorre que enquadrando a boa-fé como princípio fundamental do sistema jurídico pátrio, como uma norma de controle, fica impedido e vedado o exercício de direitos quando há manifesta desproporção entre o descumprimento do dever jurídico e a sanção decorrente de tal descumprimento, muito embora inexistam um texto de lei expresso positivando a teoria do adimplemento substancial ou ainda normatizando a matéria relativa ao inadimplemento de escassa importância, como existe no Direito italiano e português.

No caso específico atinente à resolução dos contratos, é vedado ao credor exercer o direito potestativo de desfazer o vínculo contratual diante de um inadimplemento de escassa importância, haja vista que a resolução nesta hipótese funcionaria como uma injustificável e exagerada sanção à parte inadimplente gerando uma consequência jurídica notadamente desequilibrada e desproporcional, vedada pela concreção do princípio da boa-fé, hoje positivado no Código Civil brasileiro, fundamento primordial da aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial.

## **CAPÍTULO 4**

### **CONTORNOS TEÓRICOS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO: FUNÇÕES, HIPÓTESES DE CONCRETUDE E DISTINÇÕES ENTRE INSTITUTOS CORRELATOS**

Depois de estudados os sistemas jurídicos estrangeiros, que demonstram o adimplemento substancial em diversos países, bem como nos tratados e estudo citados e também demonstrado que esta teoria é aplicável no ordenamento jurídico pátrio, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, consubstanciada na função defensiva de caráter limitativa ao exercício de direitos subjetivos, é necessário aprofundar-se acerca do conteúdo da teoria do adimplemento substancial ou inadimplemento de escassa importância, em especial sua aplicabilidade, efeitos e distinções em relação ao instituto da mora.

A dissertação acerca desses temas levará em conta a doutrina estrangeira já estudada em parte, uma vez que, ainda que se defenda a recepção deste instituto em nosso ordenamento jurídico, serão necessárias adaptações em vista das peculiaridades do estágio de nossa cultura jurídica. Persegue-se, assim, um delineamento do conteúdo da teoria em foco que seja adequado, atendendo-se, assim, as necessidades que se apresentam no Direito brasileiro.

#### **4.1 Das funções da teoria do adimplemento substancial**

##### **4.1.1 Adimplemento substancial e resolução dos contratos**

Como visto, a resolução dos contratos é o remédio colocado à disposição do credor para a dissolução do liame contratual em caso de descumprimento pelo devedor do dever contratual ou da prestação a que estava obrigado. Há na doutrina uma grande controvérsia acerca do fundamento para a resolução<sup>168</sup>. Contudo, parece-nos que o fundamento da resolução é de fato o descumprimento da boa-fé objetiva.

De um lado, o simples descumprimento do devedor quanto à prestação ou ao dever contratual pactuados implica na violação do dever de colaboração que lhe é imposta, frustrando o fim econômico social do contrato. Daí decorre a constatação de que, baseada na boa-fé objetiva, a resolução do contrato se consubstancia como reação à inexecução da obrigação.

Por outro lado, se o contrato foi devidamente cumprido, não há fundamento para a resolução, motivo pelo qual se pode afirmar com precisão que o pressuposto primordial para tal medida nada mais é do que o incumprimento.

Contudo, é necessário perquirir quais as espécies de inadimplemento são aptas a ensejar a resolução e se tal atitude seria uma faculdade posta à disposição do credor ou deve-se *a priori* exigir a prestação devida.

De fato, o artigo 475 do Código Civil já citado anteriormente não especifica o tipo de inadimplemento que dá ensejo à resolução. Parte da doutrina como Ruy Rosado de Aguiar Junior e Anelise Becker defendem que somente o incumprimento definitivo, seja pela impossibilidade de realizar a prestação (inadimplemento absoluto), seja pela perda do interesse do credor, considerado objetivamente, autorizaria buscar a resolução. Ambos fundamentam tal assertiva na manutenção do vínculo contratual, assim como no direito do devedor a purgar a mora enquanto a prestação for apta a satisfazer as necessidades e os interesses do credor.<sup>169</sup>

Entretanto, não obstante o entendimento esposado pelos referidos doutrinadores, parece-nos mais adequada diante da disposição do artigo 475 do Código Civil que o caminho da resolução é uma faculdade. Isso porque, conforme este dispositivo foi expresso, a parte lesada pelo inadimplemento *pode* (não *deve*) pedir a resolução, acrescentando ainda uma inovação importante na inserção da oração “se não preferir exigir-lhe o cumprimento”.

---

<sup>168</sup> Devido ao objetivo desta dissertação o tema não será tratado de forma aprofundada. Exposição completa acerca desse tema em ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.54-76.

<sup>169</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *op. cit.*, p.95; BECKER, Anelise, *op. cit.*, p.68.

Isto vem reforçar a idéia da resolução como faculdade posta à disposição do credor, isto é, opção à sua escolha entre a existência duas alternativas possíveis: resolução ou exigência de cumprimento.<sup>170</sup>

Diante desta faculdade, a teoria do adimplemento substancial afigura-se como um verdadeiro e efetivo limite ao direito formativo de resolver atribuído ao credor, uma vez que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta iniquidade, em especial nos casos em que o programa obrigacional foi cumprido substancialmente pelo contratante, ou contrariamente tendo a outra parte obtido substancialmente o programa contratual que almejava ao contratar.

É certo que “o direito à resolução consiste no desfazimento da relação contratual por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta ao *status quo*. É um direito formativo extintivo e, porque dissolve o contrato constitui exceção notória ao princípio da estabilidade do vínculo em virtude de fato adventício ao seu aperfeiçoamento”.<sup>171</sup>

Por este motivo, este remédio só pode ser usado em situações extremas de gravidade. Em casos de escassa importância a boa-fé objetiva não autoriza sua realização, uma vez que nesses casos não se configura uma lesão relevante aos interesses da parte não inadimplente.

Só se pode pensar na resolução do contrato quando o descumprimento é sério, lesivo aos interesses da parte não inadimplente. Tal descumprimento deve retirar o sinalagma

---

<sup>170</sup> Este é o entendimento de ASSIS, Araken, *op. cit.*, 32-33 e alinha-se a outros ordenamentos, uma vez que a mesma disposição consta do artigo 1453 do Código Civil italiano, do art.1.184, parte segunda, do Código Civil francês, do art. 1.124 do Código Civil Argentino e do art. 1.124 do Código Civil espanhol. Acerca deste tema, Eduardo Bussatta comentando que tal opção não tem recebido a devida atenção por parte da doutrina e jurisprudência, ressaltando que “o tratamento dado pelo legislador aos compromissos de compra e venda de imóveis loteados ou não loteados destoa da regra geral. Com efeito, o artigo 15 do Decreto-Lei n.745, de 7-8-1969, impõe a notificação preliminar para o devedor purgar a mora no prazo de 15 (quinze) dias em se tratando de compromissos de compra e venda de imóveis não loteados, desde que devidamente registrados. Em se tratando de imóveis loteados, a Lei n. 6.766, de 19-12-1979, em seu art. 32, impõe a realização da notificação com prazo de 30 (trinta) dias para a purgação da mora. Essa imposição legal foi estendida também às promessas não registradas. E a inobservância da aludida notificação leva a carência da ação que visa à resolução do contrato, não se admitindo a hipótese lógica de purgar a mora no prazo da contestação”. BUSSATTA, Eduardo, *op. cit.*, p. 90.

<sup>171</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p.26-28.

funcional do contrato, afastando sua função econômico-social. Contrariamente, fica vedado o exercício do direito potestativo à resolução quando o inadimplemento possui escassa importância. Neste momento entra em cena a teoria do adimplemento substancial ou do inadimplemento de escassa importância, exercendo justamente a função de vedação ao exercício de tal direito.<sup>172</sup>

Portanto, pode-se afirmar que todo e qualquer inadimplemento injustificado é causa de responsabilidade, mas não é qualquer inadimplemento que é causa de resolução<sup>173</sup>. Tamanha a relevância da gravidade do inadimplemento para fins resolutorios que doutrinadores na Itália consideram o texto que traz o art. 1455 do Código Civil italiano disposição fundamental do instituto.<sup>174</sup>

Ressalta-se que uma série de efeitos poderá surgir com a manutenção dos contratos como, por exemplo, na compra e venda com reserva de domínio; não poderá o vendedor buscar reaver a posse da coisa vendida, igualmente em casos de alienação fiduciária em garantia.

Ademais, nos contratos em que se contemplem arras confirmatórias, o inadimplente não as perderá. Nesses casos, a parte lesada pelo inadimplemento poderá demandar o efeito do cumprimento cumulado ou não com perdas e danos, já que o contrato restará mantido com toda a carga de direito, ônus e obrigações que lhe afetam.

Defende-se também a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em todos os contratos, com fundamento tanto no art. 422 do Código Civil, quanto no art. 4, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, cumpre asseverar que a teoria do adimplemento substancial opera como um limite ao direito formativo extintivo de resolver os contratos, obstando que um irrelevante descumprimento causado por uma das partes seja considerado causa suficiente

---

<sup>172</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudo de Direito Civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.55.

<sup>173</sup> ROPPO, Vincenzo, *op. cit.*, p.961.

<sup>174</sup> PISCIOTTA, Guiseppina, *op. cit.*, p.54.

para o desfazimento do vínculo. Por conta desta teoria, não se extingue o vínculo contratual, mantendo-se todos os direitos e obrigações estabelecidas, oferecendo-se ao credor a via do ressarcimento das perdas e danos, uma vez que o descumprimento de escassa importância autoriza tão somente a permanência do vínculo, mas não admite o afastamento da responsabilidade da parte inadimplente.

#### **4.1.2 Adimplemento substancial e cláusula resolutiva expressa ou contratual**

Na modalidade resolutória expressa, ao contrário da legal, cuja fonte é a própria lei, as partes contratam expressamente a possibilidade de resolução, suas hipóteses de cabimento e seus efeitos.

Os contratos bilaterais por sua própria natureza autorizam que as partes se utilizem da resolução independentemente de convenção expressa, para ser aplicada em casos de inadimplemento, mas, se assim for interessante, as partes contratantes poderão valer-se de texto contratual exposto, dispondo detalhadamente acerca das hipóteses de descumprimento que darão ensejo à resolução contratual.

No uso da autonomia privada, as partes poderão pactuar e textualizar uma prévia valoração do inadimplemento para fins resolutórios, na medida em que podem elevar a condição de principal uma obrigação que objetivamente for acessória, ou podem prever que determinados descumprimentos contratuais, em princípio sem relevância para a economia do contrato, facultem ao credor resolver.

Ademais, é certo que havendo cláusula resolutiva expressa, a resolução se dará de pleno direito, só necessitando de notificação à parte inadimplente, independentemente de ação judicial com tal fim, conforme dispõe o art. 474 do Código Civil, ao contrário da resolução legal que requer ação judicial.

Eduardo Bussata destaca, com base nos fundamentos esposados pelos tribunais italianos, que “poder-se-ia sustentar que estaria afastada ou preclusa a possibilidade do magistrado valorar a gravidade do incumprimento quando este se enquadrar na cláusula

expressamente acordada, visto que tal gravidade já foi valorada e expressamente acordada entre as partes”.<sup>175</sup>

Segundo este autor, “contudo, não é esse o melhor entendimento, uma vez que os contratantes devem guardar na contratação e na execução do contrato a boa-fé objetiva. Também não há dúvida que de acordo com a redação do artigo 422 do Código Civil a boa-fé objetiva é norma de ordem pública, portanto inderrogável pela vontade das partes. Assim, tendo a teoria do adimplemento substancial como fundamento a boa-fé objetiva, ou seja, dela decorre, é certo que as partes não podem estabelecer cláusula que a contrarie, sob pena de ser considerada abusiva. De nada adiantaria o legislador impor a boa-fé objetiva a toda e qualquer contratação se fosse admitido às partes estabelecer cláusula que indiretamente afastassem a sua aplicação”.<sup>176</sup>

Nesse mesmo sentido, José Carlos Brandão Proença ressalta que a liberdade de estabelecer pacto comissório “não é ilimitada, pois não pode violar os critérios valorativos de gravidade fixados em normas imperativas”<sup>177</sup>, bem como “está sujeita ao controle do princípio da boa-fé”.<sup>178</sup>

Deve-se destacar que o pacto comissório é totalmente válido pelo Direito contratual brasileiro e apto a ensejar efeitos jurídicos no âmbito da autonomia privada. Tanto que na hipótese de ocorrer o inadimplemento previsto no contrato como suficiente a motivar a resolução do contrato, este restará resolvido de pleno direito. Contudo, se a cláusula contrariar os ditames da boa-fé, por implicar em sanção manifestamente excessiva diante da insignificância do inadimplemento, será nula ou menos ineficaz. Por este motivo, pode-se afirmar que o Poder Judiciário poderá fazer o controle quanto à legalidade da cláusula resolutiva expressa, avaliando a prefixação da gravidade do inadimplemento.<sup>179</sup> É certo

---

<sup>175</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.96.

<sup>176</sup> *Idem.*

<sup>177</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime. Coimbra:[s.n.], 1982, p. 145.

<sup>178</sup> *ibidem*, p.146.

<sup>179</sup> Este entendimento não se aplica para as cláusulas resolutivas expressas com mera cláusula de estilo, pois nesses casos não há propriamente uma valoração contratual do inadimplemento, mas sim mera repetição, sem qualquer contribuição, à hipótese legal, de modo que nem mesmo pode cogitar o afastamento da análise da gravidade do inadimplemento pelo Poder Judiciário. Nesse sentido: BUSSATA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.97.

afirmar, portanto, que o magistrado tem legitimidade para fazer o controle da gravidade do inadimplemento *a posteriori* e, até mesmo em casos de abusividade da cláusula que instituiu a resolução, manifestar-se no sentido de determinar a manutenção do vínculo contratual, com base na violação da boa-fé objetiva.

Por fim, deve-se ponderar que se houver uma verdadeira cláusula resolutiva expressa, que não seja de mero estilo, em que livremente valorou-se a gravidade do descumprimento e se pactuou justamente as hipóteses concretas de extinção do vínculo, não poderá o magistrado manter o vínculo contratual. Caso contrário, isto é, se o caso for extremo e demonstrar que a cláusula é contrária à boa-fé, deverá o Poder Judiciário desconsiderar a cláusula resolutória e declarar o contrato mantido.

#### **4.1.3 Adimplemento substancial e exceção de contrato não cumprido**

A exceção de contrato não cumprido é regra de caráter praticamente universal e enuncia que a parte inadimplente não pode exigir da outra o adimplemento da obrigação por esta assumida, sob pena de violação ao equilíbrio contratual.<sup>180</sup>

Orlando Gomes ressalta ser a exceção de contrato não cumprido exceção dilatatória, qualificada como direito potestativo ou *contradireito*, pela qual o excipiente paralisa a ação

---

<sup>180</sup> Interessante a abordagem desta matéria trazida por Rafael Villar Gagliardi em dissertação de mestrado orientada pelo Professor Renan Lotufo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Segundo este autor, “a exceção de contrato não cumprido é exceção substancial, dilatatória e pessoal, por meio da qual o excipiente opõe-se à exigência do cumprimento de uma obrigação sinalagmática, negando-lhe a eficácia, embora não a exigência, sob o fundamento do inadimplemento do excepto e o signo da simultaneidade do cumprimento, ou descumprimento pretérito pelo excepto, nas relações de trato sucessivo. Embora satisfatório, esse conceito merece os acréscimos colhidos do estudo da influência da função social do contrato na matéria, para refletir na questão das redes contratuais. Como visto não só o inadimplemento do co-contratante naquele mesmo contrato em que prevista a prestação, enseja a exceção. Também o faz o inadimplemento de obrigação irradiada de outro contrato, mesmo que por outro contratante, quando se tratar de contratos coligados por nexo de dependência, e as prestações puderem ser reconduzidas a uma relação de causalidade recíproca, de modo que o descumprimento importe perturbação do equilíbrio supracontratual. Em síntese cabe a exceção desde que haja um contato, ou uma proximidade social, que justifique a aproximação de terceiros qualificados (partes apenas de um contrato coligado) à qualidade de parte do próprio contrato, cuja prestação se recusa devido ao inadimplemento alheio. Com isso os requisitos para a oposição legítima da exceção de contrato não cumprido podem ser passados em revista e elencados como a existência de uma relação sinalagmática – inclusive aquela formada por uma rede contratual -, a coetaneidade de prestações, o inadimplemento (por conta dos deveres laterais), quanto à função de controle e abusividade da oposição, exercendo neste último ponto, papel ponderador dos inadimplementos contrapostos. GAGLIARDI, Rafael Villar, *op. cit.*, p. 272-273.

do excepto, tornando seu crédito inexigível<sup>181</sup>. Já segundo o Professor Limongi França, a exceção de contrato não cumprido consiste no “direito que tem uma das partes do contrato sinalagmático (bilateral), de se recusar ao cumprimento de sua obrigação, antes que o outro contratante execute, por sua vez, a obrigação que lhe diz respeito”.<sup>182</sup>

Trata-se justamente do disposto pelo artigo 476 do Código Civil que enuncia: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação pode exigir o implemento da do outro.”

Há também a *exceptio non rite adimpleti contractus*, aplicável às hipóteses de adimplemento parcial ou incompleto, bem como para o caso de adimplemento defeituoso, em que há cumprimento em desacordo com os princípios da identidade e integralidade.<sup>183</sup>

Ambas as hipóteses têm como fundamento a interdependência exata das prestações, a fim de impedir que uma das partes venha a beneficiar-se com o próprio inadimplemento.

Por este motivo, é correto afirmar que a teoria do adimplemento substancial se aplica na exceção de contrato não cumprido, quando esta for sustentada para a hipótese de execução defeituosa, incompleta ou deficiente, isto é, em caso de *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Entretanto, em se tratando de *exceptio non adimpleti contractus*, em que nada do devido se cumpriu, inegável será a gravidade do descumprimento considerado em si mesmo, o que viabiliza o exercício da exceção.

---

<sup>181</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.110.

<sup>182</sup> FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v.4, tomo II. p.62

<sup>183</sup> Segundo Orlando Gomes: “admite-se ao lado da *exceptio non adimpleti contractus*, a *exceptio non rite adimpleti contractus*. A primeira para o caso de inadimplemento da obrigação. A outra para a hipótese de cumprimento incompleto, seja porque o devedor somente tenha satisfeito, em parte, a prestação, seja porque o a cumpriu de modo defeituoso. Sempre que a obrigação não é cumprida pelo modo devido, a outra parte pode recusar-se a cumprir a sua até que seja completada ou melhorada pertinentemente. A *exceptio non rite adimpleti contractus* é, no fundo, a mesma *exceptio non adimpleti contractus*, dado que o cumprimento parcial, inexato ou defeituoso, equivale a inadimplemento total. Difere, porém, nos efeitos, incumbe a prova ao contraente que não cumpriu a obrigação. Havendo execução incompleta, deve prová-la quem invoca a exceção, pois se presume regular o pagamento aceito.” GOMES, Orlando, *op. cit.*, p.110.

Dessa forma, infere-se que será abusivo o uso de tal exceção se o descumprimento da parte que está exigindo a prestação for leve, de escassa importância para a economia do contrato. Na verdade, se o inadimplemento for de escassa importância mantém-se o vínculo contratual e não se permite que o contratante não inadimplente busque dissolver o contrato, ficando vedado ainda alegar abusivamente o leve descumprimento contratual para não cumprir a prestação que lhe cabe.

Nesse sentido, tem-se o disposto pelo art. 1460, segunda parte, do Código Civil italiano que não permite a utilização da defesa dilatória quando ela é contrária à boa-fé.<sup>184</sup> Nos termos desse dispositivo, veda-se a aplicação da exceção de contrato não cumprido a todas as hipóteses em que possa tal defesa ser contrária ao dever de lealdade e de correção imposto pelo princípio aos contratantes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Em outros termos, acaba por ser contrário à boa-fé valer-se da exceção naqueles casos em que o descumprimento não for grave e não atingir a função econômico-social do contrato. Na Itália, a valorização do inadimplemento na hipótese da exceção de contrato não cumprido deve ser feita levando em consideração o critério contido no art. 1455 do Código Civil italiano, ou seja, se o inadimplemento afeta diretamente o interesse na manutenção do contrato. Somente se justifica a exceção do contrato não cumprido o inadimplemento que incida na função econômico-social do contrato.<sup>185</sup>

Por tudo quanto exposto, conclui-se que a teoria do adimplemento substancial se aplica nos casos de *exceptio non rite contractus*. Entretanto, instado a manifestar-se sobre o assunto, o Poder Judiciário necessariamente deverá valorar a gravidade do descumprimento ocorrido e só permitir que a exceção se opere quando o mencionado incumprimento for relevante e grave para a economia do contrato.

---

<sup>184</sup> *in verbis*: “Art. 1.460. (Eccezione di inadempimento). Nei contratti con prestazione corrispettiva, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia, non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a buona fede.”

## 4.2 Dos critérios para se valorar a gravidade do descumprimento

É importante delinear exatamente os critérios para se valorar a gravidade do descumprimento, uma vez que se trata de expressão de conteúdo vago e impreciso, que merece atenção especial. Sem esta questão corretamente delineada não se pode averiguar a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento, motivo pelo qual se entende fundamental levantar todas as características do caso concreto, isto é, a situação de fato ocorrida, os interesses e a conduta das partes, assim como todas as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.<sup>186</sup>

O enquadramento do equilíbrio contratual como sendo ou não de escassa importância há de levar em consideração a concreta relatividade contratual. O ponto central neste assunto é verificar o interesse objetivo das partes em receber a prestação parcial, sem o qual não poderá se configurar o adimplemento substancial. Ademais, deve-se atentar ao programa contratual como um todo, sua natureza, suas cláusulas, bem como as conseqüências que o inadimplemento acarreta na economia do contrato.<sup>187</sup>

Por este motivo a doutrina italiana, ao se debruçar sobre a discussão do parâmetro adequado à valoração do inadimplemento, com relação ao art. 1455 do *Código Civile*, afastou o critério subjetivo<sup>188</sup>, que leva em consideração a vontade hipotética do contratante não inadimplente, adotando para este fim o critério objetivo que leva em conta a economia do contrato, a globalidade da relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo

---

<sup>185</sup> Além desse critério, a doutrina italiana costuma afirmar que também deve se utilizar o critério de proporcionalidade, de forma que um inadimplemento de escassa importância não pode justificar que a parte contrária, valendo-se da cláusula em questão, nada cumpra do contratado. ROPPO, Vincenzo, *op. cit.*, p. 988.

<sup>186</sup> Nesta investigação a doutrina costuma destacar o uso da tópica em que se procede à verificação das circunstâncias relevantes do caso específico, ponderando em que medida o descumprimento abala os interesses envolvidos no contrato, a fim de decidir, a partir de então, qual a solução justa para o caso. A este respeito, ver VIEHWEG. *Tópica y jurisprudência*. Tradução de Luis Diez Picazo. Madrid: Taurus, 1986.

<sup>187</sup> TURCO, Cláudio, *op. cit.*, p.111 e PROENÇA, José Carlos Brandão, *op. cit.*, p. 143.

<sup>188</sup> Por tal critério, seria considerado suficientemente grave o inadimplemento, dando direito à parte contrária de buscar a dissolução do vínculo, quando fosse possível concluir que a parte não inadimplente não realizaria a contratação se soubesse ou suspeitasse que tal inadimplemento pudesse ocorrer. SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell' inadempimento nella risoluzione del contratto. *Giustizia Civile*. Milano: Giuffrè, v.35, p.497-514, out.1995.

descumprimento deixando de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer do seu interesse.<sup>189</sup>

Tal verificação na prática se consubstancia no exame comparativo entre o que havia sido programado e aquilo que realmente foi realizado, conforme tem inclusive sido decidido pelo Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em casos referentes a pedido liminar de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, em que foi afastada a possibilidade desta medida considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem<sup>190</sup>, assim como contratos de seguro, em que a seguradora não pode extinguir o contrato de seguro por falta de pagamento da última parcela do prêmio pelo segurado, hipótese em que se verifica o adimplemento substancial<sup>191</sup>.

Diferente de tais casos seria uma transação de compra e venda em prestações, em que tenham sido pagas tão somente as primeiras prestações. Nesse caso o inadimplemento não é de escassa importância, e sim grave e, por isso, inaplicável esta teoria, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirmou que uma situação como esta “está longe de configurar adimplemento substancial.”<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> SCHIMPERNA, Pamela, *op. cit.*, p.501.

<sup>190</sup> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido. (REsp 469.577-SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j.25-3-2003) e ver também precedente transcrito no item 3.3.4 supra.

Apelação cível. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Ação revisional. Caso concreto. Julgamento de improcedência proferido na origem para ambas as ações. Adoção da teoria do adimplemento substancial. Adimplemento de 41 parcelas de um total de 48 prestações previstas no contrato. Medida desproporcional adotada pelo credor fiduciário, ante os pagamentos efetuados pelo devedor fiduciante e os depósitos ofertados na demanda revisional. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de improcedência da busca e apreensão mantida. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº. 70021526066, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ângela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 18/12/2007)

<sup>191</sup> Ver precedente transcrito no item 3.3.4 supra.

<sup>192</sup> Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel ajuizada pela parte vendedora. Sentença de procedência do pedido. Recurso de apelação dos demandados. Preliminar. Alegação de cerceamento de defesa. Não-configuração. Mérito. A alegação de adimplemento substancial das obrigações não merece acolhimento porque, das 60 parcelas mensais ajustadas entre as partes, os demandados efetuaram o pagamento de apenas 23, o que está longe de configurar adimplemento substancial. Indenização de benfeitorias. Matéria suscitada apenas em grau de apelação, de modo extemporâneo. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº. 70020393559, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 19/12/2007)

Cumpra ressaltar também os casos em que há somente descumprimento de dever lateral e acessório, e que a obrigação principal foi adimplida integralmente. Nesses casos, é fundamental indagar-se o efetivo interesse do credor no recebimento da prestação que, não obstante, ao aproximar-se do conteúdo contratual previsto, é inexata.

Tal interesse do credor em receber a prestação é requisito para a aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito italiano, nos termos do já citado art. 1.455, parte final, do Código Civil. Contudo, este interesse não é avaliado subjetivamente mediante uma valoração que o credor faz do seu próprio interesse, mas sim de acordo com a função social do contrato<sup>193</sup>, trazendo o conceito de causa do contrato<sup>194</sup>.

Dessa forma, evidencia-se que ao se trazer a noção de causa à avaliação do inadimplemento, pode-se afirmar que haverá inadimplemento de escassa importância quando, não obstante a lesão do direito do credor, o contrato mantém a sua função econômico-social, o que significa dizer, o resultado prático perseguido pelas partes, em que pese o inadimplemento ocorrido, efetivamente se realiza. Ao contrário, o inadimplemento será considerado substancial ou de importância quando o fim prático previsto no tipo contratual e buscado pelo agente não for alcançado, de forma que a prestação realizada não conserva a sua utilidade para o credor.<sup>195</sup>

Vale dizer, em casos de alienação fiduciária em garantia, tendo sido pago o preço em grande parte, entende-se que o contrato cumpriu sua função econômico-social, de modo que

---

<sup>193</sup> Cláudio Luiz Bueno de Godoy explica que a função social do contrato hoje integra seu conceito, o conceito mesmo de autonomia provada. Ou se se quer falar em limite, a função social do contrato é um limite interno, constante, e de vertente também positiva, promocional de valores básicos do ordenamento. (...) Trata-se, também, de o contrato, funcionalizando, servir à promoção daqueles valores, das escolhas do sistema. O que se tem enfim é a função social do contrato integrando-lhe o conteúdo, garantindo que o ato de vontade receba tutela jurídica, desde que seja socialmente útil e sirva à promoção e valores constitucionais fundamentais – portanto uma função não só negativa limitativa -, dentre os quais dignidade humana, de que, é certo, o exercício da liberdade contratual não deixa de ser uma expressão como visto. Ou seja, a vontade não fica excluída do processo formador do contrato, não deixa de ser móvel criador do negócio, mas cujo efeito normativo encontra suas origens na incidência do ordenamento, condicionada à verificação da consonância do ato de iniciativa da parte às escolhas e valores do sistema. De resto, mais, como uma forma de prestigiá-los e fomentá-los. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *op. cit.*, p. 190-191.

<sup>194</sup> Segundo Emilio Betti, a causa ou razão determinante do negócio jurídico identifica-se com a função econômico social do contrato, considerado merecedor de tutela jurídica, ou com a “típica função do interesse público à qual deve corresponder a providência concreta. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZM, 2003. t.1, p.258.

se inviabiliza o desfazimento do negócio, com a busca e apreensão do objeto vendido, justificado normalmente por cláusula resolutiva expressa. Em caso análogo, em contrato de compra e venda com prestações, se pequena parte do preço restar inadimplida, mas a avença cumpriu sua função de transmissão de bens e valores, não se admite a resolução, restando ao credor tão somente a execução específica do valor não pago.

Dessa forma, pode-se dizer que na valoração do inadimplemento o juiz, em última análise, deverá levar em consideração as circunstâncias relevantes do caso, sobretudo os efeitos do incumprimento para o equilíbrio sinalagmático do contrato, a natureza da obrigação e o comportamento das partes. Nessas hipóteses, verifica-se necessariamente se o contrato foi executado segundo a boa-fé objetiva, se o devedor tomou alguma providência para reduzir o período de duração do inadimplemento, além da natureza e qualificação do contrato.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior ressalta que não se trata de uma mera estimativa de valor do dano causado, mas sim “calculado em função da ofensa provocada à economia do contrato” e que “há de se ponderar a gravidade da infração e não em razão do prejuízo ocasionado ao credor, que poderá ser – em razão das circunstâncias particulares e estranhas a contrato – de maior ou menor repercussão.”<sup>196</sup> Além disso, este autor ensina que a avaliação quanto ao interesse satisfeito do credor somente poderá ser valorado no momento em que deveria ser satisfeito e não o foi.<sup>197</sup>

### **4.3 Hipóteses de concretização da teoria do adimplemento substancial**

A fim de dar uma noção prática do instituto do adimplemento substancial serão apresentadas, nos itens a seguir, as hipóteses recorrentes de aplicação desta teoria em vista dos casos possíveis de inadimplemento, os quais podem se referir tanto ao cumprimento parcial da prestação principal como ao atraso e ao descumprimento de obrigações laterais ou acessórias.

---

<sup>195</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p.107.

<sup>196</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *op. cit.*, p.136.

<sup>197</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p.141.

A teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada a toda e qualquer hipótese de inadimplemento, uma vez que se considera a gravidade do dever descumprido e não a natureza do descumprimento. Assim, pelo fato de o inadimplemento assumir várias modalidades e espécies como visto<sup>198</sup>, pode-se dizer que a teoria poderá ser utilizada no caso de descumprimento da prestação principal, ou de não ter sido realizada com a qualidade devida (cumprimento defeituoso ou inexato qualitativo), ou mesmo em quantidade inferior ao acordado (adimplemento inexato quantitativo); é correto afirmar, ademais, que se estude esta teoria nos casos em que tenha sido descumprida uma prestação meramente lateral ou anexa, ou que a prestação haja sido realizada fora do prazo estipulado.

A seguir serão estudadas separadamente as hipóteses de aplicação da teoria do adimplemento substancial, a fim de ressaltar os contornos característicos de concretização de cada um dos casos.<sup>199</sup>

#### **4.3.1 Inadimplemento de escassa importância de prestação principal**

A relevância deste tema advém dos questionamentos acerca da possibilidade do adimplemento substancial ser aplicável aos casos de descumprimento da prestação principal.

---

<sup>198</sup> Ver item 1.2.

<sup>199</sup> Eduardo Bussatta ressalta que “a teoria em foco em linha de princípio não diferencia, para fins de aplicação, a causa do inadimplemento, bem como se é tido como absoluto ou relativo. Quanto à causa do inadimplemento, o que importa dizer, ser imputável ou imputável, somente haverá relevância para fins de aplicação da teoria do adimplemento de escassa importância se se tratar de contrato continuado ou de trato sucessivo. Isso em razão de que, especialmente se o descumprimento for doloso, o credor terá fundado receio de que o devedor tornará a descumprir, de forma que passa a perder o interesse na continuação da avença dada a insegurança existente. Em se tratando dos demais contratos, o fato de o descumprimento ser decorrente de dolo ou culpa do devedor não interessa para o fim de vedar a resolução. De fato, se o inadimplemento, ainda que doloso, for de pequena magnitude, de forma que resta íntegra a função econômico-social do contrato, este deverá ser mantido. Se ao contrário, o inadimplemento for grave, ainda que decorrente de caso fortuito ou de força maior, a resolução deverá ser decretada. Nessa medida, a causa do inadimplemento só interessa para o fim indenizatório. (...) Da mesma forma, não é relevante o fato de o inadimplemento parcial ser absoluto ou relativo, em razão de que tal fato em nada tem ver com a gravidade do descumprimento em si. Assim, se a prestação faltante se ornar fisicamente ou juridicamente impossível ou já na interessar ao credor, mas o descumprimento puder ser considerado como de escassa importância, (...) o contrato não poderá ser resolvido. Por outro lado ainda que o inadimplemento seja relativo, como na hipótese de não pagamento de prestação em dinheiro sendo solvente o devedor, se for ele considerado grave, aberta estará a via resolutória para o contratante não inadimplente.” BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 111-112.

Em um primeiro momento pode parecer inviável esta possibilidade diante da simples constatação de que a prestação principal é o foco do interesse do credor e por isso um adimplemento inexato deste dever retiraria, em tese, o interesse do credor na manutenção da avença e possibilitaria de plano o desfazimento do vínculo obrigacional. Entretanto, a questão deverá ser analisada sob outro enfoque.

Isso em razão de que a questão ganha contornos distintos nas hipóteses em que a prestação principal decorre de um contrato continuado ou de trato sucessivo, especialmente nas hipóteses em que se estipula pagamento de prestações em dinheiro e nos casos em que o devedor cumpriu grande parte do pactuado, carecendo apenas pequena parte a ser adimplida.

Seriam os casos, por exemplo, de contratos de seguro em que o pagamento do prêmio se dá de forma parcelada e que o segurado procede ao pagamento da maioria das parcelas, mas não da totalidade de sua contraprestação e na ocorrência do sinistro a seguradora se nega à prestação da cobertura securitária, sob o fundamento de inadimplemento do segurado e busca a extinção da avença. Ou ainda nos casos de contrato de compromisso de compra e venda quando o pagamento do preço até mesmo mediante ação de consignação for substancial. Cumpre indicar também os casos de alienação fiduciária em garantia, quando os julgados baseados na teoria do adimplemento substancial vedam a busca e apreensão do bem sob o fundamento de que grande parte do preço foi adimplida e, por isso, viável tão somente a via indenizatória e não resolutória do contrato.<sup>200</sup>

Nos casos em que o devedor tenha cumprido parte substancial do que foi pactuado com o credor, e carecer de cumprimento uma parte irrelevante para ser adimplida, o contrato mantém incólume sua função social e econômica, de modo que não se justifica a extinção do vínculo e aplica-se a teoria do adimplemento substancial. Todavia, ressalte-se que em razão do pagamento a menos feito pelo devedor, este não poderá se enriquecer a custa do credor, sob pena de enriquecimento sem causa, podendo ser acionado a pagar pelas perdas e pelos danos em pecúnia em favor do credor.

---

<sup>200</sup> Acerca dos precedentes jurisprudenciais verificados casuisticamente no Superior Tribunal de Justiça ver itens 3.3.4.

As disposições contidas na legislação brasileira que autorizam a resolução dos contratos deverão ser necessariamente orientadas pela teoria do adimplemento substancial, em razão desta ter sua concretude baseada nos princípios fundantes do sistema jurídico pátrio, tais como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Nesse sentido, o artigo 763 do Código Civil que dispõe que “não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação” deverá ter uma interpretação relativizada. Levando-se em conta a teoria ora estudada, este artigo só terá aplicabilidade efetiva nos casos em que a mora se der em parte considerável do prêmio; caso contrário, isto é, se apenas uma parcela ínfima estiver inadimplida, será devido o pagamento da indenização, descontado o valor do prêmio em atraso e demais verbas decorrentes da mora.<sup>201</sup>

O mesmo ocorre quanto ao direito de resolução dos compromissos de compra e venda de imóveis loteados, previsto no artigo 32 da Lei n. 6.766, de 19-12-1979, que também só poderá ser exercido na hipótese do descumprimento não ser de escassa importância. Se o

---

<sup>201</sup> Seguem abaixo ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstrando este entendimento: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. ATRASO NO PAGAMENTO DA PENÚLTIMA PARCELA DO PRÊMIO. PRINCÍPIO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA. O contrato de seguro não pode ser resolvido unilateralmente por atraso no pagamento de uma das prestações, sem que tenha havido a notificação prévia do segurado para fins de constituição em mora. Ademais, no caso concreto, o autor já havia cumprido substancialmente o pacto, tendo em conta que o pagamento do prêmio foi ajustado na forma parcelada, em quatro vezes e mediante débito em conta, com vencimentos previstos para o dia 15 de cada mês, e aquele já havia pagado duas prestações, sendo que em relação à penúltima o débito foi efetuado no dia apurado, com devido estorno, por ausência de fundos. Como era uma Sexta-feira, o pagamento somente foi possível na Segunda-feira, dia 18.03.2002, quando o sinistro já havia ocorrido. Assim, analisando-se o valor total do negócio, o atraso no pagamento de apenas uma das parcelas, por lapso extremamente exíguo, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pelo que deverá indenizar o recorrido com base no numerário indicado na apólice, tanto mais considerando que não houve insurgência quanto ao valor pleiteado a título de cobertura securitária e a perícia, de outra parte, confirmou a perda total do veículo, sem que, igualmente, houvesse impugnação pela recorrente, na seara. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível N°. 70006885263, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marta Borges Ortíz, Julgado em 08/04/2004).

EMENTA: Citação de pessoa jurídica. Validade. Seguro. Pagamento da última parcela após ocorrência do sinistro. Indenização devida. Adimplemento substancial. Tendo a carta de citação sido endereçada para o correto endereço da ré e lá recebida, descabida a renovação do ato sem que haja seria justificativa. Contrato de seguro não pode ser rescindido unilateralmente por falta de pagamento da última prestação. Analisando-se o valor total do negócio, constata-se o seu cumprimento substancial. Apelo desprovido. (Apelação Cível N°. 70004450789, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Guilherme Tanger Jardim, Julgado em 26/06/2002)

EMENTA: Seguro. Falta de pagamento de duas prestações pelo segurado. Irrelevância. Cobertura devida no mesmo percentual do prêmio pago. Mesmo que o segurado não tenha pago as duas últimas prestações e devida a

inadimplemento se referir à parcela ínfima e irrelevante do preço, somente se autoriza a cobrança dos valores em atraso, mas não a rescisão contratual.<sup>202</sup>

Já no que se refere ao contrato de alienação fiduciária em garantia, importante destacar que muito embora o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969<sup>203</sup> autorize a resolução do contrato e a busca e apreensão do objeto dado em garantia, isto só poderá ser efetivado quando se estiver diante de um descumprimento grave, considerável. Se o descumprimento for irrelevante frente ao valor que já foi pago pelo devedor não se admite o desfazimento do vínculo e a busca e

---

cobertura de sinistro, já que ocorreu adimplemento substancial. (4 fls.) (Apelação Cível Nº. 70001605252, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Pilla da Silva, Julgado em 09/11/2000)

<sup>202</sup> EMENTA: Promessa de compra e venda. Rescisão contratual e reintegração de posse. Adimplemento substancial. Promessa de compra e venda. Pagamento de 85% do preço avençado pelas partes. Adimplemento substancial do contrato. Manutenção da decisão de improcedência da rescisão e reintegração de posse. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº. 70019968312, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 23/10/2007).

Diferentemente, se não demonstrada a substancialidade quanto ao pagamento do preço, autoriza-se o desfazimento do vínculo e afasta-se a configuração de adimplemento substancial, conforme a ementa abaixo, *in verbis*:

EMENTA: Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel ajuizada pela parte vendedora. Sentença de procedência do pedido. Recurso de apelação dos demandados. Preliminar. Alegação de cerceamento de defesa. Não-configuração. Mérito. A alegação de adimplemento substancial das obrigações não merece acolhimento porque, das 60 parcelas mensais ajustadas entre as partes, os demandados efetuaram o pagamento de apenas 23, o que está longe de configurar adimplemento substancial. Indenização de benfeitorias. Matéria suscitada apenas em grau de apelação, de modo extemporâneo. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº. 70020393559, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 19/12/2007)

<sup>203</sup> “vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30(trinta) dias depois de constituído em mora o devedor.”

apreensão do bem.<sup>204</sup> O mesmo ocorre em se tratando de arrendamento mercantil em que o pagamento do valor residual ocorre juntamente com as prestações mensais.<sup>205</sup>

Ademais, vale ressaltar que não é só em casos de prestações em dinheiro que se mostra viável a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Na verdade, em todos os programas obrigacionais em que se admite uma prestação divisível admite-se, em tese, a vedação da resolução quando o adimplemento inexato da prestação principal for próximo ao resultado pactuado, quer em casos de inexatidão quantitativa, quer nos casos de inexatidão qualitativa. É um exemplo desta figura o contrato de empreitada em que se verificou um pequeno descumprimento quanto a detalhes de acabamento por parte do empreiteiro, incumprimento

---

<sup>204</sup> EMENTA: Apelação cível. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Ação revisional. Caso concreto. Julgamento de improcedência proferido na origem para ambas as ações. Adoção da teoria do adimplemento substancial. Adimplemento de 41 parcelas de um total de 48 prestações previstas no contrato. Medida desproporcional adotada pelo credor fiduciário, ante os pagamentos efetuados pelo devedor fiduciante e os depósitos ofertados na demanda revisional. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de improcedência da busca e apreensão mantida. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº. 70021526066, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ângela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 18/12/2007).

EMENTA: agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Contrato de consórcio. Caso concreto. Princípio da boa-fé. Aplicação da teoria do adimplemento substancial. Na hipótese, a administradora reconheceu que consorciado realizou o adimplemento de 89,9745% do plano consorcial, restando apenas o montante correspondente de 10,0255% como saldo devido. Notificação extrajudicial que aponta três parcelas vencidas e impagas. Pretensão de extinção do contrato e retomada do bem. Descabimento ante a possibilidade de o credor fiduciário manejar a ação executiva em relação às parcelas vencidas e impagas. Exegese do art. 5º do DL. 911/69. Decisão mantida na origem. Negativa de seguimento. Negado seguimento ao agravo, nos termos do art. 557 do CPC. (Agravo de Instrumento Nº. 70020966172, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ângela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 27/08/2007).

<sup>205</sup> EMENTA: Apelações cíveis. Arrendamento mercantil. Ação de rescisão contratual. Recurso especial provido para afastar a alegação de cobrança de cláusulas abusivas e a descaracterização da mora. Prosseguimento do julgamento. Adimplemento substancial do preço. Improcedência da ação diante do pagamento substancial da dívida, inviável a rescisão contratual pela credora. Primeira apelação desprovida. Segunda apelação prejudicada. (Apelação Cível Nº. 70009827007, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 22/11/2007)

EMENTA: Arrendamento mercantil. Ação de rescisão contratual. Princípio do adimplemento substancial. Pagas 31 das 36 prestações avençadas, descabe a rescisão do contrato, em observância ao princípio do adimplemento substancial. Protesto. É descabida a substituição da notificação prévia pelo protesto de título. Pagamento antecipado do VRG. Descaracterização do contrato. A cobrança antecipada do valor residual garantido, por caracterizar o exercício da opção de compra, desvirtua o contrato para uma compra e venda a prestação. Descaracterização da mora *solvendi*. Constatada a cobrança de encargos abusivos e ilegais, resta descaracterizada a mora *solvendi*. Cláusula resolutória. A cláusula resolutória, a teor do disposto no CDC, mostra-se nula de pleno direito, por flagrantemente abusiva. Sentença mantida. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº. 70010961498, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 19/05/2005)

este que viabilizou somente o pagamento de perdas e danos, mas não o desfazimento do contrato de empreitada.<sup>206</sup>

Nas hipóteses de inexatidão qualitativa, deve-se apurar a gravidade do inadimplemento, se este caso levantar uma hipótese de verdadeiro descumprimento total da obrigação, por inexistir qualquer excelência na prestação cumprida. Daí, a importância em se verificar se esta prestação satisfaz os interesses do credor objetivamente, a fim de não se cometer o equívoco em aplicar indevidamente esta teoria quando se apresenta a total inutilidade da prestação.

Pelo exposto, não resta qualquer dúvida de que a inexatidão da prestação principal deve ser analisada sob a luz da teoria do adimplemento substancial, a qual orienta o julgador no sentido de, antes de autorizar a resolução do contrato, avaliar a importância do inadimplemento, ponderando, caso a caso, tanto a correlação entre a prestação inexata e o programa obrigacional como um todo, quanto a utilidade da prestação ao credor com base no critério da função econômico-social do contrato. É correto afirmar ainda que, por se tratar de obrigação principal, há uma relativa dedução de que se trata de um descumprimento grave e, em razão disso, o ônus de comprovar que a prestação satisfaz os interesses do credor caberá, em princípio, à parte não adimplente.

#### **4.3.2 Inadimplemento de prestação acessória e adimplemento substancial**

Quando se refere às prestações acessórias se quer dizer todos os deveres laterais indiretamente relacionados com a prestação, isto é, todas as condutas necessárias para o pleno desenvolvimento do programa contratual. São, portanto, “deveres que não interessam diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, mas ao correto

---

<sup>206</sup> EMENTA: Civil. Empreitada. Adimplemento substancial. Resolução inadmissível. 1. É inadmissível, porque deserta, a apelação interposta sem prova (CPC 511). Precedente do STJ. Apelação adesiva não conhecida. 2. O adimplemento substancial da prestação não autoriza a resolução do contrato de empreitada (CC-1092 par-único). A prestação imperfeita autoriza, ao revés, a condenação em perdas e danos. 3. Apelação provida em parte. (Apelação Cível Nº. 597044718, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 17/04/1997).

processamento da relação obrigacional, ou à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”.<sup>207</sup>

Esclarece-se que muito embora digam respeito a condutas impostas pela boa-fé, com o escopo de auxiliar a perfeita consecução do programa contratual, os deveres laterais “não são de natureza meramente moral ou social, são verdadeiros deveres jurídicos”,<sup>208</sup> cuja violação implica no dever de indenizar. Por isso, afirma-se que os deveres laterais implicam na adoção de determinados comportamentos impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato, dada a relação de confiança que ele fundamenta, comportando variáveis conforme as circunstâncias concretas da situação.<sup>209</sup>

Tendo em vista esta conceituação, pode-se inferir que a possibilidade do adimplemento inexato da prestação acessória ou a violação de um dever acessório ou lateral vir a justificar o desfazimento da relação contratual deve ser avaliada de acordo com possibilidade ou não deste descumprimento retirar a função econômico-social do contrato. Esta função econômico-social integra justamente a utilidade da prestação ao credor assim como a consecução do resultado típico do contrato.

Em caso positivo, isto é, se o descumprimento acessório tiver o condão de retirar a utilidade da prestação ao credor e inviabilizar a perfeita consecução do programa contratual estabelecido, estar-se-á diante de uma hipótese em que se autorizaria o desfazimento da relação obrigacional, uma vez que inaplicável a teoria do adimplemento substancial. Por outro lado, se viável a persecução do programa contratual, mesmo concretizando-se o adimplemento inexato da prestação acessória, vedada restará a extinção do vínculo.

É interessante verificar que normalmente nas hipóteses ora em debate de alguma forma o inadimplemento inexato da prestação acessória prejudicou reflexamente a consecução da prestação principal e a globalidade do programa obrigacional.

---

<sup>207</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p.54.

<sup>208</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.82.

<sup>209</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.254.

Exemplifica-se: na hipótese de um contrato de parceria agrícola, deixando o parceiro de prestar contas da produção obtida (prestação acessória), não será possível a realização correta do pagamento da parte devida ao outro contratante; ou num contrato de compra e venda de bens imóveis, o vendedor deixa de fornecer documentos necessários ao registro da escritura pública de compra e venda junto ao registro de imóveis, de modo que o comprador fica impedido de transferir o domínio de tal imóvel. Nesta hipótese, já houve a realização do contrato definitivo (escritura pública), a cessão da posse etc. Contudo, a transmissão da propriedade (prestação principal) fica impedida justamente pela não realização de um dever acessório, que é o fornecimento de documentação necessária para o registro junto à matrícula do imóvel.<sup>210</sup>

Pode-se pensar, por último, na hipótese de a inexatidão de prestação acessória retirar a utilidade da prestação principal para o credor. Esta hipótese se configura no exemplo de um contrato de compra e venda de um equipamento técnico científico de alta complexidade em que o vendedor viola o dever de treinamento, condição *sine qua non* para viabilizar a operabilidade da máquina pelo comprador. Neste caso, sem a devida instrução, não poderá o comprador usufruir o equipamento, sendo patente que mesmo tendo sido cumprida a obrigação principal (entrega da coisa mediante o pagamento do preço) o descumprimento da obrigação acessória retira a utilidade da prestação já que o equipamento não poderá ser usado e, portanto, não será possível a consecução do resultado esperado.

Diante do exposto, pode-se concluir nesta matéria que o descumprimento de deveres laterais ou acessórios poderá ocasionar a resolução do contrato quando inviabilizar reflexamente o cumprimento da prestação principal, ou impedir o resultado típico da avença ou, ainda, quando tornar a prestação inútil ao credor. Em última análise, em todas as situações em que o incumprimento de uma prestação acessória atingir e macular de forma grave a economia contratual, desequilibrar o sinalagma funcional e a função econômica do contrato, não será viável a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Já nas situações contrárias a este cenário, verificadas caso a caso, poder-se-á em tese manter o vínculo contratual, resolvendo-se o caso em perdas e danos.

### 4.3.3 Atraso no cumprimento e adimplemento substancial

Em relação ao aspecto temporal, para o fim de valorar o incumprimento de pequena importância, deve-se atentar ao fato de ser ou não o termo contratual essencial para a avença.

Certos contratos somente podem ser cumpridos no exato momento neles estipulado, uma vez que o cumprimento posterior, isto é, após o prazo fixado regularmente entre as partes, já não mais interessa. São exemplos clássicos dessa situação o costureiro que se compromete a confeccionar um vestido de noiva até a data do casamento; o prestador de serviço de banquete que se compromete a oferecer o *buffet* na data de uma determinada festa. São também contratos com termo essencial os contratos mercantis que necessitam de certeza quanto ao cumprimento na data prevista. Evidentemente, nesses casos, o prazo é elemento essencial da avença, pois sem seu rigoroso cumprimento a prestação torna-se inútil ao credor.

Em todas essas hipóteses, todo e qualquer tipo de atraso será considerado grave e viabilizará a via da resolução, na medida em que se torna patente a perda da função econômico-social do contrato devido à essencialidade do termo. Diferentemente, não havendo termo essencial para o cumprimento da prestação, desde que o devedor purgue a mora, isto é, assumo inteiramente o ônus de seu atraso, poderá pagar extemporaneamente. Trata-se este caso de um verdadeiro conflito entre o direito de o credor resolver o contrato *versus* o direito de o devedor purgar a mora.

Ademais, com base na teoria do adimplemento substancial, será considerado grave o inadimplemento que consistir em um prolongamento da inatividade do devedor ou a não-realização da prestação devida no prazo suplementar concedido ao credor<sup>211</sup>. Isso em razão de que, em ambas as hipóteses, presume-se a vontade do devedor de descumprir o pactuado, causando danos ao credor.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Exemplos extraídos de BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>211</sup> MEORO, Mario E. Clemente, *op. cit.*, p.328, citado por BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 121.

<sup>212</sup> BUSSATTA, Eduardo Luiz, *op. cit.*, p. 121.

Ademais, não pode o credor ficar à mercê da boa vontade do devedor de cumprir a prestação. Afinal, como dito anteriormente, tem o credor a faculdade de buscar a resolução do contrato no ordenamento jurídico pátrio vigente. Amoldando-se tal faculdade ao direito do devedor de purgar a mora, tem-se que a purgação deve ser realizada em espaço razoável de tempo, levando-se em consideração a natureza da prestação, ou no prazo fixado razoavelmente pelo credor. Passado esse prazo, o descumprimento será considerado grave, abrindo ao credor a via resolutória<sup>213</sup>.

Com efeito, não se pode considerar como um mero retardo a longa inatividade do devedor. Esta atitude viola sensivelmente os interesses em jogo e os princípios da boa-fé objetiva, expondo injustamente o credor a um considerável risco, além de uma injustificável incerteza decorrente da morosidade do cumprimento.

#### 4.3.4 Vícios redibitórios e evicção parcial: aplicabilidade da teoria

Diferentemente do sistema da *common law*, os vícios redibitórios<sup>214</sup> e a evicção<sup>215</sup> recebem tratamento jurídico diverso do inadimplemento. Contudo, pode-se afirmar que há tanto nos vícios redibitórios quanto na evicção um descumprimento contratual em sentido amplo, uma vez que a prestação não é realizada da exata forma contratualmente prevista.<sup>216</sup>

No incumprimento propriamente dito, na evicção e nos vícios redibitórios têm-se os mesmos fundamentos, quais sejam, o direito à prestação prevista no contrato, bem como a proteção da parte contrária. Nesse sentido, importa salientar no que se refere aos vícios

---

<sup>213</sup> AULETTA, Guiseppe. Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempire. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *op. cit.*, p. 656.

<sup>214</sup> “O vício redibitório é o defeito oculto de que é portadora a coisa objeto de contrato comutativo, que a torna imprópria para o uso a que se destina, ou lhe prejudique sensivelmente o valor”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.3, p.74.

<sup>215</sup> “Evicção ocorre quando alguém vem a sofrer, em virtude de sentença judicial ou de outro ato de autoridade, a perda da propriedade da posse ou de outro direito real sobre a coisa transferida por contrato comutativo, em decorrência do reconhecimento de que o direito respectivo pertence, com anterioridade, a outrem”. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, *op. cit.*, p.177 e s.

<sup>216</sup> Para um maior detalhamento acerca das “garantias das prestações”, relativas à evicção (vícios de direito) e aos vícios propriamente ditos, redibitórios ou não (vícios do objeto) ver SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, *op. cit.*, p.173 e s.

redibitórios e à evicção que ambos, de forma indireta, poderão ser informados pela teoria do adimplemento substancial.

Isso porque, em se tratando de vício redibitório, o legislador pátrio no artigo 441 do Código Civil positivou que a coisa recebida poderá ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos que “a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Desse dispositivo infere-se, em se tratando de vícios redibitórios, que só os vícios ocultos graves é que dão direito à indenização ou ao desfazimento do vínculo. Vale dizer, não sendo grave o vício, não tornando a coisa inapta para a sua finalidade ou lhe reduzindo o valor ou não prejudicando suas finalidades econômicas, o contrato deve ser mantido e a pessoa que recebeu a coisa não gozará de qualquer direito.

Já no caso de evicção parcial o Código apresenta uma solução semelhante. A doutrina recente baseia a responsabilidade pela evicção na não realização do fim da venda<sup>217</sup>. Na evicção total fica totalmente prejudicada a finalidade do negócio translativo, ou seja, sua função econômico-social. Entretanto, na evicção parcial, em que somente parte do objeto vendido teve sua posse ou propriedade atribuída a terceiros, pode acontecer que ocorra a realização da venda e da finalidade do contrato, em especial se tal parte do objeto vendido for de pequena magnitude.

Veja-se que o próprio Código Civil estipulou que deve ser considerável a evicção parcial para justificar a resolução do contrato, no termos do art. 455. *Contrario sensu*, se não for considerável, a evicção parcial permite apenas que o credor busque as perdas e os danos correspondentes aos prejuízos suportados. A avaliação quanto ao fato de a evicção ser considerável ou não será necessariamente permeada pela função econômico-social do contrato, em especial a constatação se a evicção parcial prejudicou a finalidade prática perseguida pelo contrato.

Assim, será tida como não considerável a evicção parcial que permitir a utilização da propriedade, por exemplo, com a obtenção da finalidade prática perseguida. Ao contrário, será considerável a evicção se a finalidade do contrato buscada pelas partes não puder se atingida.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a sistemática dos vícios redibitórios e da evicção é informada pela teoria do adimplemento substancial, diante das disposições contidas no Código Civil, que indicam que somente o vício material grave ou vício jurídico considerável, compreendidos como tais aqueles que frustrem a função econômico-social, é que poderão dar azo à dissolução do negócio jurídico pactuado.

#### **4.4 Contornos distintivos entre institutos correlatos**

##### **4.4.1 Adimplemento substancial e adimplemento inexato ou defeituoso**

Conforme exposto supra<sup>218</sup>, o cumprimento inexato, também denominado por alguns juristas de adimplemento ruim ou defeituoso, é proveniente da teoria da violação positiva do contrato contemplada pelo Direito alemão através dos ensinamentos de Hermann Staub, que detectou a ausência de previsão legal para este instituto no Código Civil alemão.<sup>219</sup>

De fato, não havia previsão legal para as situações de inadimplemento resultantes de um cumprimento defeituoso. Isso porque a violação positiva do contrato se configura como uma lesão culposa da obrigação que não tenha como consequência nem a impossibilidade, nem a mora. Staub entendia resultar em uma lesão positiva, uma vez que representava uma ação positiva do devedor diferente do esperado.

Trata-se de um exemplo clássico do instituto apresentado por Clóvis do Couto e Silva o do comerciante Pedro que convencionou com a agência Beta a confecção de anúncio luminoso do seu produto, colocado indevidamente em um local pouco frequentado, de modo que o objetivo principal do contrato (divulgação do produto de Pedro) não foi alcançado. Muito embora tenha sido cumprida a prestação, esta não pode ser considerada como satisfatória.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> GOMES, Orlando, *op. cit.*, 115.

<sup>218</sup> Ver item 1.2.1.

<sup>219</sup> Sobre o tema: SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*, *op. cit.*, p.215 e s.

Diante desses contornos, numa análise comparativa entre o instituto do adimplemento substancial e do cumprimento defeituoso, pode-se dizer que ambos os institutos têm critérios semelhantes para sua concretização, quais sejam: a importância e a gravidade do incumprimento em relação à prestação acordada e ao contrato como um todo; ambos fundamentam-se no princípio da boa-fé objetiva; e há identidade quanto à consequência de sua ocorrência, que nas duas hipóteses consiste na indenização por perdas e danos.

Entretanto, nota-se também diferenças primordiais entre o adimplemento defeituoso e o adimplemento substancial: no primeiro, a obrigação é cumprida pelo devedor mas sua finalidade específica não é alcançada (falta de identidade), ou de maneira distinta da convencionada (falta de qualidade) ou, ainda, por violação de um dever acessório. Diferentemente, no adimplemento substancial, o devedor cumpre a obrigação em consonância com os princípios da identidade e da qualidade, porém não totalmente já que uma pequena parte da obrigação resta inadimplida.

Ademais, outras diferenças podem ser apresentadas entre os institutos, a saber:

(i) quanto à gravidade do descumprimento: no adimplemento defeituoso a gravidade do incumprimento deve ser grave a ponto da prestação perder utilidade ao credor; ao contrário, no adimplemento substancial, a escassa importância do descumprimento veda a dissolução do vínculo e mantém o programa contratual diante do interesse do credor em receber a parte faltante e as perdas e danos devidas;

(ii) quanto à execução da obrigação: no adimplemento defeituoso a obrigação é executada, mas de forma defeituosa havendo uma não correspondência grave na qualidade ou quantidade da prestação acordada; no adimplemento substancial a obrigação é executada com um descumprimento mínimo, de escassa importância frente à prestação acordada, com uma irrelevante não correspondência na qualidade ou na quantidade da prestação acordada.

---

<sup>220</sup> SILVA, Clovis V. do Couto e, *op. cit.*, p.40.

(iii) quanto ao interesse do credor: no adimplemento defeituoso há uma quebra do interesse do credor; contrariamente, no adimplemento substancial há uma manutenção do interesse do credor.

Diante do exposto verifica-se que, embora correlato, o instituto do cumprimento defeituoso não se confunde com o adimplemento substancial, havendo características próprias para cada um dos institutos, os quais não se confundem em suas essências por seus fundamentos e por suas hipóteses de concretização acima delineadas.

#### **4.4.2 Adimplemento substancial e inadimplemento absoluto**

Conforme visto *supra*<sup>221</sup>, ocorre adimplemento absoluto quando a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo. Três são as circunstâncias que conduzem ao inadimplemento absoluto: a prestação que se tornou objetivamente impossível; a prestação que se tornou inexistente pela alteração superveniente das circunstâncias; e a prestação, conquanto possível, não é mais capaz de realizar os interesses objetivos do credor.<sup>222</sup>

No instituto do adimplemento absoluto, o incumprimento para ser definitivo e ensejar a resolução do contrato deve levar à perda do interesse do credor, em razão da inutilidade da prestação, sem a viabilidade de haver cumprimento ulterior da obrigação.

Ao dissertar acerca da impossibilidade imputável, Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que “o incumprimento será imputável ao devedor que tiver agido com culpa, em sentido amplo, e de modo censurável”.<sup>223</sup>

Dessa forma, para fins de se identificar se estamos diante de um caso de inadimplemento absoluto ou adimplemento substancial, faz-se necessário avaliar a gravidade do incumprimento da obrigação, tendo-se como critério a conduta de ambas as partes no programa obrigacional.

---

<sup>221</sup> Item 2.1.

<sup>222</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p.94-95.

<sup>223</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p. 109.

Ao avaliar a conduta das partes, Ruy Rosado de Aguiar se utiliza da hipótese de culpa concorrente, isto é, dos casos em que “o descumprimento pode resultar de culpa de ambas as partes: (a) devedor e credor concorrem para impedir a prestação do devedor; (b) devedor e credor deixam ambos de cumprir com a sua obrigação. No primeiro caso, deve-se verificar a importância do incumprimento de cada um, segundo a boa-fé, e apenas resolver a obrigação contra o devedor, se o comportamento dele era por si só suficiente para a extinção do contrato. No segundo, cabe verificar quem tinha obrigação de prestar em primeiro lugar, sendo este o responsável pela resolução, salvo se as circunstâncias evidenciarem que outro também não iria cumprir a sua parte.”<sup>224</sup>

A gravidade do inadimplemento da obrigação é o ponto central para se definir se o caso é passível de resolução pela concretização do inadimplemento absoluto; ou contrariamente, aplicando-se a teoria do adimplemento substancial, permitir a manutenção do vínculo contratual, segundo a boa-fé objetiva, se inexistir um relevante descumprimento para motivar a extinção do vínculo.

Com base nesses critérios, não se configura um grave e relevante descumprimento pelo devedor uma violação mínima que não tenha impedido o resultado final pretendido pelo credor e que não tenha impedido que o contrato atingisse sua função econômico-social. Evidentemente, nos casos em que ficam a salvo o programa contratual estabelecido pelas partes e o interesse do credor diante da utilidade da prestação, não se pode dizer que há inadimplemento absoluto, mas sim efetivo adimplemento substancial da obrigação diante do incumprimento de escassa importância realizado pelo devedor.

Apenas nos casos em que houver um verdadeiro esvaziamento no interesse do credor e quando a prestação não se mostrar mais viável de manter o equilíbrio do sinalagma funcional da relação obrigacional, é que se pode dizer que não se justifica a manutenção do contrato, em face da concretização do inadimplemento absoluto.

---

<sup>224</sup> *idem.*

Diante dessa constatação, pode-se dizer que o ponto de discriminação entre os dois institutos estará fundamentalmente nos contornos da gravidade da violação, isto é, da importância do inadimplemento pelo descumprimento da prestação pactuada no programa contratual. Nos casos em que o descumprimento for relevante a ponto de impossibilitar a realização regular do adimplemento e a finalidade econômico-social esperada pelos contratantes, estar-se-á diante do inadimplemento absoluto. Contudo, se o descumprimento não for grave e tiver escassa importância, atingindo uma fração mínima do programa contratual, não se justificaria a resolução, impondo-se a manutenção do vínculo contratual, em razão da concretização do adimplemento substancial.

Ressalte-se, por fim, que essa análise deverá ser necessariamente efetivada caso a caso pelo juiz quando da solução de controvérsia oriunda de contrato, durante a qual necessariamente será fundamental uma apreciação baseada nos princípios que orientam o sistema jurídico como um todo, tal como a boa-fé objetiva, a autonomia privada e o princípio da solidariedade, verificando-se a viabilidade ou não de se decretar a ruptura do vínculo contratual.

#### **4.4.3 Adimplemento substancial e mora**

Conforme exposto supra<sup>225</sup>, a mora se caracteriza quando o cumprimento é feito em desatenção ao termo, ao lugar e à forma previstos na lei ou na convenção, estando englobados neste conceito unitário não só os casos de demora (fator temporal), mas também os demais cumprimentos com defeitos quanto ao lugar e à forma. Além disso, foi visto que a mora se constitui em nosso sistema quando há fato imputável ao devedor.

Entretanto, a resolução pode decorrer de ato inimputável, isto é, sem mora, sendo certo que a simples mora não é causa de resolução, “e isso porque a própria lei somente permite ao credor enjeitar a prestação ofertada após o vencimento e a constituição em mora, se essa prestação se mostrar inútil (art. 395, parágrafo único do Código Civil). A mora que permite a resolução é somente a ‘mora qualificada’. A demora sempre ocasionará mora qualificada

---

<sup>225</sup> Item 2.1

quando o negócio for a ‘termo essencial’, em que a prestação deve ser cumprida necessariamente em certa data, depois da qual não terá como satisfazer o interesse do credor, como acontece na obrigação de confeccionar o vestido da noiva até o dia da celebração do casamento”.<sup>226</sup>

Pode-se afirmar que há distinções importantes a serem delineadas entre a mora e o adimplemento substancial.

A primeira delas refere ao fato de que a mora consiste, em sentido amplo, ao cumprimento imperfeito da obrigação, em relação ao lugar, ao tempo e ao modo devidos. Já o adimplemento substancial advém de um descumprimento de escassa importância da obrigação principal pactuada entre as partes no momento da celebração do negócio jurídico bilateral ou ainda do descumprimento de uma prestação acessória que afeta diretamente a realização da obrigação principal e a consecução do programa contratual; ou então pela ausência de gravidade do inadimplemento que não impede a função econômico-social da avença, persistindo o interesse do credor, mesmo que não tenha este sido totalmente satisfeito por carecer parcela ínfima da prestação.

Araken de Assis aproxima o inadimplemento relativo (mora) do adimplemento substancial asseverando ser “possível mencionar figuras próximas, tanto do adimplemento absoluto (*e.g.* a quebra positiva do contrato) quanto do relativo (*e.g.* a teoria da *substantial performance*) por algum motivo discrepantes do modelo comum e, todavia, assimiláveis ao padrão.”<sup>227</sup> Com todo respeito a este autor, entendemos que a mora e o adimplemento substancial, muito embora contemplem hipóteses de inadimplemento, em sentido amplo, por não se referirem ao adimplemento regular possuem características próprias, pelo que não se entende precisa a colocação de que se tratam de institutos “assimiláveis ao padrão”. Suas distinções fundamentais com relação aos efeitos jurídicos quando da concretização de cada um dos institutos servem como evidência concreta para a diferenciação aqui apresentada.

---

<sup>226</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p. 120.

<sup>227</sup> ASSIS, Araken, *op. cit.*, 102.

Com efeito, o adimplemento substancial corresponde à execução da obrigação no lugar e forma devidos, mas com um ínfimo descumprimento de parte mínima da obrigação, levando-se em consideração a globalidade do programa contratual, que não se afeta por ter sido descumprido de forma leve, irrelevante. Contrariamente, a mora identifica-se nos termos da lei brasileira como a prestação efetivada de modo tardio, ou fora do lugar convencionado ou ainda quando inexistente a prestação prometida. São situações claramente diferentes e não se confundem quanto à sua natureza.

Soma-se a isso o fato de a situação concreta de adimplemento substancial viabilizar a manutenção do contrato e a não extinção do vínculo mesmo que a prestação tenha sido prestada tardiamente, caso não se trate de prestação com termo essencial<sup>228</sup>. Igualmente, quanto ao modo, se este não for essencial à satisfação dos interesses do credor e preservar a utilidade da prestação, o adimplemento substancial opera-se plenamente. Da mesma forma, no que se refere ao lugar devido, se este não for um elemento intrínseco ao cumprimento da obrigação, não se justifica a extinção do vínculo.

Em todas essas hipóteses, transportando-se as hipóteses de concretude da mora (cumprimento imperfeito da obrigação no lugar, tempo e modo devidos), se a prestação não atingir a essencialidade da obrigação e não desnaturar a função econômico-social pretendida pelas partes no contrato, isto é, a causa do contrato, não se terá como consequência a resolução do contrato, como ocorre diante da mora constituída. No adimplemento substancial admite-se o pedido de indenização, mas jamais a resolução do contrato.

Entretanto, se verificada a mora qualificada e constituída, em que forem essenciais o lugar, o tempo e o modo acordados pelas partes, sob pena de perda do interesse do credor, não cabe qualquer relativização do princípio da integralidade do adimplemento, mas sim o efeito fatal da resolução, extinguindo o vínculo contratual, impondo-se ainda o pagamento por perdas e danos.

Diante do exposto, há, de fato, uma semelhança entre o fundamento da mora e do adimplemento substancial que, em suma, consiste no cumprimento imperfeito da obrigação,

mas cada figura contratual possui seus requisitos próprios de concretização e assumem diferentes conseqüências diante do caso concreto.

#### **4.4.4 Adimplemento substancial e adimplemento parcial de obrigações divisíveis e indivisíveis**

Conforme dito supra<sup>229</sup>, nos programas obrigacionais em que se tem uma prestação divisível admite-se, em tese, a vedação da resolução quando o adimplemento inexato da prestação principal for próximo ao resultado pactuado, quer em casos de inexatidão quantitativa, quer nos casos de inexatidão qualitativa. Deu-se como exemplo um precedente jurisprudencial relativo a contrato de empreitada em que se verificou um pequeno descumprimento quanto a detalhes de acabamento por parte do empreiteiro, incumprimento este que viabilizou somente o pagamento de perdas e danos, mas não o desfazimento do contrato de empreitada.<sup>230</sup>

Nesse sentido, torna-se importante reprimir o elo existente entre o adimplemento substancial e o adimplemento parcial de obrigações divisíveis e indivisíveis<sup>231</sup>, como critério norteador do adimplemento inexato passível de manutenção do contrato ou motivador da resolução contratual.

No que se refere às obrigações indivisíveis, a questão não apresenta contornos complexos, já que se mostra evidente diante do fato de o inadimplemento ensejar diretamente uma hipótese de inadimplemento absoluto. Isso porque o simples fato de descumprir uma obrigação indivisível configura em si uma violação grave e relevante ao programa contrato, não sendo possível, portanto, enquadrar o caso na teoria do adimplemento substancial, nem sequer do cumprimento parcial. A solução para este caso não poderá ser outra senão o decreto

---

<sup>228</sup> Ver item 4.3.3

<sup>229</sup> Item 4.3.1.

<sup>230</sup> Apelação Cível Nº. 597044718, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 17/04/1997.

<sup>231</sup> A indivisibilidade da obrigação foi disposta pelo art. 258 do Código Civil brasileiro ao dispor que: “a obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico.” Entretanto, a divisibilidade da obrigação não foi conceituada pelo Código.

de dissolução do vínculo e o pagamento das perdas e dos danos. Suponhamos o exemplo de um contrato de compra e venda de uma máquina de reciclagem. Só interessa ao credor receber a coisa por inteiro, sem esta o contrato se desnatura e não se atinge a função econômico-social pretendida (reciclagem).

Já no que se refere às obrigações divisíveis, deve-se traçar um paralelo com os contornos da teoria do adimplemento substancial. Isso porque o descumprimento só será de escassa importância e a manutenção do vínculo só será possível se a proporção de parcelas da obrigação divisível realizada for de proporção suficiente para configurar um quase que integral adimplemento da prestação prometida. Entretanto, se a prestação efetuada pelo devedor não se mostrar substancial diante da totalidade do programa obrigacional visualizado complexamente, não haverá fundamento para a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Evidentemente que o critério para se avaliar a mensuração de parcelas pagas, para fins de avaliar a gravidade do inadimplemento, deverá ser construído caso a caso pelo juiz, considerando a função econômico-social pretendida pelas partes, a satisfação do interesse do credor, além de uma avaliação da importância de cada parcela em relação a todo o programa contratual.

#### **4.4.5 Adimplemento substancial e impossibilidade parcial**

Como já foi dito anteriormente<sup>232</sup>, considera-se a impossibilidade parcial quando, sendo vários objetos ou um só um objeto cindível, apenas parte da prestação se tornar inviabilizada. Assim, se a obrigação compreender vários objetos, sendo um ou mais entregues e perecendo os restantes por culpa do devedor, não haverá mora, já que a entrega nem se fez nem se fará. Neste caso, o que se tem é a impossibilidade parcial.

A impossibilidade parcial decorrente de causa natural ou jurídica é uma espécie de cumprimento imperfeito, imputável ou não ao devedor. Servirá de fundamento para o pedido resolutório se a falta ofender substancialmente o interesse do credor, tenha ou não havido

---

<sup>232</sup> Item 2.1.2.

culpa do devedor. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior a solução para esta problemática está nos artigos 235<sup>233</sup> e 236<sup>234</sup> do Código Civil.<sup>235</sup>

Assim, pode-se entender que a resolução do contrato em casos de impossibilidade parcial fundamenta-se essencialmente no interesse do credor. Se a falta da prestação ofender de maneira substancial o interesse do credor o pedido resolutorio se justifica, uma vez que a prestação efetivada não atinge os elementos de utilidade e prestabilidade convencionados pelas partes.

Contudo, não ocorrerá a resolução do contrato se, analisada a impossibilidade parcial, se verificar que a essencialidade da obrigação foi atingida, isto é, se o cerne do negócio jurídico for cumprido em proporção suficiente para satisfazer os interesses do credor e a finalidade do contrato. Nesta hipótese haverá a liberação do devedor em relação ao que foi executado, remanescendo, todavia, a responsabilidade quanto aos danos sofridos pelo credor, na medida da extensão de sua culpabilidade, descontando-se a contraprestação da parte adimplente.

Dessa forma, verifica-se que a distinção desses institutos situa-se fundamentalmente no plano da verificação do interesse do credor em relação à parte adimplida do programa contratual.

Não havendo este interesse, a impossibilidade se concretiza. Ao contrário, se a prestação cumprida em parte atende, ainda que parcialmente, o interesse do credor, veda-se a resolução do contrato.

É certo afirmar que “afetando apenas parte da obrigação principal, diz-se que há impossibilidade parcial (o caminhão de transporte perdeu parte da carga); aplica-se a regra do 235 do Código Civil, criada para o caso análogo da deterioração : o credor pode aceitar a

---

<sup>233</sup> *in verbis*: “Art. 235 Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”.

<sup>234</sup> *in verbis*: “Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”.

<sup>235</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p. 118.

prestação, com o correspondente abatimento do preço, ou enjeitá-la, optando por resolver o contrato. Para admitir a resolução, deverá o juiz verificar se houve impossibilidade total, se a prestação parcial efetivamente não atende ao interesse do credor ou se a prestação é possível não significa o cumprimento substancial da obrigação (a falta de um volume, na coleção rara de 10 livros, pode destruir o seu valor; já a falta de um exemplar, em partida de 10 exemplares iguais, significa que o devedor cumpriu substancialmente sua prestação, não cabendo resolver”.

Assim, de um lado, se a fração adimplida da obrigação não satisfaz os interesses do credor, extingue-se o vínculo contratual mantido entre credor e devedor, desnatura-se o contrato, ocasionando a resolução contratual. Por outro lado, se a fração adimplida da prestação interessa ainda que parcialmente ao credor, que conserva o seu interesse em recebê-la, ter-se-á a preservação do contrato, com a redução proporcional da contraprestação devida pelo credor.

Nota-se, assim, uma coincidência entre os institutos impossibilidade parcial e adimplemento substancial diante dos reflexos de suas incidências na satisfação do interesse do credor e na essencialidade da prestação e ambos podem trazer a consequência da vedação quanto à resolução contratual. Entretanto, os fundamentos que autorizam tal solução para cada instituto são distintos e não se confundem.

#### **4.4.6 Adimplemento substancial e o enriquecimento sem causa**

A concepção moderna do Direito Civil considera o instituto do enriquecimento sem causa um princípio informador do direito obrigacional brasileiro. Ao discorrer sobre este assunto Giovanni Ettore Nanni nos ensina que “o Código Civil brasileiro não disciplinava o enriquecimento sem causa, especialmente por influência de Clóvis Beviláqua, que pensava ser desnecessária tal previsão, o que não impediu o reconhecimento do tema como um instituto autônomo, que sempre atuou como um princípio informador do direito obrigacional brasileiro, ganhando concretude com a promulgação do Código Civil de 2002”. Segundo este autor, “a previsão do tema no novo Código Civil representou um avanço na salvaguarda da retidão e

equilíbrio nas relações jurídicas, em atendimento aos parâmetros da socialidade que marcam a lei civil”.<sup>236</sup>

No que se refere à correlação entre o instituto do adimplemento substancial e o enriquecimento sem causa, quadra asseverar que o enriquecimento sem causa consiste em fundamento jurídico que viabiliza a resolução de contrato, em que se configura um inadimplemento do devedor. Isso em razão de que configurado o descumprimento de uma prestação prometida, se afeta o sinalagma decorrente da reciprocidade das obrigações correspectivas da avença e, conseqüentemente, se dá um injusto desequilíbrio entre as prestações, justamente pela configuração de enriquecimento injusto em favor do devedor em detrimento da parte adimplente, o que não se admite no âmbito da socialidade e critérios de equidade e justiça de nosso ordenamento.

Contrariamente, na perspectiva do devedor, é evidente que um incumprimento mínimo de sua parte inviabiliza a possibilidade de resolução do contrato pelo credor, como fundamento na teoria do adimplemento substancial da obrigação. Caso contrário, isto é, se admitida a resolução nesses casos em que se têm um descumprimento de escassa importância, o credor estar-se-ia se enriquecendo sem justa causa, o que também é vedado em razão da concretude do princípio em questão.

Em suma, quadra asseverar que a discussão ganha importância por justamente trazer a consideração de que se mostra inviável a manutenção de um contrato e, portanto a aplicabilidade da teoria, nos casos em que o devedor praticou um inadimplemento fundamental e grave para a economia do contrato, sob pena de permitir a concretização de uma vantagem indevida, mediante um sacrifício patrimonial do credor sem justo motivo justo. Assim, nesses casos, veda-se a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, sob o fundamento de enriquecimento sem causa da parte inadimplente em detrimento do credor.

Todavia, diante de um adimplemento substancial, em que a prestação efetuada aproxima-se quase que totalmente do programa obrigacional pactuado, não se aplica a

---

<sup>236</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004 – Coleção Professor Agostinho Alvim/coord. Renan Lotufo, p. 408-409.

resolução do contrato em benefício do credor, também com fundamento no princípio do enriquecimento sem causa, que obsta a concessão de maiores benefícios econômicos e o injusto empobrecimento do devedor, que não executou parte irrelevante da prestação prometida. Nesses casos, pela concretude deste princípio aliado com a teoria do adimplemento substancial, o devedor não perderá a prestação que cumpriu substancialmente, e arcará tão somente com as perdas e danos devidas, tendo fundamento para exigir, proporcionalmente, a contraprestação da parte adimplente.

Por esse motivo, o credor não poderá recusar-se a cumprir sua contraprestação diante do adimplemento substancial. Pelo princípio do enriquecimento sem causa o credor não pode abster-se de cumprir sua obrigação e, ao mesmo tempo, receber o benefício decorrente da utilidade advinda da prestação próxima do resultado pretendido. Entende-se assim que “um desvio insignificante do que fora estipulado no contrato não mais justificaria sua resolução e a conseqüente perda de toda a contraprestação por parte daquele que adimpliu inexata, mas substancialmente. Na verdade, por não permitir que um dos contratantes, se beneficie de uma ligeira desconformidade entre a prestação e o contratado para pretender considerá-la um pagamento parcial, passível de recusa, autorizando-o, portanto, a não executar suas próprias obrigações, a doutrina do adimplemento substancial é uma forma de prevenção ao enriquecimento ilícito<sup>237</sup>”.<sup>238</sup>

---

<sup>237</sup> Nesta dissertação, diferentemente de Anelise Becker, adota-se a nomenclatura enriquecimento sem causa, uma vez que se entende que a denominação enriquecimento ilícito não é adequada a ser aqui empregada, posto que o enriquecimento ilícito é figura específica do direito administrativo. O enriquecimento ilícito está fundado nos atos de improbidade administrativa enquadrados pela Lei n. 8.249, de 2 de junho de 1992, na qual o art. 9º dispõe que são os atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito. Sobre este problema terminológico ver: NANNI, Giovanni Ettore, *op. cit.*, p. 100-101.

<sup>238</sup> BECKER, Anelise, *op. cit.*, p. 63.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, a natureza e o escopo do presente trabalho impõem algumas considerações conclusivas, baseadas em seu encadeamento lógico, apresentadas a seguir.

A relação jurídica delineada pela Teoria Geral das Obrigações não é mais vista como um pólo antagônico do crédito e do débito, em que o devedor se encontra pessoalmente ligado ao credor. Modernamente, em razão da influência da ética nas relações sociais por intermédio da boa-fé objetiva e o aprimoramento da relação obrigacional, mediante a percepção de sua estrutura, que atua e se desenvolve destinada a um fim (processo), cria-se a relação jurídica complexa, que traz em seu conteúdo uma série de deveres, ônus e sujeições impostos não só ao devedor, mas também ao credor. Todas essas ações são voltadas ao propósito do correto cumprimento das prestações com a satisfação dos interesses de ambas as partes e o conjunto complexo de direitos e obrigações encontra-se polarizado pelo adimplemento da obrigação.

O adimplemento é informado pelo princípio da boa-fé objetiva, que impõe um modelo de comportamento entre as partes, baseado na lisura e correção, em prol da satisfação dos interesses envolvidos na relação jurídica obrigacional, envolta por deveres laterais de conduta e impeditivos quanto a condutas abusivas no sentido de se considerar adimplemento fundamental uma inobservância inútil para a economia do contrato. O devedor deverá realizar a prestação da forma exata pela qual se obrigou, correspondendo na medida do compromisso assumido e em todos os seus termos ponto a ponto, tanto no que se refere à prestação principal quanto a seus deveres acessórios e laterais, no local, na forma e no prazo pactuados. Ante ao princípio da boa-fé objetiva, o pagamento parcial só se torna viável se diante do caso concreto se verificar que a recusa do devedor é abusiva, pelo incumprimento ser mínimo, de escassa importância. A regra, assim, consiste no cumprimento integral, salvo convenção em contrário.

Já o inadimplemento corresponde à parte patológica do Direito obrigacional, por referir-se à não realização da prestação devida ou a realização de determinada conduta em inobservância à prestação principal ou deveres acessórios de conduta, consoante a visão complexa da relação obrigacional.

O inadimplemento não foi definido pelo Código Civil brasileiro, que somente dispôs acerca dos seus efeitos e cuidou de dividir esse instituto em dois grandes grupos: o inadimplemento absoluto e a mora. Foi incluído no conceito de mora todo e qualquer descumprimento quanto ao modo, forma e ao tempo da prestação. Adotou-se o critério unitário, onde não só o aspecto temporal é levado em consideração para a configuração da mora. Muito embora tenha seguido esta divisão no Capítulo 2 do presente trabalho, na esteira da obra de Agostinho Alvim, preferiu-se ao dissertar especificamente acerca da noção geral de inadimplemento adotar no Capítulo 1 a classificação de António Menezes de Cordeiro e Michele Giorgianni em cumprimento inexato, cumprimento retardado e incumprimento definitivo, a fim de abordar a mora como espécie de cumprimento inexato ou de cumprimento retardado, dependendo do aspecto da obrigação não atendido.

O cumprimento inexato corresponde à situação em que a obrigação é indevidamente cumprida quer pelo fato de que não se observou um dever lateral de conduta, quer em razão da coisa entregue ou o serviço prestado não conter a qualidade exigível ou acordada, quer porque não cumpriu integralmente o modelo obrigacional a que estava vinculado. Neste instituto o devedor realiza a prestação, mas de forma inexata, inexatidão essa que pode ser tanto qualitativa quanto quantitativa. A inexatidão qualitativa equipara-se ao cumprimento defeituoso, também chamado de violação positiva do contrato, que corresponde a uma desconformidade entre a prestação devida e a que foi realizada. Ao passo que o cumprimento inexato quantitativo se configura por meio do descumprimento do princípio da integralidade, satisfazendo parcialmente a prestação a que estava adstrito.

Dá-se cumprimento retardado na hipótese de o devedor cumprir posteriormente sua obrigação, com a manutenção do interesse do credor, isto é, se no momento da prestação esta não for efetuada, o que equivale exatamente ao aspecto objetivo e estrito da mora: o retardamento no cumprimento da prestação. Se com este atraso o credor perder o interesse pela prestação, este poderá enjeitá-la, convertendo-se a mora em incumprimento definitivo (inadimplemento absoluto).

O incumprimento definitivo se dá na hipótese em que o devedor deixa de cumprir com a prestação prometida no tempo e na forma devidos, não podendo mais cumpri-la, quer em razão de que a prestação se tornou impossível, quer em razão de que o credor não possui mais interesse em seu cumprimento. Este instituto equipara-se ao que a doutrina denomina inadimplemento absoluto.

Passada a noção geral das modalidades de inadimplemento, de acordo com a classificação de António Menezes Cordeiro e Michele Giorgianni, cuidou-se de tratar especificamente dos contornos jurídicos do inadimplemento absoluto e da mora, no âmbito do inadimplemento das obrigações.

O inadimplemento absoluto, que se equipara ao incumprimento definitivo delineado genericamente supra, dá-se quando a prestação, após o surgimento da obrigação, não puder ser realizada ou não houver mais sentido na sua realização. São os casos em que o ato da prestação não pode ser realizado ou não pode mais satisfazer os interesses do credor. Há, portanto, duas espécies de causas geradoras do inadimplemento absoluto: fatos ou atos relativos ao objeto da prestação, o que se costuma designar por impossibilidade e fatos concernentes à relação entre os interesses do credor e a realização da prestação.

Classifica-se o inadimplemento absoluto (impossibilidade) de acordo com vários critérios. Distingue-se conforme a causa, em impossibilidade *jurídica* ou *fática*; em relação a quem se apresenta em impossibilidade *relativa* (subjéctiva) ou *absoluta* (objectiva) e, conforme o conteúdo da prestação, em *total* ou *parcial*. Haverá impossibilidade fática quando o objeto da prestação não puder realizar-se por ter perecido. Haverá impossibilidade jurídica quando a norma jurídica geral inviabilizar a prestação. Será relativa a impossibilidade quando esta ocorrer somente ao devedor, podendo a prestação, assim, ser realizada por terceiro, razão pela qual é chamada de impossibilidade “subjéctiva”, ou “insolvência” (incapacidade de prestar). Por outro lado, será absoluta quando a prestação encontrar-se inviabilizada, tal como o desaparecimento do objeto. Considera-se total a impossibilidade quando toda a prestação não puder ser realizada, e parcial quando, sendo vários objetos ou um só objeto cindível, apenas parte da prestação se tornar inviabilizada.

No que se refere à abrangência deste instituto em face do descumprimento de deveres laterais, entende-se que o descumprimento de deveres laterais causador de inadimplemento absoluto será apenas o que tenha ligação direta com os interesses do credor na prestação, a ser verificado de acordo com a utilidade da prestação conforme sua viabilidade concreta e objetiva.

O conceito clássico de mora, por sua vez, corresponde ao retardamento culposo no ato de pagar o que se deve, ou no de receber o que é devido. No Direito brasileiro, a mora se caracteriza quando o cumprimento é feito em desatenção ao termo, ao lugar e à forma previstos na lei ou na convenção, estando englobados neste conceito unitário não só os casos de demora (fator temporal), mas também os demais cumprimentos com defeitos quanto ao lugar e à forma.

Além disso, a mora se constitui em nosso sistema quando há fato imputável ao devedor. Assim, compreende-se ser a culpa o pressuposto para a mora do devedor, ou a imputabilidade seu pressuposto, desde que se aceite a necessidade de existência, para a concretização da mora de algum ato (positivo ou negativo) do devedor, que seja motivador do atraso. Assim compreendido, pode-se distinguir diferentes fatores de imputação para as hipóteses de mora do credor e mora do devedor, vinculando a mora do devedor à culpa e a do credor à objetiva recusa injustificada.

No que se refere à mora nas obrigações negativas, o atual Código Civil corrigiu o erro conceitual que existia no art. 961 do Código Civil de 1916, abalizando em seu art. 390 que “nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

A mora distingue-se do inadimplemento absoluto a partir da assertiva segundo a qual há inadimplemento absoluto quando o devedor não pode cumprir a obrigação e há mora quando a possibilidade ainda persiste. O critério para a distinção reside exatamente na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade deve se referir ao credor e não ao devedor, ou seja, é necessário averiguar a possibilidade ou não de receber a prestação. Esta regra também se aplica no caso de obrigação negativa, uma vez que não pode

haver mora nas obrigações negativas, mas somente inadimplemento absoluto, dado que a infração já terá sido consumada. Em caso de recusa formal do devedor, só importará em inadimplemento absoluto caso se tratar de fato pessoal infungível. Todavia, se a obrigação for fungível, podendo o credor mandar realizar o trabalho por outrem, neste caso o inadimplemento terá caráter de mora. A fórmula exata é que o inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber e a mora a persistência dessa impossibilidade. Em face da mora do credor, se houver mero atraso do credor em cooperar ou receber verifica-se a ocorrência da mora. Todavia, se o credor deixa de cooperar, quando tal obrigação lhe assiste e o cumprimento da obrigação por parte do devedor se tornou impossível, terá havido inadimplemento absoluto por parte do credor.

Cumprida a abordagem acerca da noção geral das modalidades de inadimplemento e assentadas as bases conceituais do adimplemento absoluto e da mora no Direito brasileiro, abriu-se caminho para o estudo da teoria do adimplemento substancial no ordenamento jurídico situando-a no espectro da inexecução das obrigações.

A partir do estudo da origem da teoria do adimplemento substancial, de sua disposição no Direito estrangeiro em países que adotam tanto o sistema da *civil law* como os que adotam a *common law*, bem como no plano do Direito internacional, foi possível inferir que há a necessidade de o inadimplemento ser de extrema relevância, grave, essencial, para que a parte não inadimplente possa se valer da resolução. Este inadimplemento deverá ser avaliado mediante um critério objetivo para valorar a gravidade do inadimplemento fundado na utilidade da prestação para o credor ou mesmo o cumprimento da função econômico-social do contrato. Ademais, outra característica convergente foi o fato de que é incontroversa a admissão desta teoria em todas as hipóteses de descumprimento de dever, quer seja lateral ou acessório, quer seja principal. Efetivamente, o que se leva em consideração não é a natureza do dever descumprido, mas a gravidade do descumprimento e todas as conseqüências dele decorrentes para a economia do contrato.

Ademais, no que se refere à incidência do princípio da boa-fé objetiva em matéria de adimplemento substancial, foi verificado que, baseado nas funções atribuídas a este princípio, importa ao presente trabalho a denominada função defensiva, que determina o limite para o

exercício dos direitos subjetivos das partes, exercício este que deverá ser obedecido sob pena de ser considerado abusivo e, portanto, ilegal. Concluiu-se, com este estudo, que o exercício de direito subjetivo de modo desequilibrado e desproporcional é vedado pela função defensiva deste princípio jurídico.

A incidência da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro dá-se principalmente em matéria de resolução do contrato, faculdade que, à luz da boa-fé objetiva, será impedida quando o inadimplemento for de escassa importância, tendo em vista o concreto interesse envolvido na relação jurídica complexa. Tem-se, de fato, a teoria em estudo como limite ao direito formativo extintivo à resolução dos contratos, a qual só se viabilizará diante de um incumprimento relevante e grave que atinja os interesses concretos na contratação, isto é, a função econômico-social da avença.

Em razão de a boa-fé objetiva ser um princípio informador do sistema jurídico brasileiro, imputável a toda e qualquer relação jurídica, o limite decorrente da aplicação da teoria não se restringe ao artigo 475 do Código Civil brasileiro, que dispõe acerca da regra geral em matéria de resolução dos contratos, mas a todas as normas que, de alguma forma, faculte à parte proceder à resolução de um contrato.

Assim, verificou-se que a regra decorrente da teoria em foco aplica-se para fins de resolução em caso de cláusula resolutiva expressa, flexibilizando os contornos da autonomia privada que garante a liberdade do indivíduo em estabelecer relações jurídicas, na medida em que será considerado ilegal o regramento estabelecido entre as partes que imponha um tratamento abusivo no que se refere à imposição de resolução contratual em havendo inadimplemento de escassa importância. Funciona também como limite ao exercício da *exceptio non rite adimpleti contractus*, vedando que a parte venha a se servir desta exceção dilatória e pessoal, não cumprindo com a prestação a que estava obrigado, ante a um descumprimento de escassa importância.

É relevante para o estudo em foco uma noção dos critérios a serem utilizados pelo julgador para avaliar a gravidade do inadimplemento para fins de aplicação desta teoria. Dois parâmetros são utilizados: o primeiro refere-se à aproximação do cumprimento realizado e

aquele que havia sido prometido pela parte inadimplente (neste parâmetro, verifica-se em que medida o defeito da prestação se assemelha ao programa obrigacional previamente estabelecido); o segundo parâmetro diz respeito ao cumprimento da função econômico-social do contrato, que consiste, fundamentalmente, na causa do contrato enquanto interesse merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico, em consonância com os princípios fundantes do sistema, inclusive os de ordem constitucional. Denota-se disso ser justo que, se o devedor cumpriu com a quase totalidade da prestação devida e se o contrato cumpre com os interesses legítimos para os quais foi concebido, o descumprimento não será grave mas irrelevante, passível de aplicação da teoria em foco. Ressalva-se, entretanto, que esta valoração deverá ser feita mediante uma visão tópica, caso a caso, por meio das características concretas dos fatos atinentes à relação jurídica, não havendo uma regra estanque para se definir se tal descumprimento é de relevante gravidade ou não.

Quanto às hipóteses de concretização da teoria do adimplemento substancial, comprovou-se sua aplicabilidade diante de descumprimento de prestação principal e deveres laterais de conduta.

A inexatidão da prestação principal deve ser analisada sob a luz da teoria do adimplemento substancial, a qual orienta o julgador no sentido de, antes de autorizar a resolução do contrato, avaliar a importância do inadimplemento, ponderando, caso a caso, tanto a correlação entre a prestação inexata e o programa obrigacional como um todo, quanto a utilidade da prestação ao credor com base no critério da função econômico-social do contrato. Nesses casos, há uma relativa dedução de que se trata de um descumprimento grave e, em razão disso, o ônus de comprovar que a prestação satisfaz os interesses do credor caberá, em princípio, à parte não adimplente.

Este entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência brasileira, que vem paulatinamente aplicando esta teoria nos casos concretos de controvérsias oriundas de contrato de seguro, alienação fiduciária, contrato de promessa de compra e venda, arrendamento mercantil e contrato de empreitada. Em julgados relativos a todas essas modalidades contratuais já se decidiu em favor da aplicabilidade da teoria do adimplemento

substancial, quando se tem um descumprimento de escassa importância da prestação principal.

O descumprimento de deveres laterais ou acessórios poderá ocasionar a resolução do contrato quando inviabilizar reflexamente o cumprimento da prestação principal, ou impedir o resultado típico da avença ou, ainda, quando tornar a prestação inútil ao credor. Em todas as situações em que o incumprimento de uma prestação acessória atingir e macular de forma grave a economia contratual, desequilibrar o sinalagma funcional e a função econômica do contrato, não será viável a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Já nas situações contrárias a este cenário, verificadas caso a caso, poder-se-á em tese manter o vínculo contratual, resolvendo-se o caso em perdas e danos.

Em relação ao atraso no cumprimento da prestação, deve-se atentar ao fato de ser ou não o termo contratual essencial para a avença; se este atraso não retirar a função econômico-social deve o contrato ser mantido, abrindo-se a possibilidade de o credor purgar a mora.

A última hipótese de concretização desta teoria estudada no presente trabalho abrange os vícios redibitórios e a evicção. Inferiu-se, a partir do estudo do Código Civil brasileiro, que o ordenamento jurídico positivou a teoria do adimplemento substancial. Isso em razão de que, com relação à evicção parcial, impõe-se que esta seja considerável e desnature o fim prático do contrato para que o adquirente tenha legitimidade na pretensão resolutória. Em não havendo esta desnaturaçã, cabe tão somente o pedido de perdas e danos. Já quanto aos vícios redibitórios, foi disposto que este só dará ensejo à resolução se o vício oculto for de tal gravidade que atinja sua finalidade econômica, tornando a coisa inapta para o uso ou lhe reduza sensivelmente o valor.

Por fim, foram apresentados os contornos distintivos do adimplemento substancial em relação a diversas figuras correlatas existentes no Direito brasileiro.

Em primeiro lugar, foi compreendido que o instituto do cumprimento defeituoso não se confunde com o adimplemento substancial, havendo características próprias para cada um dos institutos, os quais não se confundem em suas essências por seus fundamentos e por suas

hipóteses de concretização. Pontuou-se que no cumprimento defeituoso a obrigação é cumprida, mas sua finalidade específica não é alcançada ou distinta da convencionada ou, ainda, por violação de um dever acessório. Diferentemente, no adimplemento substancial, o devedor cumpre a obrigação em consonância como os princípios da identidade e da qualidade, porém não totalmente, já que uma pequena parte da obrigação resta inadimplida. Ademais, há outras distinções relevantes no que se refere à gravidade do descumprimento, à execução da obrigação e quanto ao interesse do credor. Por este motivo, a proposta do presente trabalho foi destacar essas diferenças, a fim de identificar as especialidade de concretização de cada um desses fenômenos jurídicos, evitando-se erros conceituais quanto ao enquadramento dessas figuras.

Compreendeu-se, adicionalmente, que o ponto de discriminação entre os institutos do adimplemento substancial e do inadimplemento absoluto estará fundamentalmente nos contornos da gravidade da violação, isto é, da importância do inadimplemento pelo descumprimento da prestação pactuada no programa contratual. Nos casos em que o descumprimento for relevante a ponto de impossibilitar a realização regular do adimplemento e a finalidade econômico-social esperada pelos contratantes, estar-se-á diante do inadimplemento absoluto. Contudo, se o descumprimento não for grave e tiver escassa importância, atingindo uma fração mínima do programa contratual, não se justificaria a resolução, impondo-se a manutenção do vínculo contratual em razão da concretização do adimplemento substancial.

Demais disso, referindo-se à mora, conclui-se que há distinções importantes a serem delineadas entre este instituto e o adimplemento substancial. A principal delas refere-se ao fato de que a mora consiste, em sentido amplo, no cumprimento imperfeito da obrigação em relação ao lugar, tempo e modo devidos. Já o adimplemento substancial advém de um descumprimento de escassa importância da obrigação principal pactuada entre as partes no momento da celebração do negócio jurídico bilateral ou ainda do descumprimento de uma prestação acessória que afeta diretamente a realização da obrigação principal e a consecução do programa contratual; ou então pela ausência de gravidade do inadimplemento que não impede a função econômico-social da avença, persistindo o interesse do credor, mesmo que não tenha este sido totalmente satisfeito por carecer parcela ínfima da prestação. Portanto,

nota-se uma semelhança entre o fundamento da mora e do adimplemento substancial, consistente no cumprimento imperfeito da obrigação, mas cada figura contratual possui seus requisitos próprios de concretização e assumem diferentes conseqüências diante do caso concreto, *i.e.*, a mora qualificada permite a resolução contratual e a extinção do vínculo; ao contrário, o adimplemento substancial preserva o vínculo obrigacional, mesmo diante do cumprimento imperfeito da obrigação, se este for irrelevante.

Entendeu-se fundamental delinear ademais o elo existente entre o adimplemento substancial e o adimplemento parcial de obrigações divisíveis e indivisíveis, como critério norteador do adimplemento inexato passível de manutenção ou resolução contratual. No que se refere às obrigações indivisíveis, mostra-se evidente a ocorrência imediata da resolução diante do fato de o inadimplemento ensejar diretamente uma hipótese de inadimplemento absoluto. Já no que se refere às obrigações divisíveis, deve-se traçar um paralelo com os contornos da teoria do adimplemento substancial, uma vez que o descumprimento só será de escassa importância se a proporção de parcelas da obrigação divisível realizada for de proporção suficiente para configurar um quase que integral adimplemento da prestação prometida. Entretanto, se a prestação efetuada pelo devedor não se mostrar substancial diante da totalidade do programa obrigacional visualizado complexamente, não haverá fundamento para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, tudo de acordo com uma avaliação fundada na visão típica caso a caso pelo juiz, considerando a função econômico-social pretendida pelas partes, a satisfação do interesse do credor, além de uma avaliação da importância de cada parcela em relação a todo o programa contratual.

No item relativo à impossibilidade parcial foi importante destacar que se a fração adimplida da obrigação não satisfaz os interesses do credor, extingue-se o vínculo contratual mantido entre credor e devedor, desnatura-se o contrato, ocasionando a resolução contratual. Por outro lado, se a fração adimplida da prestação interessa, ainda que parcialmente ao credor, que conserva o seu interesse em recebê-la, ter-se-á a preservação do contrato com a redução proporcional da contraprestação devida pelo credor. Há, na verdade, uma coincidência entre os institutos impossibilidade parcial e adimplemento substancial diante dos reflexos de suas incidências na satisfação do interesse do credor e na essencialidade da prestação e ambos

podem trazer a consequência da vedação quanto à resolução contratual. Entretanto, os fundamentos que autorizam tal solução para cada instituto são distintos e não se confundem.

Ao final, dissertando-se acerca dos contornos distintivos do adimplemento substancial e o princípio do enriquecimento sem causa, pautou-se o trabalho em evidenciar que o credor não pode se abster de cumprir sua obrigação e, ao mesmo tempo, receber o benefício decorrente da utilidade advinda da prestação próxima do resultado pretendido, sendo certo que uma diferença irrelevante do que fora estipulado no contrato não justifica sua resolução e a conseqüente perda de toda a contraprestação por parte daquele que adimpliu de modo inexato, mas substancialmente. Por não permitir que um dos contratantes se beneficie de uma leve desconformidade entre a prestação e o contratado, a doutrina do adimplemento substancial é uma forma de prevenção ao enriquecimento sem causa.

São esses os aspectos mais relevantes para o estudo atual dos institutos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial, no que se refere aos seus conceitos jurídicos e suas distinções fundamentais. A compreensão dessas lições, ao final da leitura, viabilizará individualizar cada uma dessas figuras inseridas no estudo do inadimplemento das obrigações, atingindo a meta proposta no início do trabalho, que consiste em apresentar os contornos dessas figuras à luz da doutrina tradicional e da nova teoria obrigacional.

**BIBLIOGRAFIA**

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 2004.

\_\_\_\_\_. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.14, p.20-32, abril-junho, 1995.

\_\_\_\_\_. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 121, p. 211-225, jan./mar. 1994.

ALVES, Jones Figueiredo & DELGADO, Mario Luiz. *Novo Código Civil confrontado com o Código Civil de 1916*. São Paulo: Editora Método, 2002.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5.ed.. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato - teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*. 3.ed.. Coimbra: Almedina, 1966.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AULETTA, Giuseppe. Importanza dell'inadempimento e diffida ad adempire. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, v.9, p. 655-676, 1955.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito Civil. Teoria geral das obrigações*. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2002.

BAREA, Margarita Castilla. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2000.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZM, 2003, t.1.

BEVILACQUA, Clovis. *Direito das obrigações*. 8.ed. rev. e atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954.

\_\_\_\_\_. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 10.ed. e atual. por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile -Il contratto*. Milão: Guiffré, 1998. v.3.

\_\_\_\_. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Guiffrè, 1995.

\_\_\_\_. *Inadempimento delle obbligazioni*. 2.ed. Bologna: Zanichelli, 1979.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CANARIS, Claus-Whilhem. *La riforma del diritto tedesco delle obbligazione*. Tradução de Marcelo Farnetti e Sonja Heberl. Padova: Cedam, 2003.

COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas conseqüências. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr./jun., p. 78/82, 1989.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7.ed. rev. e atual. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999.

DAL COL, Helder Martinez. Obrigações negativas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.800, p.735/757, jun., 2002.

DIEZ-PICASSO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones obligatorias*. 5.ed. Madrid: Civitas, 1996.v.2.

FACHIN, Luiz Edson, coord. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FLOREZ-VALDES. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, v.11, p.55-66, 1996.

FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, v.4, tomo II.

FRANCO, Alice Moreira. Função social do contrato. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 135, set./dez., 1995.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *A exceção de contrato não cumprido*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

GIMENEZ, Gema Diez-Picazo. *La mora y la responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1996.

GILSON, Bernard. *Inexécution et résolution en droit anglais*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

GIORGIANNI, Michele. *L' inadempimento. Corso di diritto civile*. 3.ed.. Milano: Giuffré, 1975.

\_\_\_\_\_. Inadempimento. In: *Enciclopédia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v.XX.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato – os novos princípios contratuais*. Tese de Doutorado em Direito Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

\_\_\_\_\_. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Professor Agostinho Alvim/coord. Renan Lotufo.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002. Breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONZÁLEZ, Aurora González. *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Barcelona: Bosch, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

IGLESIAS, Carlos Alberto de Mello. *A função social dos contratos segundo os conceitos de direito civil constitucional*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (artigos. 1 a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

\_\_\_\_\_. Da oportunidade de codificação civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXII, n. 68, dez. 2002.

\_\_\_\_\_.coord. *Cadernos de teoria geral do direito*. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_. O pioneirismo de Clóvis Beviláqua quanto ao direito civil-constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.768, p.747-755, 1988.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. org. *A reconstrução do Direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEDICUS, Dieter. *Shuldrecht I; Allgemeiner Teil*. 8. Auflage. München: C.H.Beck, 1995.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 801, p.11, 1991.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEORO, Mario E. Clemente. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2003. t.22.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações. 1ª parte. De acordo com o Novo Código Civil*. 32.ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

- NALIN, Paulo. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 12, p. 50, 2002.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Professor Agostinho Alvim/coord. Renan Lotufo.
- NATOLI, Ugo & GERI, Lina Bigliuzzi. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações. Pagamento, mora, pagamento indevido*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v.1, segunda parte.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 794, p. 56, dez. 2001.

OPITZ, Oswaldo & OPITZ, Silvia. *Mora no negócio jurídico. Doutrina e jurisprudência*. 2.ed.. São Paulo: Saraiva, 1984.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão nos contratos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Código de Obrigações*. Brasília: Imprensa Nacional, Serviço de Reforma de Códigos, 1965.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.3.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PISCIOTTA, Guiseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. *Execução de obrigação de fazer. A tutela substitutiva da vontade nas obrigações negociais de fazer juridicamente infungíveis*. Curitiba: Juruá, 1995.

\_\_\_\_\_. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. Curitiba: Juruá, 1995.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982,

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra:[s.n.], 1982.

RAMELLA, Anteo E. *La resolución por incumplimiento. Pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. *Horizontes do direito e da história*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROBIN, Cécile. La mora creditoris. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Dalloz, v.3, juillet-septembre, 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de direito civil - contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 3. Everaldo Augusto Cambler, coord.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffré, 2001.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 10, p.9, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado. Direito das obrigações*. 8.ed.. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, v.XII.

SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell' inadempimento nella risoluzione del contratto. *Giustizia Civile*, Milano: Giuffrè, v.35, p.497-514, out.1995.

SCHUPEFER, Francesco. *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*. Roma: Fratello Bocca, 1920.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor. *BMJ*, Lisboa, n.47, mar. 1945.

SERRAMALERA, Ricardo Ruiz. *Derecho Civil. Derecho de obligaciones I. Las obligaciones en general*. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1981.

SERVER, Rafael Verdera. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. España: Real Colegio de España, 1995.

SILVA, Clovis V. do Couto, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: *Estudo de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v.7/coord. Miguel Reale, Judith Martins-Costa).

SLAWINSKY, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia objetiva da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

TEPEDINO, Gustavo, coord. *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TREVISAN, Marco Antônio. *Panorama da autonomia da vontade no atual paradigma do contrato e a tendência da objetivação do elemento volitivo*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

TURCO, Cláudio. *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1999, v. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001.

VISINTINI, Giovanna. *La responsabilità contrattuale*. Napoli: Editrice Jovene, 1979.

\_\_\_\_\_. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999, v.1.

VIEHWEG. *Tópica y jurisprudência*. Tradução de Luis Diez-Picazo. Madrid: Taurus, 1986.

WHITE, James & SUMMERS, Robert S. *Uniform commercial code*. Saint Paul: West Publishing, 1988.

**Bibliografia digital**

<http://www.uc3m.es/cisg/textoc.htm>. Acesso em 22 de Janeiro de 2008.

<http://www.unidroit.org/>. Acesso em 22 de janeiro de 2008.

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 21 de janeiro de 2008.

[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/index.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php). Acesso em 21 de janeiro de 2008.