



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Gabriel Rocha Furtado

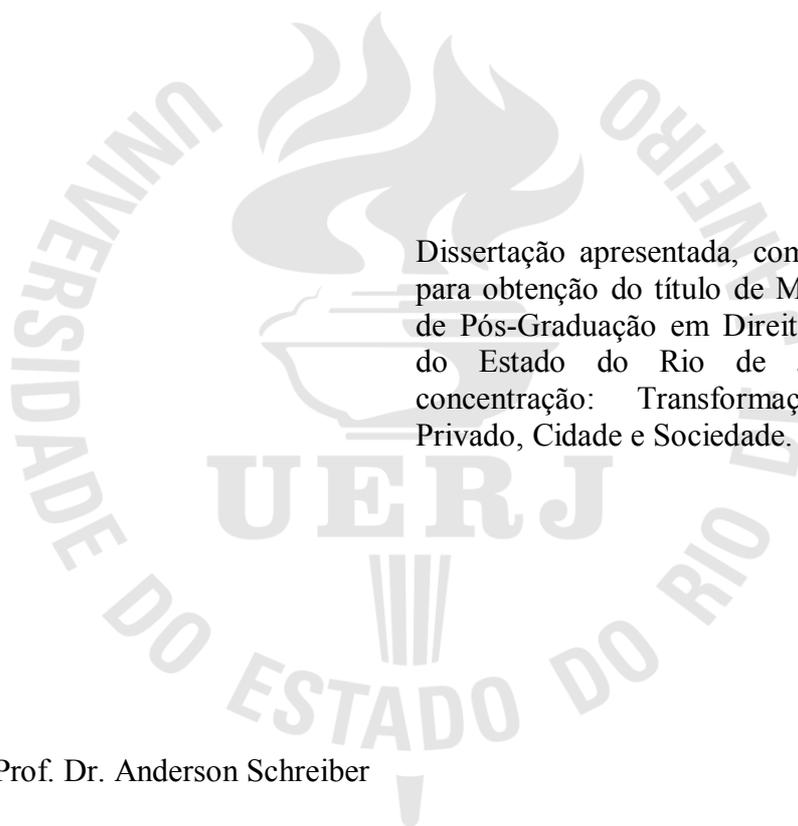
No limiar da mora: por uma aferição objetiva da utilidade da prestação

Rio de Janeiro

2013

Gabriel Rocha Furtado

No limiar da mora: por uma aferição objetiva da utilidade da prestação



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F992

Furtado, Gabriel Rocha.

No limiar da mora : por uma aferição objetiva da utilidade da prestação
/ Gabriel Rocha Furtado. – 2013.
123 f.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Adimplemento e inadimplemento- Teses. 3. Boa
fé (Direito) I. Schreiber, Anderson. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Gabriel Rocha Furtado

No limiar da mora: por uma aferição objetiva da utilidade da prestação

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em _____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Anderson Schreiber (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Caitlin Sampaio Mulholland

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Ao meu pai (*in memoriam*),
onipresente em sua ausência.

AGRADECIMENTOS

Mais do que uma pós-graduação, os últimos dois anos foram uma marcante e inesquecível etapa da minha vida traçada por sorrisos largos e silenciosas lágrimas. Sou grato, imensamente grato, ao Rio de Janeiro e à UERJ; deram-me muito mais do que um dia pude imaginar poder conquistar vindo de tão longe e ser merecedor de receber. Mais do que formação humanista e técnica, deram-me verdadeiros amigos, sem os quais certamente este trabalho não teria sido completado – pelo que serei eternamente grato.

Vindo do Piauí com a ansiedade dos neófitos, a imaginação dos viajantes e o receio dos estrangeiros, vários cenários mentalmente formulei sobre como seria a minha vivência nas terras cariocas. De todos, o melhor se concretizou: ingressei em um ambiente de excelência acadêmica, e tive a sorte ímpar de ter os melhores companheiros que um estudante pode desejar. A empatia foi imediata. Cabe nomear todos aqueles que, juntos, compuseram a inesquecível turma autointitulada *Civilistas Anônimos* e que tornaram a experiência do mestrado agradável em um grau incomensurável.

Ao André Costa, conterrâneo que mais cedo migrou para ao Rio, agradeço pelas inacreditavelmente argutas observações, ponderações e questionamentos. Ao Antônio dos Reis Jr., piauiense como nós, agradeço pela fibra, por mostrar o quanto o estudo do direito pode ser apaixonante, e por ter me aberto algumas portas em Coimbra. Ao Antônio Pedro, companheiro detentor de uma bravura indômita para entrar em apostas perdidas, agradeço pela contagiante paixão pelo cinema e pela literatura. À Carla Lgow, notável pesquisadora, agradeço pela demonstração de disciplina e continuidade nas investigações. À Carol Andriotti, a mais feliz dentre todas as procuradoras da fazenda nacional, agradeço pelas reflexões a respeito das relações entre o poder público e a esfera privada.

Ao Eduardo Nunes, acadêmico por excelência e professor por vocação, agradeço (dentre um sem número de outros pontos) pela amizade desde a primeira hora, pela confiança em ter visto em mim mais capacidade do que eu supunha ter e pelo perene e presente incentivo na confecção desta dissertação. À Fernanda Nunes, notável beletista vinda dos pampas, agradeço pelas demonstrações de incessante estudo e honestidade acadêmica. À Ivana Coelho, baiana vivaz que nos brindou com deliciosos pratos de sua culinária regional, agradeço pelo companheirismo e pelas inquietantes conversas sobre o imaterial. À Luiza

Bianchini, carioquíssima do mais característico sotaque, agradeço pelas animadas conversas e por me mostrar o sentido da verdadeira dúvida jurídica. À Marcela Maffei, a mais apaixonada torcedora dentre todos os tricolores, agradeço pelas sutis lições profissionais e pelo carinho sempre demonstrado.

Ao Raul Murad, figura ímpar em seu jeito tranquilo de levar a vida, agradeço pela divertida e frutuosa convivência e histórias vividas. À Rebeca Garcia, portadora de uma inesgotável cultura, agradeço pelas indicações de leituras deliciosas e de filmes acachapantes e pela confiança em mim depositada. À Thaís Sêco, representante mineira, agradeço pela preocupação com as repercussões sociológicas do direito. Ao Thiago Lins, carioca legítimo e do mais fino trato, agradeço pela atenção aos clássicos e pelos agradabilíssimos momentos de descontração e convivência para-acadêmica. Ao Vitor Almeida, companheiro de praias e restaurantes, agradeço pelos sólidos ensinamentos jurídicos em questões existenciais. Devo registrar ainda a boa convivência, ainda que por curto período, com Daniel Bucar, Fernanda Paes Leme, Luiz Eduardo, Marcelo Dickstein, Miguel Labouriau, Octávio Barros e Roberto Rodrigues.

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, instituição que acreditou em mim e me acolheu, agradeço imensamente pela excelência no ensino e na pesquisa e por ter me dado a oportunidade de ser aluno de professores de altíssimo quilate, representados aqui nas pessoas de Anderson Schreiber, orientador com quem muito aprendi e que me deu todas as oportunidades que poderia dar (as quais espero ter aproveitado ao máximo), Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Carlos Nelson Konder, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes.

Durante a jornada do mestrado tive, também, o apoio financeiro do Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior (Capes), e o acesso à biblioteca e às salas de estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Foi-me oportunizado, ainda, o acesso às bibliotecas da Universidade de Coimbra, a quem agradeço na pessoa do professor António Pinto Monteiro, e do Instituto Max Planck de Direito Internacional Privado e Comparado de Hamburgo, a quem agradeço na pessoa do pesquisador Tilman Quarch.

Jamais, contudo, esquecerei das minhas raízes. Por isso, cabe agradecer ainda por minha formação jurídica de base feita integralmente na Universidade Federal do Piauí (UFPI), para quem fica minha gratidão em nome dos professores Carlos Augusto Pires Brandão, Charles Carvalho Camillo da Silveira, Edilsom Pereira de Farias, Éfren Paulo Porfírio de Sá

Lima, Francisco Antônio Paes Landim Filho, Marcelino Leal Barroso de Carvalho, Nelson Juliano Cardoso Matos e Roberto Gonçalves de Freitas Filho.

Para minha formação foi essencial, outrossim, a experiência profissional que tive como estagiário, em um primeiro momento, e advogado, em um segundo, no escritório Almeida e Costa Advogados Associados, onde trabalhei envolto a um ótimo ambiente durante cinco anos e onde fiz amigos, aos quais todos agradeço em nome dos sócios Joaquim Barbosa de Almeida Neto, que me ensinou tudo o que sei na advocacia e me esticou a mão quando a vida me tirou meu pai, e Nelson Nery Costa.

Registro, ainda, o meu agradecimento ao Instituto Camillo Filho na pessoa da professora Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati, por ter consolidado o meu amor à sala de aula, e à Faculdade Piauiense na pessoa do professor Marcelo Leandro Pereira Lopes, que primeiramente me contratou como professor de direito. Devo ainda aos Irmãos da Fraternidade, que mostraram durante o período do meu afastamento de pouco mais de dois anos que a corrente nunca foi interrompida e que permanecemos todos juntos em cadeia de união.

Aos meus amigos de toda hora e de toda uma vida – Acélio Jr., Danilo Vaz, Delano Vaz, Geraldo Borges, Lucas Villa, Luciano Reis, Marcius Vinícius e Mateus Brasileiro –, que mesmo diante do distanciamento físico geograficamente imposto nunca deixaram de estar presentes no meu cotidiano, agradeço pelas palavras de apoio e encorajamento valentemente ditas quando a saudade entrou em cena e ameaçou desafinar o coro dos contentes.

À minha família, com especial registro à minha mãe, aos meus irmãos e às minhas avós, e que de tão grande e unida não cabe ser inteiramente enumerada – o que jamais me cobraria –, agradeço por nada menos do que absolutamente tudo.

Finalmente, devo toda a gratidão deste mundo a Andréa Brandão, com quem me vi noivo no curso do mestrado e que me ensinou o mais puro e espiritual sentido do amor – inabalável diante das vicissitudes que a experiência do viver nos impõe –, por todo o afeto, carinho, respeito, paixão e paciência demonstrada durante todo o período da minha estadia no Rio – especialmente pelos dias em que, demasiadamente concentrado nos estudos e pesquisas, não pude dar toda a atenção merecida. Muito, muito obrigado, meu amor.

A gratidão, certamente, foi a virtude que a vida mais teve preocupação em me ensinar. A todos vocês, o meu mais sincero e profundo *muito obrigado!*

Sei eu o que é útil ou inútil?

Fernando Pessoa

RESUMO

FURTADO, Gabriel Rocha. *No limiar da mora: por uma aferição objetiva da utilidade da prestação*. 2013. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

O adimplemento contratual é o caminho ideal para a extinção das obrigações. O ordenamento, assim, volta-se a privilegiá-lo, constituindo o direito do credor à resolução contratual uma saída excepcional, apenas admissível quando perdido, no caso concreto, seu interesse no cumprimento da prestação. O exercício da resolução deve submeter-se a um controle de merecimento de tutela, a partir dos parâmetros que o próprio Código Civil elegeu para a verificação do inadimplemento absoluto: tempo, lugar e forma da prestação. Esse controle, porém, não deve privilegiar qualquer desses critérios sobre os demais (afigurando-se, assim, o lugar e a forma parâmetros plenamente independentes do aspecto temporal), nem deve, por outro lado, limitar-se à previsão legislativa. Importará para a aferição do interesse do credor na prestação todo o histórico da relação contratual e da atividade negocial entre as partes, as legítimas expectativas geradas no curso dessa interação e os demais fatores que influenciem no equilíbrio do regulamento contratual, consubstanciado no sinalagma funcional. De posse de tais elementos, deve o julgador exercer um adequado juízo de merecimento de tutela sobre a pretensão resolutória, averiguando se não constitui exercício abusivo (contrário à função negocial) e se corresponde a um interesse merecedor de tutela.

Palavras-chave: Contratos. Adimplemento e Inadimplemento. Inadimplemento contratual. Interesse. Resolução contratual. Abusividade. Boa-fé objetiva.

RÉSUMÉ

FURTADO, Gabriel Rocha. *Au seuil de la non- exécution contractuelle*: pour une évaluation objectif de l' utilité de la prestation. 2013. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

L'exécution contractuelle est le moyen idéal vers l'extinction des obligations. L'ordre juridique cherche alors de la favoriser, de façon que le droit du créancier à la résolution contractuelle constitue une solution exceptionnelle, admise seulement quand son intérêt dans l'exécution de la prestation, dans le cas concret, a été perdu. Il faut que l'on contrôle si l'exercice de la résolution est méritoire de protection, à partir des paramètres que le Code Civil a choisis pour la vérification de l'inexécution absolue: temps, lieu et forme de la prestation. Ce contrôle, néanmoins, ne doit pas privilégier aucun de ces paramètres par rapport aux autres (le lieu et la forme, alors, deviennent des paramètres tout-à-fait indépendants de l'aspect temporel), ni doit-il, d'un autre côté, être limité à la prévision législative. Il importera pour la vérification de l'intérêt du créancier dans la prestation tout l'historique du rapport contractuel et de l'activité entre les parties, les attentes légitimes formées au cours de cette interaction et les autres facteurs qui peuvent influencer l'équilibre du règlement contractuel, incarnée sur le synallagme fonctionnel. Avec tels éléments, le juge doit évaluer adéquatement l'action résolutoire, en recherchant si elle ne constitue pas un exercice abusif (contraire à la fonction contractuelle) et si elle correspond à un intérêt méritoire de protection.

Mots-clés: Contrats. Inexécution contractuelle. Intérêt. Résolution contractuelle. Exercice abusif. Bonne-foi objective.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
ApCiv	Apelação Cível
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
CC	Código Civil de 2002
CISG	Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República de 1988
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJ-SC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UNIDROIT	Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. INADIMPLENTO CONTRATUAL EM UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL	17
1.1. Mora e inadimplemento absoluto no direito civil brasileiro	18
1.2. Resolução contratual por inadimplemento	27
1.3. O problema da ausência de interesse do credor como pressuposto para a resolução contratual	33
2. RESOLUÇÃO DO CONTRATO EM UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL: POR UMA RELEITURA OBJETIVA DO INTERESSE DO CREDOR	40
2.1. Direitos potestativos em uma perspectiva funcional: entre liberdade e solidariedade	41
2.2. O necessário limite valorativo ao exercício das posições contratuais: abuso do direito e função negocial	51
2.3. Boa-fé objetiva e dever de cooperação no exercício do direito de resolução	57
2.4. Pressupostos para a resolução contratual	64
3. PARÂMETROS VALORATIVOS PARA UMA AFERIÇÃO OBJETIVA DA UTILIDADE DA PRESTAÇÃO	70
3.1. Critérios legais para a configuração da mora e suas independências	71
3.2. Alguns parâmetros para a identificação do interesse do credor à luz da função negocial concreta	77
3.2.1. <u>Adequação temporal da prestação</u>	83
3.2.2. <u>Adequação espacial da prestação</u>	87
3.2.3. <u>Importância do inadimplemento</u>	90

3.2.4. <u>Comportamento dos contratantes</u>	94
3.2.5. <u>Manutenção do sinalagma funcional</u>	98
3.3. A satisfação do interesse do credor entre a execução específica e a resolução do contrato	103
4. CONCLUSÕES	107
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Tudo o que existe é de uma grande exatidão. Pena é que a maior parte do que existe com essa exatidão nos é tecnicamente invisível.

Clarice Lispector

Setor dos mais tradicionais no direito civil, tendo suas raízes fincadas nas fontes do direito romano (de onde herdou, praticamente intactos, seus principais institutos), o direito das obrigações poderia sugerir, à primeira vista, um verdadeiro âmbito de estagnação doutrinária, não oferecendo novos problemas ao intérprete contemporâneo.¹ Apenas à primeira vista, porém. De fato, conforme a constitucionalização do direito privado firmou-se como orientação indispensável à interpretação e aplicação do direito brasileiro – exigindo a releitura, em chave funcional, de todos os institutos e sua conseqüente funcionalização aos valores do ordenamento –, nenhuma figura civilística pôde manter-se alheia à incidência da axiologia constitucional – nem mesmo os milenares conceitos do direito obrigacional.²

Tal processo ocasionou, ao menos, duas ordens de conseqüências. De um lado, a obrigação deixou de ser vista de modo atomizado, a partir da perspectiva de duas partes contrapostas e com papéis antagônicos (um credor e um devedor), e passou a ser compreendida como um processo, que faz agregar ao regulamento negocial um novo conteúdo, com base legal e decorrente diretamente do princípio da solidariedade, como os

¹ Esse estado não foi substancialmente alterado com as revoluções liberais, pois “na medida em que a sociedade moderna se cristalizava em suas estruturas jurídico-políticas, essa ordem-objeto, pela sua força autolegitimadora, catalisava o labor teórico da ciência e da filosofia do direito como fim em si, além e acima da ordem social concreta, cumprindo um papel ideológico de preservação e reprodução dessa mesma ordem” (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1).

² Em lição perplexamente ainda atual, afirmou Orlando GOMES: “A revolução na cultura jurídica não atinge apenas os pressupostos culturais do Direito Privado. Implica, também, sua renovação em vista da necessidade de enfocar as relações sociais desde outro ângulo, tão certo é, como atesta a experiência jurídica dos tempos presentes, que alguns princípios, construções e conceitos formulados, com rigor lógico, pela ciência pandectista, como suma expressão do positivismo científico, carecem de revisão ante a impossibilidade de se lhes ajustar novas formas de comportamento. É evidente que passando o modo de agir na sociedade a se condicionar a interesses coletivos, vigilantemente defendidos pelo Estado e por grupos de potencialidade social desenganaada, a quantidade das ações orientadas nesse sentido converte-se necessariamente em qualidade, isto é, determina novo tratamento, a que se tornaram imprestáveis princípios, construções e conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta” (*Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, pp. 5-6).

deveres de cooperação derivados da boa-fé objetiva. De outro, abandonou-se a preocupação eminentemente estrutural em torno da obrigação para se privilegiar seu aspecto funcional, aglutinador dos interesses envolvidos no contrato e necessariamente sujeito a um permanente juízo de merecimento de tutela.

A disciplina jurídica do inadimplemento contratual constitui um dos melhores exemplos dessas duas ordens de consequências, pois, com a inclusão da solidariedade social no conteúdo negocial, adimplir o contrato passou a significar muito mais do que simplesmente desempenhar as prestações voluntariamente acordadas. O privilégio conferido pela análise funcional ao perfil do interesse proporcionou uma nova forma de tutela da relação, que passa a se preocupar muito mais com a inteira satisfação dos interesses juridicamente relevantes das partes – aspecto em que o direito das obrigações se mostrou pioneiro, quando, já na vigência do Código Civil de 1916, admitia-se o interesse do credor como critério distintivo entre a mora e o inadimplemento absoluto.³

Semelhante orientação seguiu o Código Civil de 2002, ao dispor no parágrafo único do art. 395 que “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Nesse particular, o ponto onde reside a maior dificuldade está na determinação das fronteiras entre a prestação ainda útil e a inútil – esta última idônea para legitimar o credor a encampar o contrato. Vez que a lei brasileira não delimitou com precisão tais limites, é papel da doutrina enfrentar o desafio.⁴ Para tanto, faz-se necessária uma releitura dessa linha divisória.

Desse modo, busca-se sistematizar e examinar critérios para um juízo valorativo do exercício do direito de resolução contratual pelo credor. Mais especificamente, busca-se perscrutar os alicerces de sustentação da extinção do contrato por perda de utilidade da prestação decorrente da mora do devedor, por meio da enumeração e do estudo de alguns de seus principais indicadores. Espera-se, assim, contribuir para a construção de instrumentos mais seguros e eficazes de valoração da resolução da relação contratual com base no mencionado parágrafo único do art. 395 do Código Civil.

³ Código Civil de 1916, art. 956, parágrafo único: “Se a prestação, por causa da mora se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir, satisfação das perdas e danos”.

⁴ A pesquisa desenvolvida é abertamente inspirada em reflexões anteriormente feitas por Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991).

Para tais objetivos, nada mais adequado do que aplicar a metodologia civil-constitucional, que tem se dedicado, em mais de duas décadas de consolidação no Brasil, à reconstrução do direito privado e ao restabelecimento da unidade do ordenamento por meio da releitura dos institutos civis à luz da Constituição.⁵ No que tange ao problema em estudo, defende-se a exigibilidade de que o comportamento dos contratantes, durante todo o desenvolvimento da relação jurídica, incorpore e esteja inteiramente preenchido por valores centrais do ordenamento, como a solidariedade, a honestidade, a lealdade e a probidade. Não se olvida, contudo, que as relações estão cada vez mais complexas, tornando-se cada vez mais necessária a análise do caso concreto.

Ciente da relevância de tais objetivos, a presente investigação foi estruturada em torno de três eixos fundamentais, refletidos nos capítulos que se seguem. O primeiro tem por propósito apresentar o panorama conceitual da mora e do inadimplemento absoluto no direito brasileiro. Por força dos contornos peculiares da primeira, e do entendimento do adimplemento não só como o cumprimento dos deveres expressamente avençados, mas também os legalmente impostos pela boa-fé objetiva, não há aqui espaço para a aplicação da teoria da violação positiva do contrato. Além disso, discorre-se sobre a resolução contratual por inadimplemento, e do papel de gatilho, para essa forma extintiva, do desaparecimento de interesse para o credor diante da mora do devedor.

No segundo capítulo, é feita uma análise funcional dos direitos potestativos, como a resolução do contrato. Tem-se o desiderato de demonstrar que mesmo tais espécies, tidas como fortes o suficiente para relegar o sujeito ao qual exercidas a uma situação de sujeição, devem passar por um juízo valorativo que pode lhes negar tutela uma vez que tenham seus exercícios considerados abusivos. Na hipótese colocada no centro da discussão, a resolução da relação contratual terá sua abusividade demonstrada quando seu exercício não respeitar a função negocial concreta para a qual erigida o contrato.

Já no terceiro e último capítulo, busca-se sistematizar critérios para uma aferição objetiva da perda de utilidade da prestação como meio de controle o exercício resolutório pelo credor. Visto que cada vez mais se privilegia a execução específica e a manutenção dos

⁵ É esta a mensagem transmitida por Maria Celina Bodin de MORAES: “Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte, devem o juiz e o jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular ‘sensibilidade constitucional’, que, em última análise – e sempre – vivifiquem o teor e o espírito da Constituição” (A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 20).

negócios jurídicos, torna-se necessário construir instrumentos para balizar o exercício da resolução. Propõe-se que os critérios sejam objetivos para se desviar, assim, de caminhos sinuosos que levariam à perigosa subjetividade dos contratantes. A perspectiva revela-se das mais atuais, sendo cediço que existe na contemporaneidade “uma tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contratantes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual”.⁶

Ao final da exposição, seguem breves proposições conclusivas, com o intuito de sistematizar os resultados alcançados. Se possível fosse condensar em uma imagem todo o objetivo da investigação que se segue, esta certamente seria aquela transformada em poesia por Jorge Luis Borges:⁷

NOSTALGIA DEL PRESENTE

*En aquel preciso momento el hombre se dijo:
 Qué no daría yo por la dicha
 de estar a tu lado en Islandia
 bajo el gran día inmóvil
 y de compartir el hora
 como se comparte la música
 o el sabor de una fruta.
 En aquel preciso momento
 el hombre estaba junto a ella en Islandia.*

⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 297. Complementa o autor: “Esta tendência, que podemos definir como ‘objectivação do contrato’, leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, que em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação” (Ibidem).

⁷ *Obra poética*. Buenos Aires: Emecé, 2007, p. 562.

1. INADIMPLENTO CONTRATUAL EM UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL

Menosprezamos facilmente um objetivo que não conseguimos alcançar ou que alcançamos definitivamente.

Marcel Proust

O adimplemento é o meio extintivo ideal da relação contratual, por ser dentre todas as hipóteses extintivas a que mais inteiramente satisfaz os interesses do credor. Evidentemente, não é o único modo de extinção das obrigações; ao seu lado há outras hipóteses, satisfativas – como a dação em pagamento ou a transação – ou não satisfativas – como a impossibilidade superveniente da prestação ou a resilição. Dentre as hipóteses extintivas que não satisfazem o interesse específico do credor, uma é em especial o objeto de atenção deste estudo: a resolução do contrato.

Uma das mais frequentes hipóteses de cabimento dessa espécie de extinção contratual é a de inadimplemento absoluto em que pode se converter a mora do devedor como consequência da perda da utilidade de uma prestação ainda possível.⁸ Tal situação, embora prevista e resguardada em lei, não está imune a dúvidas e dificuldades – seja por idiossincrasias normativas, como o conceito de mora trazido pelo Código Civil, seja pela proposital abertura de certos termos aludidos pelo ordenamento jurídico brasileiro para cujo conteúdo ainda não foram construídos parâmetros seguros, como no caso da referida perda de utilidade da prestação.

⁸ Em que pese a diversidade do conceito legal de mora entre os direitos brasileiro e italiano, afirma Michele GIORGIANNI: “*Una situazione giuridica di ritardo nell’adempimento presuppone che la prestazione sia ancora possibile. Se la prestazione non è più possibile (cioè se la prestazione originariamente possibile è diventata successivamente impossibile), è evidente che non si ha una situazione di ritardo, poichè l’impossibilità della prestazione esclude definitivamente che quest’ultima venga successivamente adempiuta*” (*L’inadempimento: corso di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 71). Em tradução livre: “Uma situação jurídica de atraso no adimplemento pressupõe que a prestação seja ainda possível. Se a prestação não é mais possível (isto é, se a prestação originalmente possível posteriormente se tornou impossível), é evidente que não há uma situação de atraso, vez que a impossibilidade da prestação exclui definitivamente que esta última venha a ser posteriormente adimplida”.

No panorama geral da investigação que ora se inicia cumpre de antemão analisar alguns conceitos prévios ligados ao exercício da resolução contratual, que constituem pressupostos para o presente estudo. Importa, preliminarmente, buscar o delineamento conceitual da mora e do inadimplemento absoluto no direito civil brasileiro, fundamental para a compreensão da existência de uma zona de amortecimento entre a simples mora, plenamente passível de purgação, e o inadimplemento absoluto a partir dela gerado por perda da utilidade da prestação devida. Daí se falar *no limiar da mora*.

1.1. Mora e inadimplemento absoluto no direito civil brasileiro

A relação jurídica nascida de um contrato tem um propósito e, assim, tende sempre a um fim.⁹ Transcendendo à especificação em concreto do objeto de uma determinada obrigação, pode-se afirmar com segurança que ela tem uma finalidade e visa a realizar interesses desejados e previamente estipulados pelas partes contratantes – bem como, vale frisar, promover outros valores e interesses socialmente relevantes e tutelados pelo ordenamento.

Não se deve, por isso mesmo, encarar a relação contratual como a estéril junção de dois momentos estáticos – o nascimento e o adimplemento da obrigação¹⁰ –, senão como um contínuo, dinâmico e fluido, em que ao lado dos deveres principais e secundários de prestação atuam outros elementos, como os deveres laterais.¹¹

⁹ “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17). Também nesse sentido, SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, pp. 70-75.

¹⁰ “Constituindo o adimplemento a finalidade da relação obrigacional, fácil é constatar que comumente ocorre o pagamento, a *solutio*, satisfazendo o devedor a pretensão do credor de forma *voluntária* ou ‘espontânea’, como diz o art. 580, parágrafo único do CPC, e *exata*, isto é, no tempo, lugar e forma estatuídos em lei ou no contrato (CC, art. 394), em acordo à finalidade econômico-social, à boa-fé e aos bons costumes (CC, art. 187)” (MARTINS-COSTA, Judith. TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Volume V, tomo I: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações, p. 117. Grifos no original).

¹¹ “[...] numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* (‘Nebenpflichten’), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9ª ed. revista e aumentada. Coimbra: Almedina, 2001, p. 63. Grifos no original).

Diante de sua complexidade, percebe-se que o contrato é um processo encadeado e direcionado à satisfação dos interesses que levaram à sua criação.¹² Não basta às partes, deste modo, que cumpram com suas prestações no tempo, no lugar e na forma devidos. Mais que isso, é necessário que se comportem durante todo o *iter* relacional de modo leal, cooperativo e honesto, a fim de que o resultado útil inicialmente almejado seja alcançado em toda a sua plenitude e com o máximo de proveito possível aos contratantes.¹³ Numa sentença, especialmente difundida na teoria contratual contemporânea: é preciso que os contratantes ajam conforme a boa-fé objetiva.¹⁴

Esse novo princípio se estabeleceu definitivamente como um dos mecanismos de equilíbrio e justiça no direito contratual contemporâneo, ao atuar como ferramenta de refreamento à indiscriminada autonomia privada dos contratantes.¹⁵ No direito brasileiro, cumpre ao menos três funções, legalmente bem delineadas: (i) critério de interpretação dos negócios jurídicos (CC, art. 113); (ii) controle do exercício de situações jurídicas (CC, art. 187); e (iii) integração do programa contratual com deveres laterais (CC, art. 422).¹⁶

Em matéria contratual, é como norma comportamental a balizar a atuação dos contratantes que a boa-fé objetiva revela o seu mais intenso brilho. Tem por um de seus mais altos escopos o de demarcar limites ao âmbito de atuação das partes, a fim de que todos os envolvidos caminhem de maneira assertiva para convergir a um mesmo objetivo final. Estipula, portanto, o espaço legítimo de exercício de direitos e dá o torque direcional,

¹² “A relação obrigacional nasce e desenvolve-se com vista ao objetivo que lhe dá vida e confere razão de ser: o cumprimento” (Ibidem, p. 95).

¹³ “*El contrato fue concebido con un comienzo a través del consentimiento y un fin, por efecto de alguna causa de extinción; su estudio se pareció entonces a una fotografía estática. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo. La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume I, p. 494).

¹⁴ Vide item 2.3, *infra*.

¹⁵ A respeito dos chamados novos princípios contratuais e sua relação com a autonomia privada, leciona Gustavo TEPEDINO: “Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos. A boa-fé objetiva atua preponderantemente sobre a autonomia privada” (Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II, p. 250).

¹⁶ A respeito da triplíce função da boa-fé objetiva, cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 82-91.

apontando o sentido para onde devem ir os contratantes, de modo cooperativo, honesto e leal.¹⁷

Esse atuar multilateral¹⁸ dos contratantes, amalgamado pelo vínculo obrigacional, abriga mais do que simples deveres de prestar correspectivos; abriga, de forma mais ampla, “vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”.¹⁹ Há, assim, uma complexidade intraobrigacional.²⁰

Na precisa lição de Pietro Perlingieri:

As situações subjetivas não se podem distinguir – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que as chamadas situações ativas compreendem também deveres gerais e específicos (*obblighi*) e as chamadas situações passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação jurídica não está na ligação entre direito subjetivo de um lado e dever, ou dever específico (*obbligò*), do outro. É

¹⁷ “[...] como norma comportamental, a boa fé posiciona-se basicamente como um padrão de actuação correcta, honesta, e leal na formação e no desenrolar de uma dada relação. Constitui, pois, um factor de determinação, em concreto, dos efeitos de um vínculo obrigacional. Nesse sentido, desempenha funções normativas de concretização reguladora, de integração e também de delimitação. Pelos critérios da boa fé alcançamos a indicação dos modos correctos de efectuar a prestação e de exigir o seu cumprimento; por eles preenchemos integrativamente o conteúdo vinculativo da relação; por eles, ainda, demarcamos certos limites do exercício legítimo de um poder formalmente reconhecido pela ordem jurídica, no quadro da cláusula geral do abuso do direito” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos*: estudos. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 208).

¹⁸ O termo “multilateral”, como empregado, não faz referência ao número de centros de interesse na relação contratual, mas simplesmente ao modo como as partes devem se relacionar. Conforme esclarece Caio Mário da Silva PEREIRA: “Considerado sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, já que a sua constituição requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam de uma e de outra parte. [...] Cabe indicar, ainda a figura dos contratos plurilaterais, que são aqueles em que entram mais de duas partes, resultando todas obrigadas. Não se confundem com aqueles em que há simplesmente pluralidade de pessoas, já que, para nós, parte do negócio jurídico tem sentido direcional. A pluralidade de partes, como centros autónomos, ocorre nos casos (como na constituição de uma sociedade) em que vários contratantes emitem suas vontades, cada uma representando seus próprios interesses” (*Instituições de direito civil*. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Volume III, pp. 56-58).

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 586. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA: “Quer-se com isto afirmar que pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título” (*A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 393-394).

²⁰ Na lição de António Menezes CORDEIRO: “A complexidade intraobrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta” (*Da boa fé no direito civil*, cit., p. 586). Em visão complementar, afirma Mário Júlio de Almeida COSTA: “Parece seguro que a óptica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um *sistema*, *organismo* ou *processo*, encadeado e desdobrado em direcção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica” (*Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001, p. 64).

difícil imaginar direitos subjetivos que não encontrem justificativa em situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, deveres específicos (*obblighi*), isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas. A relação jurídica sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples coligação (como entre poder jurídico e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (como nas obrigações onde a situação de débito se contrapõe àquela de crédito).²¹

Logo, mesmo o credor tem deveres específicos em relação ao devedor, sendo de se criticar, por isso mesmo, uma caracterização dos centros de interesse interconectados na relação obrigacional que aluda necessariamente a uma posição ativa e outra passiva – noções que se aplicam, quando muito, em relação apenas à obrigação principal.²²

Por exemplo, o credor deve evitar a prática de quaisquer atos que representem alguma obstrução ou impedimento ao adimplemento da obrigação do devedor. Mais que isso: deve agir de modo a torná-lo quão menos oneroso possível.²³ Se de um lado o credor tem completo interesse em ver seu crédito adimplido, não se pode negar que o devedor também tem interesse em cumprir sua obrigação.²⁴ O alcance e a realização do resultado útil programado e esperado pelas partes é a mola propulsora que impele ambos os contratantes.²⁵

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. CICCO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735.

²² “A relação obrigacional visualizada dessa maneira não concretiza, tão-somente, o ‘direito a pretender uma prestação’, mas engloba, finalisticamente coligados, também deveres colaterais, deveres instrumentais, poderes formativos (ou ‘direitos potestativos’), ônus, expectativas legítimas que não se confundem com direitos adquiridos e meras legitimações a receber atos jurídicos de uma certa relevância. Assim se põe em relevo a ideia da relação obrigacional como um ‘conjunto’ composto por uma multiplicidade de pretensões, obrigações e interesses que se articulam dinamicamente (daí a ideia de ‘processo’ ou ‘organismo’) pois constitui sua peculiaridade [...] o fato de não persistir continuamente estática, mas o de se abrir à possibilidade de mudanças variadas no curso do tempo” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Volume V, tomo I, cit., pp. 28-29). Cf. também TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 96.

²³ É essa a teleologia incrustada no art. 620 do Código de Processo Civil: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

²⁴ “Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 19). À luz da boa-fé objetiva, o interesse do devedor em cumprir a obrigação passa a receber maior atenção, por exemplo, no instituto da remissão de dívidas, como registra Caio Mário da Silva PEREIRA (*Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Volume II, p. 266).

²⁵ “A perspectiva relacional diz respeito à própria concepção do direito moderno, chamado a romper esquemas e conceitos individualistas para centrar a atenção sobre aqueles mais idôneos para exprimir exigências de sociabilidade e de solidariedade” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 905).

Na condensada e precisa oração de Pontes de Miranda, “o devedor não só está obrigado a prestar, mas sim a prestar de tal maneira que satisfaça”.²⁶ Questão importante, pois, passa a ser definir os contornos gerais do interesse em uma relação contratual. De fato, o interesse do credor constitui aspecto fundamental para a estudo do (in)adimplemento contratual; sua melhor compreensão perpassa uma primeira observação acerca da independência entre o conteúdo da obrigação nascida da relação contratual e o interesse sobre ela nutrido pelos contratantes.²⁷

Embora exista alguma divergência pontual na doutrina, considerável parcela dos autores afirma que a obrigação tem conteúdo essencialmente patrimonial.²⁸ Aduz-se que não obstante deveres jurídicos em geral possam ter conteúdo não patrimonial, nesses casos não seriam enquadrados no estrito conceito de obrigação.²⁹ Nesse sentido, as obrigações, espécies que são dos deveres jurídicos,³⁰ teriam conteúdo exclusivamente patrimonial – o que não afasta, por certo, que delas surjam interesses não patrimoniais.

²⁶ *Tratado de direito privado*: parte especial; direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo XXIII, p. 246.

²⁷ “O direito das obrigações é o direito da dinâmica patrimonial na medida em que disciplina o tráfico econômico, a circulação dos bens entre as pessoas e a sua colaboração ou cooperação mediante comportamentos” (SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 22-23).

²⁸ “Afigura-se intuitivo que o direito obrigacional não serve a tutelar exclusivamente interesses econômicos. Ao contrário. O ordenamento jurídico que atribui à dignidade da pessoa humana inquestionável superioridade hierárquica confere aos interesses extrapatrimoniais tutela privilegiada. Daí a importância de se distinguir o interesse na prestação, que pode ser patrimonial e/ou não patrimonial, da prestação em si considerada, necessariamente patrimonial. Significa, em última análise, que a prestação patrimonial pode produzir efeitos não patrimoniais” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 55-56). Cf. também KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Volume II. Em sentido contrário, Pontes de MIRANDA: “[...] o objeto da prestação pode ser patrimonial, ou não. Qualquer interesse pode ser protegido, desde que lícito, e todo interesse protegível pode ser objeto de prestação” (*Tratado de direito privado*: parte especial; direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Tomo XXII, p. 103).

²⁹ Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., Volume II, pp. 18-24. Em sentido distinto, José Roberto de Castro NEVES: “Na verdade, o objeto da obrigação não precisa, desde o seu nascimento, apresentar um valor econômico. Faz-se, contudo, necessário a aferição de um valor econômico se ocorrer o inadimplemento. Isso porque se deverá apontar o valor do dano, ainda que moral, decorrente de descumprimento do dever obrigacional para que se dê a reparação. [...] A necessidade desse atributo de patrimonialidade é, pois, altamente questionável. Mormente hoje, momento no qual o Direito Civil ganha uma feição menos jungida à mera proteção do patrimônio, para amparar valores mais elevados e, por isso mesmo, de impossível aferição econômica” (*Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 51).

³⁰ Conforme sintetiza Pietro PERLINGIERI: “*Le situazioni soggettive passive correlate al diritto soggettivo sono l’obbligazione e l’obbligo. L’obbligazione è la situazione correlata al diritto di credito: è caratterizzata dal dovere di eseguire una determinata prestazione patrimoniale per la soddisfazione di un interesse anche non patrimoniale del creditore. L’obbligo è la situazione correlata caratterizzata dalla non patrimonialità della prestazione: in tale ipotesi anche il diritto soggettivo è non patrimoniale (ad es. l’obbligo di fedeltà coniugale). È detta obbligo anche la situazione correlata ai diritti reali: tutti sono obbligati a non interferire con il godimento del proprietario. Per tale categoria taluni preferiscono discorrere (anziché di obbligo) di dovere (generico)*” (*Manuale di diritto civile*. 6. ed. ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche

Uma vez que as relações obrigacionais se prestam a atingir um determinado fim previsto e pactuado pelos contratantes, é perfeitamente possível que de seu conteúdo patrimonial extraiam-se interesses não patrimoniais. Admite-se, com efeito, que o credor tenha interesses extrapatrimoniais a serem alcançados por meio da prestação do devedor em cumprimento a uma obrigação cujo objeto é econômico. É exatamente o interesse finalístico do credor – que, repita-se, pode ser patrimonial ou extrapatrimonial – a pedra de toque de avaliação do (in)adimplemento de determinada obrigação.

Nesse sentido, preceitua o Código Civil, no parágrafo único do art. 395, que “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Percebe-se, pois, que está a determinar que sempre que a prestação devida não puder mais alcançar o interesse que fundamenta sua avença, ter-se-á por inadimplida a obrigação. *Contrario sensu*, sempre que a prestação ainda for útil ao credor, não há de se reconhecer o seu inadimplemento absoluto.

Neste ponto, vale observar que a terminologia empregada em matéria de descumprimento contratual é bastante diversificada, variando ao grado de cada autor. Em busca de uma maior clareza por uniformização conceitual, utiliza-se aqui a expressão *inadimplemento absoluto* como o oposto de *adimplemento*. Se no último há o inteiro e correto cumprimento, no primeiro há o definitivo incumprimento, seja por ter se tornado impossível a prestação, seja por ter se tornado inteiramente inútil ao credor.³¹ Em posição intermediária entre o *inadimplemento absoluto* e o *adimplemento* está o *inadimplemento relativo*. Neste, embora a prestação não tenha sido executada pelo devedor no tempo, lugar ou forma devida pelo devedor, ela ainda é possível e útil ao credor; identifica-se, assim, com a *mora*.³²

Nos termos do art. 394 do Código Civil, e concentrando-se no que é mais pertinente ao objeto deste estudo, a mora do devedor estará configurada sempre que não executar sua

Italiane, 2007, p. 68). Em tradução livre: “As situações subjetivas passivas correlatas ao direito subjetivo são a obrigação e o dever jurídico. A obrigação é a situação correlata ao direito de crédito: é caracterizada pelo dever de executar uma determinada prestação patrimonial para a satisfação de um interesse até mesmo não patrimonial do credor. O dever jurídico é a situação correlata caracterizada pela não patrimonialidade da prestação: em tais hipóteses até mesmo o direito subjetivo é não patrimonial (p. ex. o dever de fidelidade conjugal). É dita dever jurídico também a situação correlata aos direitos reais: todos são obrigados a não interferirem com a fruição do proprietário. Para tais categorias alguns preferem discorrer (em vez de dever jurídico) sobre dever (genérico)”.

³¹ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Volume V, tomo I, cit., nota 7.

³² No sentido neste estudo assumido, execução/inexecução de uma obrigação se refere ao comportamento do obrigado, enquanto adimplemento/inadimplemento (ou cumprimento/incumprimento) se refere ao resultado jurídico-material do comportamento do obrigado. Assim, exemplificando, a inexecução de uma obrigação pelo devedor pode gerar o seu inadimplemento absoluto ou relativo – ao passo que sua execução gerará sempre o seu adimplemento.

prestação no tempo, lugar ou forma que a lei ou a convenção estabelecer. Trata-se de uma conceituação legal de mora do devedor mais ampla do que aquela feita no direito estrangeiro, que em geral restringe o conceito ao não adimplemento no tempo devido.³³ O Código Civil português, por exemplo, define no seu art. 804º. que “o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido”.

O alargamento da mora pela lei brasileira, para além do fator temporal, é objeto de crítica por parte da doutrina que entende estar aquela, a rigor, vinculada estritamente à ideia de tempo.³⁴ Nada obstante, e ainda que se reconheça o valor da crítica, há de se trabalhar com o direito posto – que determina que o devedor incorrerá em mora sempre que não cumprir com sua prestação no tempo, no lugar ou na forma devidos.

Esse conceito de mora, tal como adotado pelo direito brasileiro, demanda soluções distintas daquelas encontradas em ordenamentos estrangeiros. Por exemplo, é exatamente pelo fato de a mora no direito brasileiro englobar os fatores espacial e modal, afastando-se da definição mais enxuta feita alhures que a restringe ao fator temporal, que a teoria da violação positiva do contrato, engendrada no direito alemão, tem pouca adequação e precisão no ordenamento jurídico nacional. Isso porque, diferentemente da brasileira, a lei germânica – para a qual tal teoria foi formulada – à época nada dispunha sobre os casos em que o devedor violasse a obrigação através de uma atuação positiva, isto é, fazendo o que devia omitir ou efetuando a conduta devida, mas em termos imperfeitos.³⁵

³³ O Código Civil de 1916 conceituava a mora de modo semelhante ao de 2002: “Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados”.

³⁴ Por todos, Orlando GOMES: “Elemento objetivo da mora é o retardamento. Trata-se de conceito que se prende à ideia de tempo. Mora pressupõe crédito vencido, certo e judicialmente exigível. Entretanto, pretende-se que também ocorre quando o devedor não paga no lugar devido ou pela forma convencionada. Essa extensão conceitual foi acolhida na lei pátria. O legislador não merece aplauso pelo abandono do conceito tradicional. O próprio nome atesta que se refere a retardamento. Mora é demora, atraso, impontualidade, violação do dever de cumprir a obrigação no tempo devido. Pelas infrações relativas ao lugar e a forma do pagamento também responde o devedor, mas, tecnicamente, não configuram mora. Deve-se reservar o vocábulo para designar unicamente o atraso, contrário ao direito na efetivação do pagamento” (*Obrigações*, cit., p. 168).

³⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 595. É essa a inteira passagem: “Como tantas teses importantes, ela [a violação positiva do contrato] é de enunciado simples: o BGB regula, no §280, a obrigação do devedor de indemnizar o credor cuja prestação impossibilite e o §286, a de indemnizar o credor pelos danos advenientes de mora sua. O que é dizer: o devedor responde pela não realização da prestação. Em compensação, o BGB nada manda quanto aos casos, na prática numerosos, em que o devedor viole a adstrição através duma actuação positiva, isto é, fazendo o que devia omitir ou efectuando a conduta devida, mas em termos imperfeitos: esqueceu as violações positivas do contrato”. A reforma do BGB, em 2002, contornou a lacuna, ainda que não expressamente, criando hipóteses de perdas e danos (§ 280 I) e de resolução do contrato (§ 324) no caso de cumprimento defeituoso. Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies*

Ora, o art. 394 do Código Civil já anuncia a consequência jurídica para o devedor no caso de cumprimento imperfeito de sua prestação: incorrerá em mora frente ao credor. Em outras palavras, a lei brasileira dá, de pronto, a solução jurídica defendida por Hermann Staub, mentor da teoria alemã e que propunha às ditas violações positivas do contrato a aplicação analógica do regime da mora estipulado no BGB.³⁶

Por outro lado, os autores que sustentam a aplicabilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro buscam fundamentá-la a partir de hipóteses que, em tese, não estariam abarcadas pelo conceito estrito de mora.³⁷ Alegam, por exemplo: (i) que a mora dependeria sempre do atraso para sua caracterização, de modo que a prestação no lugar ou forma incorretos mas que ainda permitisse a sua correção tempestiva – vale dizer, até a ocorrência do termo –, não constituiria mora, mas uma hipótese autônoma de inadimplemento;³⁸ e, também, (ii) que “a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”.³⁹

Tais argumentos, entretanto, não merecem prevalecer, uma vez (i) que o legislador em momento algum previu, ou insinuou, o aspecto temporal como requisito hierarquicamente superior em relação ao lugar e ao modo da prestação para a identificação da mora;⁴⁰ e (ii) que o art. 422 do Código Civil brasileiro impõe os já referidos deveres laterais advindos da boa-fé a todos os contratantes – imposição legal direta, independentemente da avença –, de modo que o descumprimento de um desses deveres ensejaria não uma anunciada violação positiva, mas propriamente a mora do devedor por inobservância da forma, nos termos do mencionado art. 394.

under the new german law of obligations. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002, pp. 21-22/37-39.

³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, loc. cit. Mesmo quem defende a aplicabilidade da teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro isso reconhece: “Não há, por assim dizer, efetiva lacuna conceitual no Código Civil, tal como Hermann Staub indicou existir na Alemanha” (STEINER, Renata Carlos. As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da ‘descoberta’ alemã do século XX. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, jul-set/2011. Volume 47, p. 263).

³⁷ “[...] as diferenças entre os ordenamentos brasileiro e alemão, faz com que o modelo conceitual da violação positiva do contrato não possa ser simplesmente traduzido literalmente para o Brasil” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 214-215).

³⁸ “Apesar dos termos da definição legal, a mora no direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao tempo da prestação. [...] As hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar o uno receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora” (Ibidem, pp. 145-146).

³⁹ Ibidem, p. 266.

⁴⁰ Vide item 3.1, *infra*.

Sendo assim, o devedor pode ser considerado em mora mesmo que, tendo efetuado sua prestação principal, não tenha adimplido a obrigação em todas as suas nuances, diante da complexidade intraobrigacional. Deste modo, a melhor doutrina parece ser aquela que conclui pela inutilidade da importação de um conceito como o da violação positiva do contrato, por representar – quando muito – pleonasma doutrinário.⁴¹

Retomando-se então o que se expunha, é de se concluir que, tendo-se em conta o disposto no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, há que se reconhecer a permanência do estado de mora enquanto a correta execução da prestação devida ainda tiver o potencial de atingir a utilidade e o proveito esperados pelo credor. Assim, não cabe resolver o contrato, por não estar, ao menos ainda, caracterizado o inadimplemento absoluto.

Se isso é verdade, o critério para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto não pode ser alterado pelo fato de o devedor já ter efetuado uma prestação antes do prazo. Poder-se-ia cogitar assim de uma verdadeira mora anterior ao termo, porque a prestação anterior ao vencimento – ao menos nos casos em que o prazo foi fixado em favor do devedor, que são a regra (CC, art. 133) – permite concluir que o devedor renunciou ao benefício do termo, não lhe cabendo mais invocá-lo para tentar descaracterizar a inadequação de sua prestação. Efetuada a prestação no lugar ou forma incorretos, não pode a previsão original de um prazo mais extenso fazer com que esse cumprimento defeituoso seja tratado como um nada jurídico, já que algum aspecto do conteúdo obrigacional já se encontra violado – muito embora ainda haja interesse no adequado adimplemento. Trata-se, pois, de mora.

Percebe-se assim que o fator temporal não é essencial ao ponto de, por si só, caracterizar a mora ou o inadimplemento absoluto do devedor. O critério central é, na verdade, o *interesse* do credor; em outras palavras, é a possibilidade do alcance proveitoso e útil do resultado prático inicialmente por ele almejado.⁴² Em conclusão, o que se está a buscar no presente estudo é a definição de parâmetros de aferição desse limiar existente entre a mora

⁴¹ “Vale dizer: revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob o seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento” (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2007. Volume 32, p. 17).

⁴² “Uma ou outra [mora], da parte do devedor ou do credor, importa em inexecução da obrigação. Uma vez traduz a impossibilidade ou inutilidade da prestação, quando esta somente é útil e proveitosa em dado momento. Nesse caso, os escritores, numa pacificidade exemplar, arguem não se tratar mais de mora, senão de verdadeiro inadimplemento total da obrigação, e como tal comportar idêntico tratamento” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit. Volume II, p. 291).

e o inadimplemento absoluto do devedor, cujo elemento de equilíbrio e de trespasse é o interesse nutrido pelo credor.⁴³

Apenas se desarmado o ponto de equilíbrio pela superveniente intangibilidade do resultado útil programado em decorrência da mora do devedor, o credor poderá enjeitar a prestação que lhe é devida e pleitear a resolução do contrato – se não preferir exigir o cumprimento da obrigação, e a indenização por perdas e danos. Assim, o inadimplemento do devedor, ao lado de outras hipóteses de cabimento dessa modalidade extintiva, enseja para o credor o exercício do direito formativo de resolução do contrato.⁴⁴

1.2. Resolução contratual por inadimplemento

Nas palavras de Pontes de Miranda, a resolução contratual é um *como se: como se* o contrato nunca tivesse existido. Isso porque tal espécie extintiva, ao desconstituir o vínculo que ligava os contratantes, age tendencialmente para que as partes retornem ao estado das coisas existente antes da conclusão do contrato. Daí se afirmar que a resolução do contrato faz com que se tenha “o negócio jurídico concluído como se concluído não tivesse sido”.⁴⁵

Apesar da aparente alusão a uma suposta “inexistência superveniente” do negócio jurídico, a resolução atinge, na verdade, a sua eficácia.⁴⁶ Não está, assim, ligada a qualquer

⁴³ “[...] talvez o mais apropriado fosse concluir que a funcionalização da relação obrigacional impõe o seu reconhecimento (da relação obrigacional) como mecanismo de satisfação do interesse das partes, embora o interesse do credor ainda assuma posição destacada. Nesse sentido, a concepção funcional da relação obrigacional amplia o espectro de interesses a serem satisfeitos com a concreta relação jurídica, de modo a abranger os interesses legítimos perseguidos por ambas as partes” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 23).

⁴⁴ “Caso a prestação tenha, em virtude da mora, se tornado inútil para o credor, a hipótese passará a ser de inadimplemento absoluto e não mais de simples mora. Nestes casos, abre-se uma alternativa para o credor que poderá ou aceitar a prestação acrescida da reparação dos prejuízos que a mora acarretou, ou, provando que a prestação se tornou inútil por causa da mora, rejeitá-la e reclamar perdas e danos” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Volume I, p. 718).

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXV, cit., p. 393. Em sentido semelhante, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “O exercício do direito formativo de resolução tem a função de extinguir a relação obrigacional e, com isso, liberar o credor da sua prestação. [...] Como a extinção atua para os dois lados, ela importa na liberação também do devedor. A extinção opera com retroatividade e normalmente traz consigo a necessidade de recomposição da situação assim como era antes, através da restituição e da reparação dos danos” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 47). Na mesma linha, ainda, TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 348.

⁴⁶ Faz-se referência à eficácia concebida como um dos planos de análise do negócio jurídico, conforme exposto por Antônio Junqueira de AZEVEDO: “O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o

defeito na validade do ato jurídico. Seu exercício não se vincula a uma prévia demonstração de quaisquer vícios do contrato – o que equivale a dizer que um contrato existente e válido pode se tornar supervenientemente ineficaz em decorrência do exercício do direito formativo de resolução por alguma das partes.⁴⁷

Desse modo, superveniente é a ineficácia do contrato como consequência de sua resolução, que nada afeta sua existência e validade como negócio jurídico. Se é certo que, exercida a faculdade resolutória, projeta-se o retorno ao estado das coisas existente antes da conclusão do contrato, igualmente certo é que este retorno não se dá ao largo ou em desconsideração ao programa contratual, mas sim por meio deste. Os defeitos que possibilitam a resolução do contrato estão ligados, então, às prestações devidas pelos contratantes; leva-se em conta, por exemplo, prestações já parcialmente cumpridas durante o caminho de retorno ao *status quo ante*.⁴⁸

Arrematando a distinção entre a extinção do contrato por defeitos originários em sua formação – operada, por exemplo, por meio da rescisão⁴⁹ – e por vicissitudes supervenientes ligadas às prestações devidas – como no caso da resolução de que ora se trata –, diz Pietro Perlingieri:

negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos” (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49).

⁴⁷ “[...] a ineficácia não é necessariamente consequência de um vício. O negócio pode ser perfeito e, não obstante, ineficaz. Em regra, o negócio válido é eficaz, e o negócio inválido é ineficaz. Nada, além disso, é possível afirmar” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Invalidez e ineficácia do negócio jurídico*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume II, p. 651). Em sentido complementar: “A resolução é forma de saída do mundo jurídico, que não pode conviver com a invalidade. É dizer: ou se invalida, ou se resolve; não se resolve o que é inválido” (STEINER, Renata Carlos. *Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Volume III, p. 713).

⁴⁸ “A resolução do contrato implica a supressão das prestações principais. Mantém-se, todavia, uma relação entre os contraentes, em parte decalcada do contrato existente. Ela é composta: - pelos deveres acessórios (de segurança, de lealdade e de informação) que ao caso caibam; - por um dever de indenizar que compense o credor fiel pelas vantagens que lhe atribuiria o pontual cumprimento do contrato e, ainda, que suprima todos os demais danos” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações: cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*. Coimbra: Almedina, 2010. Volume 2, Tomo 4, p. 139).

⁴⁹ “A rescisão admite que o negócio jurídico é, admite que ele *vale* e pode *ter efeitos*, mas abre-o todo, até ir ao suporte fático, como se buscasse, em operação cirúrgica, a causa do mal. É cirurgia jurídica. Corta, cinde, desfaz” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial; direito das obrigações*. Tomo XXV, cit., p. 394).

Risoluzione significa scioglimento. Sciogliere il contratto significa far venir meno il vincolo, gli effetti da esso prodotti. La risoluzione opera soltanto e direttamente sul rapporto contrattuale togliendo 'forza di legge' alle regole che hanno nel contratto la propria fonte. Mentre la disciplina dell'invalidità reagisce a difetti originari del contratto (che lo viciano fin dall'inizio) e opera eliminando radicalmente il titolo come se il contratto non fosse stato mai concluso [...] la risoluzione reagisce a difetti sopravvenuti che toccano (non l'atto ma) il rapporto contrattuale.⁵⁰

De todo modo, a resolução constitui medida extrema de extinção da relação contratual, colocando-se em direção antagônica ao fim inicialmente previsto e desejado pelas partes de que as obrigações contraídas fossem adimplidas e satisfeitos os respectivos credores.⁵¹ Daí se tratar de caminho excepcional no desenvolvimento da relação contratual, sendo admitida apenas nos casos previstos em lei e em que haja interesse legítimo e merecedor de tutela de quem a pleiteia.⁵²

Essa natureza excepcional, aliada à visão da obrigação como processo – no sentido de que toda a relação obrigacional tem uma dinamicidade assertiva que se desenvolve no sentido do adimplemento⁵³ – leva ao entendimento de que quaisquer turbações que possam desviar o curso da relação obrigacional para outro fim, que não o adimplemento, devem ser tomadas

⁵⁰ *Manuale di diritto civile*. 6ª edizione ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 481-482. Em tradução livre: “Resolução significa dissolução. Dissolver o contrato significa quebrar o vínculo, os efeitos por este produzidos. A resolução opera apenas e diretamente sobre a relação contratual subtraindo ‘força de lei’ às regras que têm no contrato a própria fonte. Enquanto a disciplina da invalidade reage aos defeitos originários do contrato (que o viciam desde o início) e opera eliminando radicalmente o título como se o contrato nunca tivesse sido concluído [...] a resolução reage a defeitos supervenientes que tocam (não o ato mas) a relação contratual”.

⁵¹ “O fim aqui referido é o efeito prático que o contrato proporcionará, são os efeitos que os efeitos do negócio jurídico gerarão” (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 169).

⁵² “A *resolução* é um remédio que também pode aproveitar à parte contratante defraudada na sua legítima expectativa pela falta de cumprimento da contraparte” (BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 701).

⁵³ “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. [...] Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., pp. 20-21). Em sentido semelhante, Judith MARTINS-COSTA: “Ora, como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser a mesma um vínculo dinâmico [...] que se movimenta processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 394).

com máximo cuidado. Isso ainda mesmo que embasadas no direito potestativo de uma das partes, como é a natureza do direito à resolução.⁵⁴

Noutras palavras: a extinção da relação obrigacional pela resolução do contrato não é o caminho desejado pelo direito das obrigações – ou, caso se queira, o seu curso natural – e, por isso, deve ser permitida apenas para os casos mais graves e incontornáveis. A pretensão de resolução contratual pelo credor deve passar por um cuidadoso processo de filtragem: muito embora a inexecução crie para a parte prejudicada o direito de resolução,⁵⁵ seu exercício há de passar por uma análise de merecimento de tutela.⁵⁶ De fato, é possível que o pleito de resolução eventualmente seja abusivo, e por essa razão indigno de proteção jurídica⁵⁷ – o que será abordado na sequência.⁵⁸

Esse processo de triagem e identificação dos casos nos quais é aceitável a extinção da relação contratual por meio da resolução passa pelo reconhecimento da incidência direta das normas constitucionais nas relações privadas e deve tributos à força jurígena do conceito de boa-fé objetiva. A incidência direta dos princípios constitucionais, informada pela boa-fé objetiva, configurou uma nova teoria contratual, ciosa do papel promocional do direito e da funcionalização dos institutos jurídicos em prol do alcance e concretização dos fundamentos e objetivos republicanos.⁵⁹

Essa nova teoria dos contratos tem como um de seus fundamentos a funcionalização do patrimônio, e da atividade econômica, aos valores fundamentais do ordenamento jurídico. Preocupa-se com os valores existenciais e com a difusão do senso de solidariedade em toda a

⁵⁴ Vide item 2.1, *infra*.

⁵⁵ “*Pertanto l'inadempimento di una parte di per sé non si pone come causa immediata e costante di risoluzione attribuendo, piuttosto, all'altra parte il diritto di risolvere il contratto*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 482). Em tradução livre: “Portanto, o inadimplemento de uma parte não se põe, de per si, como causa imediata e constante de resolução, atribuindo, em vez disso, à outra parte o direito de resolver o contrato”.

⁵⁶ “Não basta que o ato seja lícito, mas é necessário que ele, mesmo quando típico, seja merecedor de tutela naquele contexto particular (em consideração daqueles sujeitos, daquele momento, daquela cláusula acrescida, etc.)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 370).

⁵⁷ “[...] a complexidade intra-obrigacional não se queda pela posição do devedor. Ela atinge a do credor” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 593).

⁵⁸ Vide item 2.2, *infra*.

⁵⁹ “Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de *tutelar* (ou *garantir*). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de *promover*” (BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 13). Diz ainda o mesmo autor: “A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos” (Em direção a uma teoria funcionalista do direito. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 79).

sociedade, inclusive nas relações patrimoniais.⁶⁰ Em um direito civil constitucionalizado – como o brasileiro instituído após a CR/88 – não é mais admissível que credor e devedor digladiem-se; hão de cooperar mutuamente.⁶¹

Por outra via congruente, diz Judith Martins-Costa,

a concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na *boa-fé objetiva*.⁶²

A boa-fé objetiva, ao criar deveres laterais, integrando a complexidade intraobrigacional, atua como válvula de refreamento, infirmo o dogma da vontade e a completa liberdade negocial – dantes existentes – nas relações civis. Como já aludido, há determinados *standards* de conduta contratual, pela boa-fé objetiva impostos, que devem ser respeitados por todos com o escopo de que a finalidade do contrato seja correta e inteiramente alcançada.⁶³

⁶⁰ “O direito, nesse específico sentido, deve resistir, não arrefecendo em seu papel promocional e transformador, inscrito na Carta de 1988. Se fosse consentido enunciar um único princípio basilar, que possa servir de *leitmotiv* para os operadores do direito, poder-se-ia indicar a funcionalização da atividade econômica, regulada no art. 170 da CF, aos objetivos da República, situados em posto de destaque no texto maior, a permear todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional com intensa força normativa. Dentre tais objetivos norteadores, situa-se o da dignidade da pessoa humana e o da erradicação das diferenças sociais, culturais e regionais (art. 3º, III, da CF), enunciador de uma nova ordem sistematizante” (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. *Temas de direito civil*. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tomo I, pp. 130-131). Cf. também NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 47-103.

⁶¹ “A estrutura obrigacional complexa é exigida na nova feição constitucional que se quadrou no Direito Civil, mormente em razão da incidência do princípio da solidariedade nas relações negociais, o qual solicita uma rede protetora às partes” (NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 299).

⁶² *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 394. Grifo no original.

⁶³ Sobre o papel transformador da boa-fé objetiva da relação obrigacional, diz Carlos Nelson KONDER: “Todas estas transformações desembocam na funcionalização da relação obrigacional. A perspectiva funcional significa reconhecer que a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza: o adimplemento. Todos os direitos, subjetivos e potestativos, ônus e deveres, poderes e faculdades, toda a situação jurídica complexa têm existência temporária orientada a atingir um fim objetivamente considerado, que deve concretizar-se em um conjunto de interesses merecedor de tutela” (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012. Volume 50, p. 222).

Diante do princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, da Constituição da República, do preceituado pelo art. 422 do Código Civil, de que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, e tendo-se em conta os deveres laterais de lealdade e cooperação impostos pela boa-fé objetiva, não há de se aceitar pleito de resolução motivado – ilustrativamente – por mero capricho, ou outras razões escusas, do credor.⁶⁴

É de posse dessa principiologia que se deve empreender uma releitura do conteúdo das tradicionalmente conhecidas hipóteses de resolução negocial. De acordo com Enzo Roppo, há três possíveis causas para a resolução do contrato: (i) a impossibilidade da prestação, (ii) a onerosidade excessiva superveniente, e (iii) o cumprimento defeituoso, ou inexato, da prestação pelo devedor.⁶⁵ Diante da pluralidade de hipóteses e da dimensão das discussões de cada uma advindas, delimitou-se o espectro do presente estudo a fim de que sejam objeto da pesquisa apenas as hipóteses de inadimplemento absoluto por perda do interesse do credor decorrente da mora do devedor. Reduz-se a amplitude da investigação com o desiderato de se alcançar maior profundidade.⁶⁶

Assim, admitindo-se a categorização acima feita, resta investigar em qual, ou quais, recai a resolução contratual pelo credor por perda do interesse na prestação do devedor em decorrência da mora deste último. O âmbito da investigação, desse modo, aloca-se na resolução do contrato em decorrência do inadimplemento absoluto – que “pode decorrer de fatos relativos ao objeto da prestação, hipótese em que se dará a impossibilidade ou a falta de interesse do credor em aceitar a prestação quando ela ainda se apresenta possível”⁶⁷ – resultante da mora do devedor.

O princípio da conservação dos negócios jurídicos, por outra via, tem por um de seus corolários a restrição das hipóteses de resolução por mora do devedor aos casos em que faça

⁶⁴ “[...] bem pode acontecer que o credor, arrependido do negócio, queira se prevalecer de uma imperfeição relevável, para rejeitar a prestação, o que a lei não permite” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 53). No mesmo sentido, Enzo ROPPO: “Seria, na verdade, absurdo e injusto – e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico – se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima e insignificante inexactidão na execução da outra parte” (*O contrato*, cit., p. 266).

⁶⁵ *Idem*, p. 254.

⁶⁶ “Em suma, recordemos este princípio fundamental: quanto mais se restringe o campo, melhor e com mais segurança se trabalha. Uma tese monográfica é preferível a uma tese panorâmica. É melhor que a tese se assemelhe a um ensaio do que a uma história ou a uma enciclopédia” (ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21. ed. Trad. SOUZA, Gilson Cesar Cardoso de. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 10).

⁶⁷ SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos* (arts. 389 a 405). TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 461.

desaparecer para o credor a utilidade que a prestação teria, não bastando sua mera diminuição.⁶⁸ Logo, a questão que se põe é saber *como* deve ser feita a aferição dessa utilidade; *quais* critérios utilizar.⁶⁹

Levando-se em conta a excepcionalidade da resolução contratual e a nova teoria dos contratos, é justamente em tais critérios, tidos como filtros de legitimidade e merecimento de tutela do pleito resolutivo pelo credor diante da mora do devedor, que consiste o bojo da presente investigação.⁷⁰ Quer-se estudar e sistematizar critérios objetivos de aferição da utilidade da prestação ao credor como mecanismo de controle do seu poder de resolução, tendo a boa-fé como timoneira.⁷¹ Numa frase, “impõe-se avaliar, com rigor, se, em razão da mora, a prestação, de fato, tornou-se inútil para o credor ou se, por mero capricho, nega-se a aguardar o adimplemento da prestação com atraso”.⁷²

1.3. O problema da ausência de interesse do credor como pressuposto para a resolução contratual

Como discorrido até este ponto, o interesse do credor é a chave de aferição da ocorrência ou não do inadimplemento absoluto do devedor diante de sua mora. Em existindo ainda utilidade na prestação ainda possível, mesmo que parcialmente, não há de se ter por

⁶⁸ Sobre uma das aplicações do princípio da conservação do contrato, afirma Ricardo Luis LORENZETTI: “*La aplicación no está encaminada a mantener el contrato por sí mismo, sino a lograr que se obtenga el resultado económico previsto, manteniendo el reparto de riesgos que las partes han realizado. [...] En la fase del incumplimiento se exigen conductas orientadas a la conservación del contrato: por ejemplo en la resolución*” (*Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 151-152).

⁶⁹ “[...] exige-se a efectiva perda do interesse do credor e não uma simples diminuição. O caso mais frequente consistirá no desaparecimento da necessidade que a prestação se destinava a satisfazer” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 984). Cf. também MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso*: em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 296-309.

⁷⁰ “O intérprete deverá integrar ao regulamento contratual os deveres de lealdade, transparência e informação, bem como impor sacrifício a direitos subjetivos e potestativos dos contratantes em favor do interesse comum objetivado com o contrato, definidor de suas finalidades econômicas e sociais” (TEPEDINO, Gustavo. *A técnica da representação e os novos princípios contratuais. Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III, pp. 134-135).

⁷¹ “As obrigações [...] não têm por finalidade realizar unicamente uma *finalidade individual*, egoística, do credor; ao lado desta, qualquer obrigação, na medida em que é objeto de tutela jurídica, tem também uma *finalidade social*, porque toda norma jurídica visa 'fins sociais' e atende 'exigências do bem comum' [...]. Ora, se conjugarmos esses dois objetivos, individual e social, poderemos dizer que toda obrigação tem de satisfazer um *interesse legítimo* do credor” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 39-40).

⁷² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., p. 178.

definitivamente inadimplida a obrigação – em decorrência do que não caberia ao credor enjeitar a prestação do devedor e resolver o contrato.

Entretanto, à consequência diametralmente oposta se chega acaso, após o juízo de utilidade da prestação ainda possível do devedor moroso, conclua-se que o credor legitimamente não tenha mais interesse na manutenção da relação contratual por não ser mais atingível o resultado útil que a prestação pactuada inicialmente teria. Desse modo, não sendo mais alcançável a finalidade do contrato – caracterizando-se, assim, o inadimplemento absoluto –, seria digna de tutela a pretensão de resolução contratual do credor diante da mora do devedor que houvesse acarretado a perda da utilidade da prestação devida, com fundamento no art. 475 do Código Civil.⁷³

Ocorre que, se por um lado a lei civil permite ao credor pleitear a resolução do contrato com fundamento em inadimplemento absoluto derivado do esvaimento – por força da mora do devedor – do interesse que a prestação teria para o credor, por outro não estipulou quais seriam os critérios para aferir esse utilidade. Reside aí a dificuldade doutrinária e jurisprudencial em definir balizas firmes de valoração da perda da utilidade da prestação para o credor diante da mora do devedor.

Diz Ruy Rosado Aguiar Júnior:

Quando há impossibilidade definitiva e total da prestação, não se põe nenhuma dificuldade para o reconhecimento do incumprimento definitivo. Porém, tratando-se das outras causas, haverá necessidade de determinar quando uma prestação ainda possível ou ainda parcialmente possível pode ser rejeitada, por caracterizar-se o incumprimento definitivo, fundamento da resolução do negócio. É preciso estabelecer critérios para definir a passagem do simples incumprimento para a inutilidade da prestação ao credor.⁷⁴

A lição, embora dirigida ao Código Civil de 1916, ainda tem validade e pertinência mesmo à ordenação feita pelo Código Civil de 2002. Continua a não haver estipulação explícita na lei civil brasileira quanto aos critérios que devem ser utilizados no juízo de valoração da perda da utilidade para o credor de prestação ainda possível de ser realizada pelo

⁷³ Dispõe o Código Civil: “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”.

⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 130.

devedor em mora. A respeito do regramento estabelecido no direito civil brasileiro, afirmam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes que:

Quando o parágrafo único do art. 395 prevê a inutilidade da prestação, quer se referir não a uma inutilidade objetiva, mas sim a uma inutilidade subjetiva. Ou seja, a prestação deverá ser inútil para o credor da relação obrigacional concreta e não para um credor abstratamente considerado.⁷⁵

Perceba-se que os autores não estão afirmando que a verificação da utilidade da prestação se dará pela ótica subjetiva do credor. O que estão a dizer é que nem sempre determinada hipótese de inexecução acarretará a inutilidade da prestação indistintamente para todas as relações contratuais – genericamente tratadas –, mas que o juízo de utilidade há de ser feito casuisticamente. Daí o uso da expressão “inutilidade subjetiva”.⁷⁶

Por evidência, deve-se atentar para o interesse em concreto de determinado credor em específica relação contratual.⁷⁷ Todavia, a aferição da utilidade da prestação há de ser feita com base em critérios objetivos, visualizando-se todo o programa contratual *de fora*, e não apenas a partir da individual subjetividade do credor – o que poderia ensejar arbitrariedades e chancelar simples caprichos –, sob pena de se sufragar e recair em vetusta orientação voluntarista.⁷⁸ Indaga-se, em síntese, do interesse concreto do credor, objetivamente inserido na função contratual.

⁷⁵ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I, cit., p. 718. Em orientação similar, Sérgio SAVI: “[...] cumpre destacar que o conceito de inutilidade exigido pelo parágrafo único do art. 395 para atribuir ao credor o direito de rejeitar a prestação com atraso é subjetivo. Ou seja, a prestação deve inútil para aquele credor específico no caso concreto e não para qualquer pessoa (conceito objetivo). Assim, a verificação da inutilidade ou não da prestação e do direito do credor rejeitar a prestação e pedir a resolução do contrato dependerá sempre da análise do caso concreto e da prova da situação de fato da inutilidade pelo credor” (SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos* (arts. 389 a 405), cit., p. 469).

⁷⁶ Assim deve ser entendida a expressão, utilizada também por Agostinho ALVIM (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., *passim*).

⁷⁷ “[...] a prestação deixa de ser concebida como algo desejado em si mesmo, passando, portanto, a ser tutelada como meio para se alcançar o resultado útil que satisfaz o interesse do credor” (KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*, cit., p. 297).

⁷⁸ “A prevalência da vontade [...] não atende mais às situações da vida moderna, impondo-se uma concepção mais objetiva da relação obrigacional. Quer dizer, a relação obrigacional não pode mais ser medida somente com base na vontade, mas deve considerar os fatos ou as circunstâncias referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes. [...] Daí que, embora o novo dispositivo legal sobre o instituto da

Nesse sentido, aprovou-se na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal o Enunciado nº 162, relativo ao art. 395 do Código Civil, cujo teor aduz que: “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.⁷⁹ Embora o enunciado se refira à manutenção do sinalagma, vale pontuar que se trata de lógica aplicável a toda espécie de contrato, e não apenas aos bilaterais.⁸⁰

Há nessa orientação uma aproximação com o direito civil português, que traz expressa menção à necessária objetividade da verificação do interesse e da utilidade da prestação para o credor.⁸¹ Os elementos valorativos a serem levados em consideração devem, assim, ser apreensíveis e aplicáveis por um terceiro independente qualquer – especialmente pelo magistrado responsável pelo juízo de valor sobre o pleito resolutório.⁸²

resolução não tenha merecido uma redação inovadora, sua aplicação ou sua leitura deverá ser feita de acordo com essa nova concepção de contrato no Estado Social em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social” (LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 513-514). Ver mais em GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, pp. 10-28.

⁷⁹ A autoria do Prof. Paulo R. Roque A. KHOURI, apresentado com a seguinte justificativa: “A simples falta da prestação não pode ser motivo para a resolução do vínculo contratual, quando o devedor em mora se dispõe a oferecer a prestação com atraso e esta ainda interessa objetivamente ao credor. Por interesse objetivo deve ser entendido o interesse do credor que não contraria a boa-fé objetiva. A partir do momento em que o novo Código Civil consagra os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o credor deve contribuir com o devedor na execução das obrigações, ainda que este se encontre em mora. A purgação da mora não poderá ser recusada sob o argumento de que o contrato a proíbe, ou a prestação subjetivamente não interessa ao credor. Se existir um interesse objetivo do credor no recebimento da prestação, a purgação da mora deve ser autorizada a fim de manter-se firme o negócio jurídico celebrado entre as partes, ou seja, deve-se prestigiar a conservação do negócio jurídico, o que está em sintonia com o princípio da função social do contrato. O contrato que atende a sua função social é também aquele que se permite seja cumprido até o fim, ainda que haja incidentes, como a mora. A função social aqui revela-se quando o contrato propicia a circulação da riqueza, mediante o cumprimento integral de seu objeto” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Org.). *III Jornada de direito civil*. Brasília: CJP, 2005, p. 153).

⁸⁰ Vide item 3.2.5, *infra*.

⁸¹ O Código Civil português preceitua em seu artigo 808.º (Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento): “1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente”.

⁸² Vale a lição de João Baptista MACHADO: “O critério dito objetivo, diferentemente do que a sua designação pode inculcar, não abstrai do quadro contratual concreto para proceder a uma valoração puramente abstracta que tenha em conta apenas o tipo contratual ou o tipo de prestação afectada pelo incumprimento. Longe disso. Toma em conta o conteúdo do particular contrato em causa, atendendo não só às específicas cláusulas deste mas ainda a qualquer declaração ou facto concludente de que possam inferir-se as especiais finalidades de uso ou de troca a que o credor destinava a prestação, etc. Além disso, permite tomar em conta, quer circunstâncias contemporâneas da celebração do contrato, quer circunstâncias posteriores, previsíveis ou não no momento da celebração. O facto é que, a maioria das vezes, o desaparecimento do interesse do credor na manutenção do contrato tem a ver com as finalidades de uso ou de troca que o credor visava conseguir com a prestação. A *objectividade* do critério não significa de forma alguma que se não atenda ao interesse *subjectivo* do credor, e

Afirma Mário Júlio de Almeida Costa, reportando-se ao direito luso:

Quanto à *perda do interesse do credor* na prestação, é a mesma ‘apreciada objectivamente’ (art. 808º, n.º 2). Este critério significa que a importância de tal interesse, embora aferida em função da utilidade concreta que a prestação teria para o credor, não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração comum das pessoas.⁸³

O ponto nuclear, percebe-se, é a consecução do resultado útil perseguido pelo credor no início da relação obrigacional. A potencialidade de seu alcance, contudo, deve ser avaliada objectivamente e de acordo com as circunstâncias criadas pela mora do devedor e existentes no momento em que a pretensão de resolução do contrato é exercida pelo credor. Se ainda existente e atingível aquele interesse, descabida é a resolução; em caso negativo, deve-se admiti-la. Ou seja, é essencial que se perquirira se a prestação ainda tem o potencial de atingir a função a que inicialmente se destinava.⁸⁴

O tema, vale ressaltar, coaduna-se com os anseios do direito civil contemporâneo, atento à função dos institutos e situações jurídicas e à sua potencialidade para a promoção de valores merecedores de tutela. De fato, a definição do interesse do credor é tópico tão geneticamente afeito à perspectiva funcional do direito que a doutrina aponta que mesmo à luz do estudo clássico do direito das obrigações por uma ótica estrutural, o legislador já abria

designadamente a fins visados pelo credor que, não tendo sido integrados no conteúdo do contrato, representam simples motivos em princípio irrelevantes. O que essa objectividade quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada *objectivamente*, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer outra pessoa (designadamente pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor” (Pressupostos da resolução por incumprimento. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991. Volume 1, pp. 136-137).

⁸³ *Direito das obrigações*, cit., p. 984.

⁸⁴ “[...] para resolver, o fato deve atingir substancialmente a relação, afetando a *utilidade* da prestação. Como a utilidade deriva da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, temos que a prestação útil – que pode ser enjeitada e levar à resolução do contrato e mais perdas e danos – é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade. Ao reverso, quando, não obstante a mora, o cumprimento ainda é possível e capaz de satisfazer basicamente o interesse do credor, ou quando, apesar da imperfeição do cumprimento, parcial ou com defeito, foram atendidos os elementos objetivos e subjetivos a serem atingidos pelo cumprimento, diz-se que o adimplemento foi substancial” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 132).

as portas para o viés funcional, dentre algumas outras situações legais, especificamente no parágrafo único do art. 395 do Código Civil.⁸⁵

Assim sendo, faz-se necessária a análise funcional da prestação, sem cindi-la de suas finalidades. Se todo instituto jurídico se presta à promoção de certos valores e interesses – tem pois uma função, que na compleição jurídica brasileira deve promover os valores maiores previstos na Constituição da República de 1988 –,⁸⁶ é de se avaliar se os efeitos desejados pelas partes quando da conclusão do contrato ainda são possíveis, a fim de que se verifique se o interesse do credor em resolver o negócio, por suposta perda da utilidade da prestação a que tem direito como consequência da mora do devedor, é merecedor de tutela.⁸⁷

Sobre o perfil do interesse tutelável na legalidade constitucional, diz Pietro Perlingieri:

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. Nesta perspectiva coloca-se a crise do direito subjetivo: enquanto este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a ‘complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional’.⁸⁸

⁸⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 19-20. Quanto aos processos de objetivação do contrato, cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., pp. 297-311.

⁸⁶ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional, cit.; e TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁸⁷ Na lição de Clóvis do Couto e SILVA, "é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um *plus* que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito" (*A obrigação como processo*, cit., p. 41). Em sentido complementar, Carlos Nelson KONDER e Pablo RENTERÍA: "A própria razão para o ordenamento tutelar determinada relação obrigacional passa pela apreciação da legitimidade das suas finalidades, exigindo-se, nesse sentido, que o interesse do credor no cumprimento da obrigação seja digno de tutela" (*A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*, cit., p. 266). E adiante: "[...] toda obrigação se volta a proporcionar, com o adimplemento, o resultado útil que consubstancia a satisfação do interesse do credor. Importa ressaltar, contudo, que a produção do resultado útil é um efeito do adimplemento, devendo-se, a todo custo, evitar a orientação [...] que o confunde com a conduta do devedor, que forma a prestação devida" (*Ibidem*, p. 275).

⁸⁸ *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 677-678. A respeito do interesse contratual tutelável, afirmou a Min. Nancy Andrighi em voto de sua lavra: "O pleno exercício da liberdade de contratar pressupõe um acordo que cumpra determinada função econômica e social, sem a qual não se pode falar em legítima manifestação de vontade" (STJ, REsp. 1.250.596/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 3.11.2011).

Para tanto, faz-se necessário partir de uma síntese objetiva dos interesses congregados no contrato – em uma palavra, sua função –,⁸⁹ que sirva de parâmetro para detectar eventual abusividade (disfuncionalidade) no exercício da resolução pelo credor. Se é certo que o comportamento moroso do devedor faz surgir ao credor o direito potestativo de resolver o contrato, não é menos correto que o exercício desse direito deve estar embasado em interesse legítimo e merecedor de tutela do credor. Comportamentos abusivos não são toleráveis.⁹⁰

Essa tarefa passa inexoravelmente pelo estudo da resolução do contrato em seus aspectos funcionais, com especial atenção para os valores e interesses que legitimam seu exercício. A esta tarefa se dedica o capítulo a seguir.⁹¹

⁸⁹ “A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes psicológica (assim é, por exemplo, em muitos atos familiares sem conteúdo patrimonial)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 96).

⁹⁰ “O abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 882). Na dicção de Pietro PERLINGIERI, “o abuso é o exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 683).

⁹¹ “A análise do direito – e, note-se: não me refiro apenas ao estudo do direito, mas à sua análise, empreitada de censor, e não de expositor, de um objeto –, a análise do direito, dizia, reclama a determinação de suas finalidades, o que a torna análise funcional. Isso importa tomarmos o direito – e cada direito, sobretudo – também pelo seu conteúdo (empírico e axiológico), que é variável” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32).

2. RESOLUÇÃO DO CONTRATO EM UMA PERSPECTIVA FUNCIONAL: POR UMA RELEITURA OBJETIVA DO INTERESSE DO CREDOR

Da guerra, o dano vem cedo e tarde o proveito.

Provérbio português

Sendo a resolução do contrato meio não satisfativo de extinção da relação jurídica formada entre os contratantes, a afastar por isso o processo obrigacional de seu curso (inicialmente planejado com vistas ao adimplemento), é preciso que o seu exercício reflita um interesse merecedor de tutela por parte do credor. Na hipótese resolutória motivada pelo inadimplemento absoluto – que é o objeto da presente investigação –, o interesse do credor que se diz frustrado não pode ser analisado isoladamente, devendo harmonizar-se com todos os interesses envolvidos no contrato e objetivamente sintetizados na função negocial – inclusive os do devedor e, numa perspectiva mais ampla e profunda, os sociais.

A valoração do exercício da resolução não se mostra tarefa evidente; com efeito, a natureza potestativa do direito que tem o credor de ver resolvido o contrato poderia sugerir uma aparente arbitrariedade de exercício. Apenas a adequada compreensão do mecanismo de funcionamento da resolução contratual por inadimplemento do devedor permite depreender que o exercício da pretensão extintiva deve ser refreado sempre que não estiver fundamentado em um interesse juridicamente tutelado. Esse juízo de merecimento de tutela sobre a resolução contratual, por sua vez, pressupõe ao menos três filtragens de legitimidade (comuns à valoração de todo e qualquer ato jurídico), a saber: quanto à licitude do ato, quanto ao seu caráter não abusivo e, finalmente, quanto ao seu potencial de promover os valores do ordenamento.⁹²

Dentre os parâmetros para esse juízo valorativo, merecem especial destaque os deveres de cooperação que os contratantes hão de cumprir a fim de que a relação se

⁹² A respeito da supremacia dos valores constitucionais no ordenamento brasileiro, professa Gustavo TEPELINO: “A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas” (As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 236).

desenvolva de modo cooperativo, honesto, leal e mutuamente protetivo. Trata-se de imperativo inafastável, decorrente da incidência do princípio constitucional da solidariedade sobre as relações contratuais. Em outros termos, os contratantes devem observar a boa-fé objetiva durante o completo desenvolvimento do processo obrigacional. Nesse contexto, o respeito a tais exigências também se mostra necessário para que se repute verificados os pressupostos para que a resolução do contrato possa ser exercida de forma legítima pelo credor.

2.1. Direitos potestativos em uma perspectiva funcional: entre liberdade e solidariedade

Conceito fundamental para o direito civil contemporâneo, pode-se entender a *situação jurídica subjetiva* como o ponto gravitacional em torno do qual se verifica a concentração de um complexo de direitos e deveres – como, por exemplo, direitos subjetivos e obrigações – em um determinado centro de interesses, sempre analisado em uma perspectiva relacional.⁹³ Em poucas palavras, a situação jurídica subjetiva nada mais representa “que a realização de uma situação, de um poder conferido ao sujeito”.⁹⁴ Trata-se de noção basilar no estudo da resolução contratual, vislumbrada não como momento isolado e estático, mas como figura contingencial apreendida dentro da dinâmica jurídica, na medida em que permite situar a atuação do sujeito no contexto maior da relação jurídica em que se encontra inserido.⁹⁵

⁹³ “Fazem parte do conceito geral de situação jurídica, por exemplo, o direito subjetivo, o poder jurídico (*potestà*), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.: trata-se sempre de situações subjetivas” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 105). Em uma exposição mais analítica, professora Torquato CASTRO: “[...] diremos que *situação jurídica* é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo *objeto*; isto é, posicionados em certa medida de participação de uma *res*, que se define como seu *objeto*. À expressão *res* se dá aqui o sentido genérico que logrou este termo na última fase do direito romano, abrangendo tudo quanto pode ser objeto de direito, desde a parcela do mundo físico, os atos humanos externos, até às qualificações de valor moral ou social, enquanto tais realidades externas sejam passíveis da experiência jurídica, que é experiência de *atribuição*. *Res* será o *medium quid* que a norma atribui e no qual se expressa o resultado da *medida* de sua ação” (*Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985, pp. 50-51. Grifos no original).

⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 106.

⁹⁵ A respeito da estrutura relacional do direito, diz Torquato CASTRO: “O direito é adequação de homem a homem, acerca de atos humanos exteriores e de coisas. É, portanto, uma situação existencial, de homem-mundo. Como situação existencial, concreta, é o direito a solução que busca o homem para a sua ação, dentro do contingente” (*Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, cit., p. 1). É nesse sentido que Eros GRAU afirma ser o direito uma *prudência* e não uma *ciência* (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., *passim*).

Na tradição do direito civil, o direito subjetivo tem constituído o símbolo maior das situações jurídicas subjetivas, muitas vezes sendo usado metonimicamente para designá-las. As situações jurídicas, porém, não podem ser reduzidas apenas à figura do direito subjetivo, reconhecendo-se atualmente que a personalidade do titular pode realizar-se por meio de um sem-número de espécies distintas de situações subjetivas. O apego à figura do direito subjetivo remete ao voluntarismo extremo que inspirou a concepção original desta figura. Hodiernamente, contudo, sustenta-se que não deve haver prioridade lógica de direitos sobre deveres em nossa ordem jurídica, tendo-se em conta que uns só existem na medida em que se correlacionam os outros, de modo que nenhum interesse que tenha a tutela do ordenamento pode encerrar em si próprio a sua finalidade.⁹⁶

A doutrina clássica define o direito subjetivo como um “poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (acção) ou negativo (abstenção ou omissão)”, ao qual estaria contraposto o dever jurídico de outro indivíduo de cumprir o comportamento exigido.⁹⁷ Tal definição, muito embora correta dentro de seus muros, é incompleta, haja vista que é unidirecional; preocupa-se em apresentar o direito subjetivo apenas a partir da ótica do seu titular e no sentido de sua exigência frente a outros sujeitos – uma obrigação nos direitos de crédito, ou um dever geral de abstenção nos direitos reais.

Como se percebe, a incompletude de tal conceituação está no fato de suprimir a apresentação do direito subjetivo em uma esfera relacional, na qual a imputação de deveres jurídicos *lato sensu* aos seus destinatários não os torna reféns do alvedrio dos chamados sujeitos ativos de uma determinada relação jurídica. Por isso, a definição de direito subjetivo não pode olvidar-se da perspectiva relacional e social do direito – desenganadamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (CR/88, art. 3º, I) –, pela qual o direito subjetivo, ao invés de representar um poder arbitrário de seu titular, tem um perfil funcionalizado à concretização dos valores (sociais) da Constituição da República. Nessa orientação, Pietro Perlingieri:

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se

⁹⁶ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., pp. 119-120.

⁹⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 181-182.

coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.⁹⁸

Categoria paralela à dos direitos subjetivos é a dos direitos potestativos – por vezes também chamados de direitos formativos –, que historicamente são entendidos como “poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte”.⁹⁹ Costumeiramente são contrapostos a uma posição de sujeição da parte que sofre os efeitos por eles produzidos, por não caber a ela impedir que o comportamento embasado em um direito potestativo diretamente produza seus efeitos.

Em outras palavras, diferentemente do que ocorre nos direitos subjetivos, nos quais cabe ao sujeito passivo cumprir ou não o que lhe é exigido (pelo que, em não cumprindo, a eficácia do ato demandaria os préstimos judiciais), nos direitos potestativos não assiste à contraparte nenhuma declaração ou comportamento para que se dê a satisfação do direito e sequente geração de efeitos jurídicos.¹⁰⁰ A esse respeito, mais uma precisa colocação de Pietro Perlingieri:

Il diritto potestativo esprime il massimo grado di tutela: il soggetto è titolare di un potere che, esercitato, produce effetti non soltanto nella sfera di chi lo esercita ma anche in quella di altri soggetti che nulla possono per neutralizzarli. L'attribuzione ad un soggetto di un tale potere deve pertanto avere una meritevole ragione giustificatrice che va individuata nell'ambito di situazioni soggettive ulteriori e più

⁹⁸ *Perfis do direito civil*, cit., p. 121. A respeito da incompletude do modelo conceitual de direitos subjetivos, alerta Gustavo TEPEDINO: “A rigor, todas as relações jurídicas são formadas por situações jurídicas subjetivas, centros de interesse juridicamente protegidos, cujos titulares são os sujeitos de direito. O direito subjetivo nada mais é do que uma espécie importantíssima de situação jurídica subjetiva e, como tal, deve ser associado necessariamente à noção de interesse e de titularidade. Em razão disso, deve ser preferida a expressão situação jurídica subjetiva à de direito subjetivo, de modo a se evitar o equívoco de se reduzir o tema à problemática dos direitos subjetivos” (Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. *Temas de direito civil* – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 136-137).

⁹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 183. Grifo no original.

¹⁰⁰ Em via complementar, aduz Carlos Alberto da Mota PINTO: “No contrapólo dos direitos potestativos surgem-nos *as sujeições* correspondentes. Consiste esta noção [...] na situação de necessidade inelutável, em que está constituído o adversário do titular de um direito potestativo, de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício daquele direito. É, pois, a outra face da moeda, relativamente aos direitos potestativos. Aqui, diversamente do dever jurídico, trata-se de uma necessidade *inelutável*. O sujeito não pode violar ou infringir a sua situação – está necessariamente exposto à produção dos resultados do exercício do direito potestativo” (Idem, pp. 185-186. Grifos no original).

*ampie delle quali il diritto potestativo è parte integrante. [...] Pertanto la loro disciplina non è unitaria ma dipende dalla situazione alla quale accedono.*¹⁰¹

Conforme salienta o autor no trecho destacado, apesar da aparente discricionariiedade no exercício dos direitos potestativos – tidos como capazes de sujeitar um polo ao outro numa relação jurídica –, tais situações jurídicas hão de ser exercidas em conformidade com os limites impostos pelo ordenamento constitucional. Não há, como visto, uma prevalência dos interesses individuais sobre os coletivos; mais, não basta que os interesses individuais não venham a lesar os interesses da coletividade. Na verdade, é *conditio sine qua non* para a tutela dos interesses individuais que estes promovam os interesses e valores sociais quando exercidos. Daí se afirmar que nenhum direito é ilimitado ou absoluto, pelo que um centro de interesse é mais bem designado como uma situação jurídica complexa, na qual há “um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”.¹⁰²

É nesse contexto que deve ser entendido e avaliado o exercício do direito de resolução do contrato pelo credor diante do inadimplemento do devedor, espécie que é de direito potestativo (também denominado formativo) extintivo.¹⁰³ Isso porque o credor, na hipótese citada, ao exercê-lo, não requer nada do devedor para que consiga promover a extinção da

¹⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 69. Em tradução livre: “O direito potestativo exprime o máximo grau de tutela: o sujeito é titular de um poder que, exercido, produz efeitos não apenas na esfera de quem o exerce mas também naquela de outros sujeitos que nada podem fazer para neutralizá-los. A atribuição a um sujeito de um tal poder deve portanto ter uma legítima razão justificadora que deve ser identificada no âmbito de situações subjetivas ulteriores e mais amplas do que aquelas das quais o direito potestativo é parte integrante. [...] Portanto a sua disciplina não é unitária mas depende da situação da qual provém”.

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 680. Em sentido complementar, Rosalice Fidalgo PINHEIRO alerta para os limites ao exercício de um direito ao afirmar que “não se deve pensar que esse poder conferido pelo direito potestativo esteja entregue ao livre arbítrio de seu titular, o que também não ocorre com o direito subjetivo. [...] afirmar o contrário seria negar-lhe a incidência da teoria do abuso do direito” (*O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215).

¹⁰³ “A resolução da relação obrigacional, instituto da superveniência fundado no fato do incumprimento da contraparte, é resultado do exercício de direito formativo extintivo” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 17). Lembra o autor ainda que “o direito formativo distingue-se da pretensão, pois nesta se exige uma ação ou omissão do devedor (o pagamento da dívida, por exemplo), enquanto aquele opera por si, bastando o seu exercício para produzir o efeito gerador, modificativo ou extintivo, por via judicial ou extrajudicial, conforme o caso” (Idem, p. 27). Cf. também FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 66-67; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Tomo V, pp. 297-300; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 183-184.

relação obrigacional. Quer dizer, o seu simples exercício – por via judicial ou extrajudicial¹⁰⁴ – tem o potencial de produzir imediatamente efeitos extintivos sobre a eficácia do contrato e de buscar a repristinação do estado em que os contratantes se encontravam antes da formação do negócio jurídico,¹⁰⁵ prescindido assim de qualquer atuação da parte contra quem exercido.¹⁰⁶

Desse modo, a resolução contratual, como direito potestativo que é, não escapa aos limites impostos pelo ordenamento ao seu exercício. Em outras palavras, a faculdade resolutória não pode ser exercida arbitrariamente, como de resto todas as situações jurídicas subjetivas,¹⁰⁷ mas apenas dentro dos limites funcionais que justificam sua previsão pelo ordenamento e a tornam merecedora de tutela. O exercício do direito de resolução, portanto, não deve descurar da promoção da axiologia constitucional – integrada, por exemplo, pelo dever de solidariedade.¹⁰⁸

De fato, a Constituição da República brasileira determina – em seu art. 3º, I – como um de seus objetivos a construção de uma sociedade *livre*, justa e *solidária*. Não à toa, o texto constitucional aproximou no mesmo dispositivo os valores da liberdade e da solidariedade.

¹⁰⁴ A jurisprudência brasileira tem aceitado, ainda que timidamente, a resolução de contrato mediante notificação extrajudicial quando da existência de cláusula resolutiva expressa. Ilustrativamente, sejam vistos os seguintes precedentes: STJ, REsp nº 94.628/SP; STJ, STJ, REsp nº 329.932/SP; TJ-MG, AI nº 1.0024.09.474490-1/001; TJ-RJ, ApCiv nº 20.341/05.

¹⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 69-70.

¹⁰⁶ A respeito das características dos direitos potestativos extintivos, diz Luigi MOSCO: “*I diritti di estinzione sono caratterizzati del fatto che hanno il potere di estinguere, attraverso una manifestazione unilaterale di volontà del soggetto, un rapporto giuridico complesso o un singolo diritto*” (*La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 3). Em tradução livre: “Os direitos de extinção são caracterizados pelo fato que têm o poder de extinguir, através de uma manifestação unilateral de vontade do sujeito, uma relação jurídica complexa ou um único direito”.

¹⁰⁷ Sintetiza Antônio Menezes CORDEIRO: “O direito subjectivo tem, sabidamente, limites” (*Da boa fé no direito civil*, cit., p. 670). No mesmo sentido, René SAVATIER: “*Nous savons que la volonté de l’homme est créatrice de droit, de sorte qu’elle fait, à son gré, naître, par les contrats, des créances et des obligations. Mais elle n’est pas, en cela, tout puissante. Les volontés individuelles doivent respecter les exigences du bien public*” (*La théorie des obligations: vision juridique et économique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 161). Em tradução livre: “Nós sabemos que a vontade humana é criadora de direito, de modo que ela faz, ao seu critério, nascer, por seus contratos, créditos e obrigações. Mas ela não é, por si, todo-poderosa. As vontades individuais devem respeitar as exigências do bem comum”. E ainda José de Oliveira ASCENSÃO: “[...] a autonomia pressupõe por natureza limites, para ser relevante na ordem jurídica global. A autonomia privada não exclui as regras – não escapa ao direito” (*Direito civil: teoria geral : introdução, as pessoas, os bens*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Volume I, p. 13).

¹⁰⁸ A respeito do papel do solidarismo constitucional no juízo de merecimento de tutela, diz Pietro PERLINGIERI: “No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses o interesse dá lugar portanto a uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. A complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional” (*Perfis do direito civil*, cit., p. 107).

Há aí uma mensagem subjacente clara: a liberdade, para que tenha seu exercício legitimamente tutelado pelo ordenamento, imprescindivelmente precisa ser solidária. Trata-se de *liberdade na solidariedade*, pelo que “ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar dentro da sua ampla autonomia”.¹⁰⁹

Assim, as situações subjetivas não têm apenas limites externos ao seu exercício, mas também, e especialmente, limites internos impostos em alto grau pelo princípio da solidariedade.¹¹⁰ Isso significa que, para ser merecedor de tutela jurídica, não bastará a determinado comportamento que não trespasse certas barreiras externamente a si impostas – das quais o brocardo *neminem laedere* é característico exemplar – como classicamente se defendia. É preciso mais: para ser digno de tutela, o exercício de certa situação jurídica deverá intrinsecamente promover os valores maiores do ordenamento – densificados na Constituição da República, como o princípio da solidariedade.¹¹¹

Em outros termos, assumindo-se a perspectiva relacional,¹¹² não há mais espaço para a defesa de direitos absolutos; todos os direitos são relativos. De acordo com Louis Josserand,

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 249.

¹¹⁰ “*Il diritto soggettivo, come le altre situazione soggettive, può essere limitato. I limiti sono interni ed esterni. Un limite esterno che privi il titolare del diritto di una facoltà essenzialmente propria del diritto sarebbe di natura eccezionale. Ogni diritto si fonda su di un interesse e l’ordinamento in tanto riconosce un diritto in quanto questo sai esercitato nel modo corrispondente all’interesse. Il limite è allora interno: il titolare può tenere i comportamenti (e soltanto quelli) che siano giustificati dall’interesse posto a fondamento della situazione soggettiva*” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 68). Em tradução livre: “O direito subjetivo, como as outras situações subjetivas, pode ser limitado. Os limites são internos e externos. Um limite externo que privasse o titular do direito de uma faculdade essencialmente própria do direito seria de natureza excepcional. Todo direito se funda em um interesse e o ordenamento tanto mais reconhece um direito quanto mais este é exercido no modo correspondente àquele interesse. O limite é agora interno: o titular pode ter os comportamentos (e somente aqueles) que sejam justificados pelo interesse posto como fundamento da situação subjetiva”.

¹¹¹ A respeito do agir solidário, leciona Gustavo TEPEDINO: “As liberdades privadas são evidentemente garantidas e prestigiadas pelo projeto constitucional, compondo a ordem pública que reafirma a liberdade na solidariedade, na igualdade substancial e na tutela da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, a defesa da solidariedade e da igualdade não pode se restringir ao momento patológico do exercício do direito subjetivo, entrando em cena pontualmente como limite legal e extrínseco à liberdade, contendo-a na forma da lei, e em geral a partir do binômio dano-reparação, devendo, ao reverso, informar o conjunto de valores que efetivamente definem o quadro axiológico e, portanto, o agir na sociedade” (A função social da propriedade e o meio ambiente. *Temas de direito civil* – Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 189).

¹¹² É pertinente a breve explanação de Pietro PERLINGIERI a respeito da estrutura da relação jurídica: “A ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra. É preferível, portanto, a doutrina que define a

*[...] la relativité des droits était postulée de toute éternité par leur origine même : produits sociaux, ils étaient destinés à faire figure sociale, à peine de renier leur filiation certaine et invariable. [...] De toute façon, les prérogatives, même les plus individuelles et les plus égoïstes, sont encore des produits sociaux, soit dans la forme, soit dans le fond : il serait inconcevable qu'elles puissent, au gré de leurs titulaires, s'affranchir de l'empreinte originelle et être employées à toutes besognes, fussent-elles inconciliables avec leur filiation et avec les intérêts les plus pressants, les plus certains, de la communauté qui les a concédées.*¹¹³

Portanto, a valoração do exercício de específica situação jurídica deve sempre levar em conta as consequências que esse comportamento pode gerar em outros interesses àquela relacionados. Nesse toar, para ser digno de tutela é necessário que haja uma proporcionalidade entre o efeito vantajoso a favor do titular da situação jurídica e o eventual efeito desvantajoso para os destinatários e terceiros a quem o ato pode ser destinado a produzir.¹¹⁴

Ou seja, no confronto relacional entre duas ou mais situações jurídicas, é possível que, embora nenhuma extrapole os limites externos da licitude, uma seja mais merecedora de tutela jurídica que outra por concretizar internamente com maior solidez os valores mais sensíveis ao ordenamento jurídico. Destarte, mais digno de tutela um comportamento será quão mais fortemente inculcar em seu bojo os anseios constitucionais – de modo a levar, assim, limites axiológicos para o interior da autonomia privada.

Nesse sentido, aduz Gustavo Tepedino:

[...] a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da

relação jurídica como ligação entre situações subjetivas” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734).

¹¹³ *De l'esprit des droits et de leur relativité: theorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927, pp. 299-300. Em tradução livre: “[...] a relatividade dos direitos foi postulada desde sempre por sua própria origem: produtos sociais, destinados a figurar socialmente, dificilmente negam suas ascendências certas e invariáveis. [...] Em qualquer caso, os poderes, mesmo os mais individuais e egoístas, são ainda produtos sociais, seja em forma ou em substância: seria inconcebível que eles pudessem, pela vontade de seus titulares, livrar-se de sua marca original e serem empregados para todas as tarefas, mesmo que fossem incompatíveis com suas ascendências e com os interesses mais importantes, mais corretos, da comunidade que os concedeu”.

¹¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 681-682.

autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República. Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais.¹¹⁵

Quanto a isso, observa Luiz Edson Fachin que “não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade”.¹¹⁶ Essa suplantação se fez necessária por lição aprendida a duras penas pelos civilistas. A codificação de antanho, que tem no Código Civil francês de 1804 um de seus mais rútilos representantes,¹¹⁷ ao criar uma igualdade formal entre todos os sujeitos de direitos, dando-lhes ampla autonomia para contratar e fazer circular bens privados, paradoxalmente acabou por permitir que intensos desequilíbrios e desníveis iníquos fossem albergados sob o manto do direito – em parcial, por isso errônea, compreensão da justiça aristotélica.¹¹⁸

¹¹⁵ Notas sobre a função social dos contratos. *Temas de direito civil* – Tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 155.

¹¹⁶ Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462. Em soberba apresentação da essência social do direito, ensina Vicente RÁO: “A atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os bens, materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento. Ação e relações são essas, que formam o cenário grandioso da vida e de todas as criações do gênio humano. O direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o estado próprio do homem. À proteção e ao aperfeiçoamento do homem, o direito tende. Mas, para realizar este fim, não o considera isoladamente; considera-o, sim, em estado de comunhão com os seus semelhantes, isto é, como parte do todo social, a que pertence” (*O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, Volume I, p. 15).

¹¹⁷ Sobre a primazia do Código Civil francês e seu forte exemplo para as codificações que o seguiram, diz R. C. van CAENEGEM: “[...] o *Code civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substituiu a variedade do antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito que estava anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano (art. 7 da lei de 31 de março de 1804; incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela Revolução de 1789; e tentou tornar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e auto-suficiente” (*Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 1-2).

¹¹⁸ Para um estudo mais aprofundado a respeito dos conceitos de igualdade formal e material, cf. ARISTÓTELES. *The basic works of Aristotle*. McKEON, Richard (Ed.). New York: Modern Library, 2001, pp. 1002-1022; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 173-330; MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 479-498; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 91-142; e TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Temas de direito civil* – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Claus-Wilhelm CANARIS aduz que “os problemas da liberdade e da justiça contratuais têm no momento presente uma actualidade

Paulo Luiz Netto Lôbo diz que “a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, fez submergir a pessoa humana, que passou a figurar como simples e formal polo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real”.¹¹⁹ Fez-se preciso então que o direito civil fosse repersonalizado, como movimento de busca da igualdade substancial entre as pessoas e de superação da vetusta tradição patrimonialista. Essa inflexão teve por escopo, pois, colocar a pessoa humana – não como sujeito de direito abstrato, mas pessoa concretamente tocada – no centro valorativo do direito civil.¹²⁰

Isso porque, sendo a dignidade da pessoa humana o valor central na tábua axiológica constitucional, e reconhecendo-se a superação da dicotomia entre direito público e privado, deve todo o direito promover a sua concretização em todas as relações sociais. Tal processo tem especial relevância nas civis, nas quais, não há muito, se defendia a quase irrestrita autonomia da vontade e não se cogitava da prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais, como hoje se entende.¹²¹

No direito contratual, esse movimento de repersonalização – reforçado pelo princípio da solidariedade – teve como um de seus corolários o desenvolvimento dos novos princípios contratuais, anteriormente já mencionados: a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e o equilíbrio das prestações.¹²² Daí se falar em uma nova teoria dos contratos, modificadora da antiga tríade de princípios: a autonomia da vontade, a relatividade dos contratos e a obrigatoriedade do pactuado.¹²³

particular” (A liberdade e a justiça contratual na ‘sociedade de direito privado’. MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 49).

¹¹⁹ *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 7.

¹²⁰ Luiz Edson FACHIN sintetiza com maestria o mencionado giro repersonalizante: “A base desta tese está no respeito à pessoa humana, e tal consideração motiva colocar o patrimônio (e o próprio Direito) a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes” (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 241-242).

¹²¹ A respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Professora ainda o mesmo autor: “Daí, passa-se a afirmar a necessidade impostergável de revisitação de vetustas categorias civilísticas, como propriedade, posse, contrato, família, etc., que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional, erigidos a partir de uma tábua axiológica pluralista, que continua protegendo a liberdade e a autonomia privadas – esteio das codificações do passado –, mas que incorpora também, com peso superlativo, os valores da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva” (Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 47-48).

¹²² Sobre a natureza ou não de princípio do equilíbrio das prestações, cf. SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²³ A respeito do sentido constitucional dos novos princípios do contrato, afirma Teresa NEGREIROS: “A leitura do direito civil sob a ótica constitucional atribui novos fundamentos e, conseqüentemente, novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a

Como um dos efeitos daqueles novos princípios contratuais, há a modificação qualitativa da valoração e do juízo de merecimento de tutela desses negócios jurídicos. Se pelos anteriores princípios o juízo de valor sobre determinado contrato era essencialmente estrutural – perquirindo-se numa visão atomista e, por isso, isolacionista da relação contratual a ausência de defeitos em sua formação (por exemplo, por vícios de vontade) e se forçando a execução do avençado às últimas consequências, por pretensa inafastabilidade do dogma do *pacta sunt servanda* –, os novos princípios contratuais impõem uma análise mais substancial, voltada sobretudo para o conteúdo funcional dos negócios.¹²⁴

Nessa perspectiva, o tratamento central é funcional: “o reconhecimento da importância do direito promocional pode ter algum efeito, não é tanto em relação à abordagem estrutural do direito, mas sobretudo, à abordagem funcional”.¹²⁵ Essa nova ótica não se satisfaz com a verificação, exemplificando, de um direito formalmente imaculado; exige, com primazia, que o exercício da autonomia negocial sirva aos propósitos do ordenamento constitucional. Logo, um determinado comportamento só será digno de tutela e, assim, juridicamente tolerável se – e apenas nessa condição – estiver em consonância com a função que lhe é outorgada e em implemento a legítimo interesse do titular do direito exercido.¹²⁶

Isso significa dizer que mesmo o exercício dos direitos potestativos – como a resolução contratual –, classicamente referidos a uma completa sujeição daquele contra quem são exercidos, sofre limitações, não constituindo uma escolha arbitrária de seu titular.¹²⁷

noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. Assim, pela via da constitucionalização, passam a fazer parte do horizonte contratual noções e ideais como justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor, a indicar, enfim, que o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país” (*Teoria do contrato*, cit., pp. 106-108).

¹²⁴ “Não se conclua, porém, que a vontade foi relegada a segundo plano. Ela continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, ao seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 31).

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 78.

¹²⁶ A questão é assim posta por Pietro PERLINGIERI: “O problema é preponderantemente funcional: não importa que um sujeito sofra uma consequência favorável ou desfavorável, mas sim que ele tenha um interesse juridicamente relevante para participar na estrutura; essa avaliação deve ser feita com base no regulamento da relação sobre a qual o ato, de cuja estrutura se trata, é destinado a incidir” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 688).

¹²⁷ “Portanto, caem por terra as afirmações engendradas pela exclusividade da teoria do abuso do direito aos direitos subjetivos, guardando por trás de semelhante afirmação a pretensão de manter intocada a esfera de

Emblemático símbolo da liberdade individual, o direito potestativo – como, de resto, todo o ordenamento jurídico – também deve ser inserido na lógica solidarista e, portanto, também exige a demonstração de que seu exercício é merecedor de tutela à luz da axiologia do ordenamento.¹²⁸ Nesse renovado panorama, as limitações impostas pelo princípio da solidariedade à resolução contratual passam a contribuir para a identificação da função deste instituto.¹²⁹

2.2. O necessário limite valorativo ao exercício das posições contratuais: abuso do direito e função negocial

Conforme o até aqui semeado, nenhuma situação jurídica subjetiva tem um espaço de existência absoluto e inteiramente imune a limitações, refreamentos e relativizações. Mesmo no âmbito dos negócios jurídicos, exige-se que o exercício de determinado direito seja – mais do que estruturalmente lícito – não abusivo e que promova os valores do ordenamento. Assim, embora alta expressão da autonomia privada, o exercício de posições contratuais não está isento de um controle de merecimento de tutela.¹³⁰

Instância fundamental de controle valorativo do exercício das posições jurídicas,¹³¹ o instituto do abuso do direito – após um caminho não-linear e não a salvo de críticas – foi

liberdade conferida ao sujeito de direito. Desse modo, torna-se perfeitamente admissível o controle do exercício do direito de resolução do contrato, através da referida teoria” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*, cit., p. 215).

¹²⁸ Na precisa colocação de Ricardo Luis LORENZETTI: “*Existe un campo de tensión entre el principio de la autonomía privada y la necesidad de compatibilizarla con el orden público*” (*Tratado de los contratos*, cit., p. 129).

¹²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, cit., p. 249.

¹³⁰ “Quer-se com isso indicar que o controle da abusividade no exercício das situações jurídicas coloca-se em posição intermédia entre o controle de licitude e o controle do merecimento de tutela, no que tange ao juízo valorativo de condutas. [...] torna-se possível afirmar que, embora atos ilícitos ou abusivos nunca sejam merecedores de tutela, o exercício plenamente funcional de certa situação jurídica lícita pode, *ainda assim*, não ser considerado digno de tutela à luz dos valores que o ordenamento busca promover” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012. Volume 50, p. 83).

¹³¹ A respeito do conceito de posição jurídica, leciona Torquato CASTRO: “Por posição jurídica entendemos a relação normo-dispositiva entre o sujeito e tudo quanto situacionalmente a norma lhe atribui. [...] A posição do sujeito nas situações jurídicas relacionais, marca não só sua participação na *res*, como, através desta e na medida desta, sua relação com o outro sujeito. A relação pessoal entre os sujeitos *A* e *B* é inteiramente determinada, no plano jurídico, pelos limites em que *A* e *B* estão posicionados no confronto com o objeto. Nenhum credor se posiciona na relação com seu devedor fora da medida porque ao primeiro deve ser atribuído o objeto (crédito) por ato de adimplência imposto ao segundo (débito). *Débito e crédito* nas situações jurídicas relacionais, correspondem às posições respectivas de cada sujeito, e são *perfis* da relação de cada um deles diante do *objeto*,

finalmente previsto expressamente pelo Código Civil atual em seu art. 187, ao preceituar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.¹³²

O exercício abusivo – vale dizer, disfuncional – de determinado direito (estruturalmente lícito) vai contra o propósito do ordenamento, tirando-lhe assim sua sustentação jurídica e sua potencialidade de vir a ser tutelado. O que inicialmente era lícito será entendido como ilícito – em sentido lato – ao final da cadeia comportamental.¹³³ A disfuncionalidade que caracteriza o exercício abusivo tem três de seus principais parâmetros de identificação aduzidos pela própria lei civil; são eles: (i) o fim econômico e social do direito; (ii) a boa-fé; (iii) os bons costumes. Uma vez extrapolados estes ou quaisquer outros limites funcionais da situação jurídica subjetiva, transmuta-se sua compleição: retira-se seu jaez de plena licitude e se lhe impingem contrastantes matizes de ilicitude.

Muito embora expressamente previsto em lei, o instituto do abuso do direito sofre críticas das doutrinas brasileira e estrangeira por respeitados juristas, como Judith Martins-Costa e António Menezes Cordeiro.¹³⁴ O principal fundamento utilizado pela corrente que entende ser atualmente despiciendo o uso do referido instituto é o de que este teria sido esvaziado pelo princípio da boa-fé objetiva, que melhor resolveria os problemas a si submetidos e sem precisar recorrer a uma suposta perspectiva subjetivista do abuso do

como diante do *outro sujeito*. Posição jurídica é, portanto, o termo que congrega em síntese todas as relações possíveis que cabem a um sujeito, dentro da unidade normo-dispositiva impressa pela norma a cada situação jurídica” (*Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, cit., pp. 96-97).

¹³² Para uma completa trajetória do instituto do abuso do direito, e reconhecendo que ele se encontra consignado no art. 187 do Código Civil, ver CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; e SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela, cit.

¹³³ A respeito da não correspondência entre ilicitude *stricto sensu* e abusividade, diz Heloísa CARPENA: “O que diferencia as duas espécies de atos é a natureza da violação a que eles se referem. No ato ilícito, o sujeito viola diretamente o comando legal, pressupondo-se então que este contenha previsão expressa daquela conduta. No abuso, o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento. Diz-se, portanto, que no primeiro, há inobservância de limites lógico-formais e, no segundo, axiológico-materiais. Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo. Em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuridicidade” (O abuso do direito no Código de 2002, cit., p. 381).

¹³⁴ Cf., respectivamente, *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 455-472; e *Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 685-718.

direito.¹³⁵ Em que pese a autoridade dos que assim colocam a questão, o entendimento exposto não tem procedência quando confrontado com a configuração do direito nacional.

Isso porque o Código Civil brasileiro dá outros usos à boa-fé objetiva, referidos – além do controle do exercício de posições jurídicas – à interpretação dos negócios jurídicos (art. 113) e à criação de deveres laterais nas relações contratuais (art. 422). Por outro lado, estipula outros parâmetros de aferição da abusividade de determinado comportamento, antes referidos e aqui repetidos: a violação de limites impostos pelo fim econômico ou social de um direito, e os bons costumes (art. 187). Assim,

conclui-se, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que a boa-fé objetiva e o abuso do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé. Entre nós, portanto, é possível falar em abuso do direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abuso, ou todas as funções da boa-fé.¹³⁶

Postulada por tais razões, pois, a harmônica convivência do instituto do abuso do direito e do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, resta investigar as implicações dos parâmetros legais de aferição do abuso do direito sobre o exercício de posições jurídicas – em especial sobre a faculdade resolutória de um contrato.

Sem embargo de doutrina em contrário, o último dos parâmetros aludidos pelo art. 187, os bons costumes, pouco tem a acrescentar à análise da abusividade de certo comportamento, sobretudo por sua excessiva indeterminabilidade.¹³⁷ Isso acaso se coadune com o projeto de uma sociedade plural e sem preconceitos proposto pela Constituição da República, o que é de se duvidar – mesmo que se tente aproximá-lo à noção de “ordem pública” ou à de “valores e princípios imanentes à ordem jurídica” –, levando-se em conta o

¹³⁵ Para um breve panorama das críticas dirigidas ao instituto, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*, cit., p. 55-59.

¹³⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 119. No mesmo sentido professa Teresa NEGREIROS: “Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica” (*Teoria do contrato*, cit., pp. 140-141).

¹³⁷ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1208-1224.

peso semântico da expressão, tipicamente conservadora e reacionária.¹³⁸ Assim, restam dois sólidos e seguros vetores de valoração da abusividade do exercício de determinada posição contratual, que são o fim econômico e social do direito e a boa-fé objetiva.

Como já se pode depreender a partir de tais parâmetros, o instituto do abuso do direito requer uma leitura teleológica do abstrato esquema negocial e dos efeitos concretamente produzidos, a fim de que se examine se o exercício de certa posição jurídica se coaduna tanto com os escopos especificamente buscados pelas partes quanto com os demais interesses juridicamente relevantes abrangidos pelo ato. Assim será possível se concluir pelo merecimento de tutela ou não de um determinado comportamento. Esse juízo valorativo somente é permitido pelo prisma funcional, ou seja, levando-se em conta a função negocial.¹³⁹ Verifica-se nesse ponto uma aproximação com a controversa questão da causa dos contratos, tida como uma das mais difíceis de todo o direito civil.¹⁴⁰

Passando-se ao largo das inúmeras discussões a respeito das teorias existentes sobre a causa contratual, até mesmo por ser temática suficientemente ampla e profunda a merecer estudo próprio, assume-se esta como sendo a função econômico-individual motriz da relação contratual, aqui assim entendida:

A função econômico-individual, sem se confundir com o escopo meramente subjetivo, esclarece que, sendo o negócio expressão de uma regra privada, sua causa é elemento que liga a operação econômica objetiva aos sujeitos que dele são autores

¹³⁸ “Na concepção de bons costumes, por consequência, pode-se encontrar o que atingiu autoridade pela ‘herança histórica’ e o que se tornou perpetuado pela experiência, resistindo ao tempo, conservando-se. É o contraponto ao elemento do fim econômico ou social, precisamente porque o conceito de bons costumes preocupa-se com aquilo que atingiu uma maturidade histórica e que não pode ser descartado de uma investigação histórica sem uma argumentação relevante” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2005. Volume 838, p. 126).

¹³⁹ A respeito da incidência do interesse público sobre o particular negócio jurídico, afirma Pietro PERLINGIERI: “O interesse público, preeminente em absoluto e no contexto relativo ao regulamento predeterminado, acaba por incidir sobre a negociação. E tal prevalência não pode deixar de responder a um juízo de valor que tem o seu parâmetro na tábua constitucional dos interesses e dos valores” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 436).

¹⁴⁰ Alertando para as dificuldades do tema, diz Maria Celina Bodin de MORAES: “A noção de causa do contrato é tida como das mais difíceis e complexas em todo o direito civil. Há quem a aponte como sendo de excessiva vagueza e quem a considere despropositada mesmo nos ordenamentos jurídicos que a codificaram, tais como o francês e o italiano. Mais desconhecida ainda, evidentemente, é a causa naqueles sistemas cujos códigos a ignoraram, como é o caso do nosso e do BGB, dentre outros” (A causa dos contratos. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 289-290). Cf. também KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, jul-set/2010. Volume 43; e ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral : acções e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, Volume II, pp. 297-342.

e é ‘índice de como o regulamento negocial de interesses é expressão objetiva de tais finalidades subjetivas’.¹⁴¹

Nesse sentido, a função negocial tem decisivo papel no processo de verificação de eventual abusividade no exercício das posições contratuais, na medida em que todo comportamento que desvie o curso da relação contratual de seu adimplemento e da concretização dos efeitos essenciais inicialmente perseguidos pelas partes – como o exercício do direito à resolução do contrato –, pode estar fundamentado em pretensão ilegítima, caso se constate que traiu sua função negocial, sendo assim entendido como abusivo. Tal postulação, contudo, não elimina todas as dificuldades; é necessário ainda que se proceda a um juízo de merecimento de tutela daquela pretensão, que também deverá revelar-se promotora dos valores caros ao ordenamento jurídico, além de levar em consideração a função econômico-individual do negócio.

A análise funcional se impõe, portanto. Isso porque para aquele juízo de merecimento de tutela não bastará verificar se estão presentes os pressupostos estruturais para o exercício, por exemplo, de determinado direito potestativo pertinente a certa relação contratual (análise de licitude do ato). Mais que isso, é imperioso que se examine o cabimento desse comportamento levando-se em conta os escopos que se busca alcançar por meio do negócio jurídico.¹⁴² No caso da resolução do contrato, deve-se considerar sobretudo se o exercício

¹⁴¹ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial, cit., p. 51. O autor diz ainda na sequência com precisão que “trata-se da função que aquele contrato específico visa a realizar – seu ‘perfil funcional’ – e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a dita função social do contrato. A causa do contrato, em consequência, é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação. Expressa-se igualmente na síntese dos efeitos jurídicos essenciais: não os efeitos tipicamente atribuídos àquela estrutura negocial, mas os efeitos essenciais àquele negócio concretamente firmado. Como já indicado, entra nessa esfera não aquilo que seja motivação pessoal das partes, mesmo que partilhada entre elas – o conhecimento pela outra parte, em que pese ser relevante, não é necessário nem suficiente –, mas sim aquilo que se tenha objetivado como parte daquela situação contratual específica. A síntese destes efeitos essenciais *em concreto* é que deverá ser objeto de avaliação pelo ordenamento, para aferir se compatíveis com os referidos preceitos gerais do ordenamento” (Idem, p. 74. Grifo no original).

¹⁴² Sobre implicações da análise funcional do direito, diz Frederico Kastrup de FARO: “De fato, funcionalizado como os demais institutos jurídicos, o contrato despiu-se da soberba que outrora o caracterizava para, enfim, assumir cordatamente o encargo de servir aos objetivos traçados pelo legislador constitucional. A consequência disto é que, sob a ótica da Lei Maior, já não é o simples talante das partes que justifica o reconhecimento de tutela jurídica (*meritevolezza*) às relações contratuais, mas sim a sua capacidade de coadunar-se com os valores econômicos, sociais e políticos que informam o ordenamento jurídico como um todo” (Boa-fé objetiva e dever

desse direito potestativo se coaduna e tem sua razão justificadora na própria função negocial. Ou seja, será pertinente resolver a relação contratual – em meio a outros casos – sempre que diante da mora do devedor a sua prestação não sirva mais ao alcance e concretização dos efeitos essenciais que sejam a causa do negócio; sempre, enfim, que esteja frustrada a finalidade do contrato.¹⁴³

Verifica-se aqui, então, que a *função negocial* se acerca do *fim do contrato*, haja vista que este representa, em um viés que mais se aproxima do aspecto prático dos efeitos jurídicos desejados e objetivamente incrustados no negócio, a plena concretização da função econômico-individual da relação contratual. Isso de modo que “a frustração da finalidade própria do contrato, por fatos externos e não incluídos no risco daquele tipo de negócio, destrói a razão de ser da permanência das obrigações”.¹⁴⁴ *A contrario sensu*, pois, e em uma leitura que englobe a noção de função negocial, entende-se que enquanto a prestação ainda for útil ao credor, por realizável o fim do contrato, o pleito de resolução da relação contratual com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil deve ser tido por abusivo, por exceder os limites impostos pela função negocial.

Nessa perspectiva, é a comparação entre a síntese objetiva de efeitos buscados pelas partes, consubstanciada na função negocial, e a ainda possível prestação pelo devedor em mora – frise-se, nas circunstâncias concretamente existentes e geradas por seu inadimplemento relativo – que permitirá identificar se de fato não há mais interesse do credor na prestação – ou se, ao contrário, seu pedido de resolução contratual se afigura abusivo, visto que violador da sua função econômico-individual.¹⁴⁵

Em síntese, os fundamentos que foram dados para reprimir o exercício abusivo dos direitos podem ser reduzidos a um só: nenhum direito subjetivo é ilimitado, socialmente

de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2009. Volume 38, p. 12).

¹⁴³ A respeito da frustração do fim do contrato, aduz Rodrigo Barreto COGO: “Trata-se de hipótese na qual a prestação é plenamente possível, mas o contrato perdeu seu sentido, sua razão de ser, por não ser mais possível alcançar seu fim, seu escopo, sua função (concreta) em decorrência da alteração das circunstâncias” (*A frustração do fim do contrato*, cit., pp. 168-169).

¹⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 151. Cf. também LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, cit., p. 417.

¹⁴⁵ “A frustração do fim do contrato acarreta, inexoravelmente, a perda de sentido na contratação. O contrato deixa de ter razão de ser, torna-se inútil, estéril, inócuo. [...] Teremos, portanto, uma prestação útil ao credor sempre que ela seja capaz de suprir a sua necessidade e dar-lhe o proveito que visa a obter com o contrato. Dessa forma, a prestação será útil quando for apta a atingir o fim almejado” (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*, cit., pp. 224-225).

descontextualizado e, por isso, tutelável se exercido apenas com propósitos solipsistas.¹⁴⁶ Todos os direitos trazem consigo limites internos, de maneira tal que seus titulares não deverão descuidar dos valores maiores do ordenamento jurídico, como o dever de solidariedade. Essa concepção tem como corolário no direito contratual em geral, e em relação ao direito (ainda que potestativo) de resolução em específico, o mútuo dever de cooperação entre todos os contratantes.

2.3. Boa-fé objetiva e dever de cooperação no exercício do direito de resolução

Pelo caminho até aqui percorrido, é de fácil percepção que houve uma alteração qualitativa na dinâmica das relações contratuais. O cenário não é mais aquele em que partes contrapostas digladiavam-se para obter o máximo proveito individual a despeito dos interesses do outro polo e dos efeitos externos que o contrato pode gerar para toda a sociedade. Essa conformação, típica do liberalismo clássico, não tem mais espaço na atual compleição do direito civil, repensado que está pela direta aplicação das normas constitucionais sobre as relações privadas.¹⁴⁷

Ao contrário, na legalidade constitucional brasileira, não obstante continuar o interesse do credor a ter destacada importância, o equilíbrio há de ser buscado a todo instante, de modo que o devedor não seja encarado como um laçao cujo primeiro e último dever consista em anuir com todos os propósitos satisfativos do credor a qualquer custo e por qualquer meio, em

¹⁴⁶ LEÓN, Pedro. La teoría del abuso en el ejercicio de los derechos. TINTI, Guillermo P. (Coord.). *El abuso en los contratos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 52. No mesmo sentido, Teresa Ancona LOPEZ: “Em suma, todas essas limitações ao exercício do direito subjetivo (nunca ao próprio direito) levam à mudança do conceito do direito subjetivo: de poder absoluto de agir a poder relativo de agir. O direito subjetivo é, então, um direito relativo” (Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2009. Volume 885, p. 52). Finalmente, arremata Ricardo Luis LORENZETTI: “Concretamente: o contratante não cria Direito, mas recria-o, concretiza-o. Isso implica que deve aceitar seus pressupostos, e não agir isoladamente” (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 546). A respeito da releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais frente à função social dos contratos, cf. MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁴⁷ A respeito dos perigos do individualismo existente na base do liberalismo clássico, e de uma busca de equilíbrio entre as liberdades públicas e a presença do Estado, cf. ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2. ed. rev. et augm. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1951, pp. 227-290.

único benefício e para exclusivo deleite do último. Em uma sentença: o vínculo obrigacional não é uma prisão.¹⁴⁸

Isso não significa dizer, por evidente, que teria havido uma suposta inversão de posições, com a criação de uma espécie de credor-devedor, que devesse priorizar os interesses da contraparte sobre os seus próprios.¹⁴⁹ Semelhante concepção seria contrafactual, na medida em que ninguém contrata *para* atender a interesses alheios em supressão dos próprios – nem se lhe poderia exigir algo semelhante.¹⁵⁰

Significa, sim, que cabe a todas as partes envolvidas cooperarem mutuamente e em equilíbrio. Destarte, não se deve mais cogitar da figura principal *do contratante*, mas sim uma relação cooperativa *dos contratantes* com o desiderato comum de que seja alcançado o adimplemento de todas as obrigações pactuadas – o que leva à conclusão de que a relação obrigacional é um todo orgânico, “diverso dos elementos ou das partes que o formam”.¹⁵¹ Importam, pois, não apenas os direitos subjetivos, potestativos, deveres e ônus de cada parte, mas sobretudo o integral cumprimento do contrato visto em sua totalidade.¹⁵²

¹⁴⁸ “No estudo das obrigações não se vê exclusivamente a figura proeminente do credor, posto que se está diante de uma relação jurídica entre dois sujeitos de igual valor. Assim, não se pode admitir a visão de prisão pelo vínculo” (LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações : parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 2, p. 9). Diz ainda que “o contrato, tal qual a obrigação, relação jurídica complexa, é um processo que [...] tem dinamismo e somente chegará ao seu bom êxito se contar com a colaboração leal dos dois participantes” (Idem, p. 10).

¹⁴⁹ “A relação não é um fim em si própria, é instrumento para um fim de convivência, e esse fim é a tutela e a satisfação de um interesse do credor na cooperação do devedor” (BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 33).

¹⁵⁰ No mesmo sentido, e apesar da fundamental atuação do princípio da função social no ordenamento brasileiro, não se poderia supor que as partes em um contrato negociem prioritariamente para atenderem a interesses sociais, como bem observado por Pablo RENTERÍA: “Nesse sentido, é de se tomar com cuidado a proposta daqueles que defendem a funcionalização da relação contratual como decorrência do princípio da função social, mas disso inferem que se deva, em nome da função social, imputar às partes deveres positivos que teriam por escopo assegurar que o contrato esteja a efetivar interesses sociais relevantes (meio ambiente, geração de empregos etc.). Além do mais, mostrar-se-ia difícil efetuar o controle quanto à observância desses deveres positivos” (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 305).

¹⁵¹ Cf. SILVA, Clóvis do Couto e Silva. *A obrigação como processo*, cit., pp. 17-22. Complementa Giovanni Ettore NANNI: “A obrigação não se identifica no direito ou nos direitos de credor. Ela, ao invés, se configura sempre como uma relação de cooperação endereçada à atuação de um interesse patrimonial do credor a ser realizada no pleno respeito ao valor da dignidade da pessoa humana diretamente ou indiretamente protagonista do comportamento envolvido na prestação” (O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade, cit., pp. 303-304).

¹⁵² Giovanni Ettore NANNI assim sintetiza a questão: “É este o espírito que norteia a relação obrigacional no atual cenário constitucional-civilístico: a atuação das partes em cooperação para atingir a satisfação da obrigação” (O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade, cit., p. 308).

Por essa mais ampla e importante perspectiva, percebe-se que a inexecução por qualquer das partes das obrigações e deveres que lhes cabem respectivamente tem o indesejado potencial de fazer ruir todo o programa contratual. O equilíbrio e a continuidade do contrato dependem, portanto, da colaboração e cooperação mútuas de todos os contratantes. O atuar colaborativo nas relações sociais, aí incluídas as contratuais, foi metaforizado com perfeição pelo Marquês de Maricá: “os homens em sociedade são como as pedras numa abóbada, resistem e ajudam-se simultaneamente”.¹⁵³

Esses deveres de colaboração e cooperação são frutos da incidência do princípio da boa-fé objetiva no direito civil e, mais especificamente na seara contratual, vêm a ser classificados como deveres laterais de conduta, que no direito brasileiro são criados e impostos legalmente pelo art. 422 do Código Civil. Esse dispositivo não estipula tipologicamente quais seriam todos e cada um dos deveres laterais de conduta, tendo a feição de uma cláusula geral que se amolda aos casos concretos criando deveres específicos para cada das relações contratuais, na medida de suas peculiaridades. Deveres esses dentre os quais, além daqueles de colaboração e cooperação, incluem-se, por exemplo, deveres de cuidado, previdência, proteção e segurança com a pessoa e o patrimônio da contraparte; aviso, esclarecimento e informação; prestar contas; e omissão e segredo.¹⁵⁴

Com a esquivia de uma difícil enumeração taxativa, de duvidoso cabimento, são deveres que, tendo sido impostos pela boa-fé objetiva, demandam “um padrão de conduta leal, correto e honesto que, contudo, se materializa em exigências que não podem ser de antemão definidas”.¹⁵⁵ Outra característica marcante, que leva o princípio a um papel de destaque no âmbito do direito das obrigações, é a de que sua imposição independe da vontade das partes contratantes – o que quer dizer que todos os deveres laterais que cria são de cumprimento obrigatório.

¹⁵³ Apud FARO, Frederico Kastrup de. Boa-fé objetiva e dever de cooperação, cit., p. 3.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439. Cf. ainda NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, cit., p. 152. Em observação complementar, António Menezes CORDEIRO: “De facto e tal como qualquer conceito indeterminado, a boa fé requer, para a sua aplicabilidade, um preenchimento adequado, numa semelhança aparente com a lacuna. Mas as parênteses ficam-se por aí. A lacuna é uma falha de regulação contrária ao sistema; a boa fé corresponde a uma proposição do sistema, por ele querida, não havendo nem falha, nem contrariedade” (*Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 1264-1265). Sobre o papel e o funcionamento das cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva, em um sistema jurídico móvel, como o brasileiro, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 127-148.

Assim, do mesmo modo que é redundante e despiciendo que conste expressamente no contrato que os deveres advindos da boa-fé objetiva devem ser obedecidos – pois que já o são mesmo que tal manifestação não conste expressamente no programa contratual –, é inócua e vazia de sentido a tentativa de se afastar a incidência da boa-fé objetiva por meio de determinada cláusula contratual. Trata-se de norma cogente, então, a preceituada no art. 422 do Código Civil.¹⁵⁶

Não se deve aceitar, contudo, que os deveres impostos *ex lege* pela boa-fé objetiva – muito embora chamados de “laterais” – sejam de menor importância e venham a ocupar uma posição hierárquica inferior frente às obrigações e aos deveres pactuados voluntariamente pelos contratantes. Tal visão é errônea e pode levar a entendimentos equivocados no âmbito do inadimplemento. Se por um lado a categorização dos deveres de prestação em principais (primários), secundários e laterais (anexos ou instrumentais) tem inegável importância didática, por outro não pode fazer crer que a inexecução de um dever acessório ou de um lateral teria menor peso do que a de um dever principal para eventual avaliação do inadimplemento de um contrato.¹⁵⁷ Portanto, na verdade todos aqueles deveres – principais, secundários e laterais – formam um todo que, este sim, deve ser levado em consideração na análise do (in)adimplemento.¹⁵⁸

¹⁵⁶ “Sendo certo que o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos, importa insistir numa outra constatação: diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 456-457). Cf. também AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., pp. 246-247.

¹⁵⁷ É essa a lembrança feita por Manuel CORNET: “[...] *el incumplimiento de aquellas obligaciones accesorias que garantizan el exacto cumplimiento de la principal autoriza la resolución, al igual que aquellas que por voluntad de las partes o por la naturaleza del contrato forman parte del equivalente de la principal; también aquellas que están a cargo del acreedor, cuyo cumplimiento es necesario para que el deudor pueda cumplir su obligación principal*” (Abuso y resolución del contrato. TINTI, Guillermo P. (Coord.). *El abuso en los contratos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 74).

¹⁵⁸ A integração dos deveres criados pela cláusula geral da boa-fé objetiva no conteúdo do contrato gera consequências no campo da responsabilidade civil, como demonstrado por Teresa NEGREIROS: “Neste contexto, a existência de deveres decorrentes da boa-fé atenua a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. De fato, o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas as suas múltiplas especificações. Este o campo de atuação dos deveres instrumentais” (*Teoria do contrato*, cit., pp. 153-154). E ainda Patrice JOURDAIN: “*S'agissant du fait personnel du débiteur, on ne pourrait a priori nier l'incidence du contrat sur l'appréciation de l'inexécution et de la faute contractuelle. Pourtant, l'insertion dans le contrat d'obligations non spécifiquement contractuelles tend à affaiblir sensiblement cette originalité de la responsabilité contractuelle : la faute contractuelle ne diffère plus guère de la faute délictuelle lorsqu'elle consiste en la violation d'une norme générale s'imposant à tous*” (Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. *Les métamorphoses de la responsabilité*: colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers – Sixièmes Journées René Savatier. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 77). Em tradução livre: “Em se tratando de fato pessoal do devedor, não se poderia negar a

Dentre tais deveres legalmente impostos a todos os contratos e que, nesse sentido, necessariamente precisam ser cumpridos por todos os contratantes, tem particular importância ao escopo deste trabalho o já antes anunciado dever de colaboração e cooperação. Este opera em uma via de duas direções: tanto cabe ao devedor executar a sua obrigação da maneira mais proveitosa ao credor, quanto cabe a este – mais do que não criar empecilhos – ensejar o cumprimento da prestação pelo devedor. O adimplemento, não se olvide, é a finalidade última e maior da relação contratual – o que eleva a perspectiva teleológica para além dos individualizados interesses do credor e do devedor, cuidando-se, em vez disso, da síntese de interesses inerente ao próprio negócio.¹⁵⁹

Logo, há um olhar que se faz imperioso sobre o contrato: é o olhar do direito civil-constitucional, que reconhece a força normativa da Constituição e exige que as relações privadas – inclusive as contratuais, por evidência – promovam os maiores valores do ordenamento, especificamente no caso o solidarismo constitucional. É o princípio da solidariedade que indica a existência de um interesse social que transcende os interesses individuais e polarizados dos contratantes; é este “o interesse que decorre da visão solidarista da relação obrigacional. Não se trata de alijar as partes de sua liberdade de ação, mas de conformar o seu comportamento com a dimensão social que se exige”.¹⁶⁰

É fora de questão, portanto, que os contratantes têm correspectivos deveres de colaboração com a finalidade em comum de que o programa contratual seja inteira e otimamente cumprido. Contudo, não se deve imaginar que tal atuar cooperativo tenha sido criado apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988 e do Código Civil de

priori a incidência do contrato sobre a apreciação da inexecução e da culpa contratual. Entretanto, a inserção no contrato de obrigações não especificamente contratuais tende a enfraquecer significativamente esta exclusividade da responsabilidade contratual : a culpa contratual não difere quase nada da culpa delitual quando ela consiste na violação de uma norma geral a todos imposta”.

¹⁵⁹ “[...] as partes devem agir com a lealdade e a correção próprias das pessoas de bem. Desta forma, poderá decorrer dos termos do negócio e segundo a boa fé um dever para o credor de receber a prestação ou de cooperar no acto do cumprimento” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 95).

¹⁶⁰ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade, cit., p. 297. Dessa forma, há de ser superada a visão antagonista das relações obrigacionais, como bem expõe Paulo Luiz Netto Lôbo: “Tradicionalmente, a obrigação, especialmente o contrato, foi considerada composição de interesses antagonísticos, do credor de um lado, do devedor de outro. [...] O antagonismo foi substituído pela cooperação, tido como dever de ambos os participantes e que se impõe aos terceiros. Revela-se a importância não apenas da abstenção de condutas impeditivas ou inibitórias, mas das condutas positivas que facilitem a prestação do devedor” (*Teoria geral das obrigações*, cit., p. 101). Afirma ainda que “o dever de cooperação resulta em questionamento da estrutura da obrigação, uma vez que, sem alterar a relação de crédito e débito, impõe prestações ao credor enquanto tal. Assim, há dever de cooperação tanto do credor quanto do devedor, para o fim comum. Há prestações positivas, no sentido de agirem os participantes de modo solidário para a consecução do fim obrigacional, e há prestações negativas, de abstenção de atos que dificultem ou impeçam esse fim” (Idem, p. 103).

2002. Sem que se faça necessário recorrer a fontes mais antigas que a própria legislação brasileira, o Código Civil de 1916 já anunciava um comando genérico de conduta cooperativa da parte do credor para com o devedor, ao considerar o primeiro em mora sempre que não quisesse receber o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados (*ex vi* dos arts. 955 ao 963).¹⁶¹

De toda forma, o tratamento jurídico dado à noção de cooperação após a Constituição da República de 1988 foi qualitativamente alterado. Se antes de sua promulgação se poderia dizer que o credor deveria colaborar com o devedor, mas em uma perspectiva ainda voltada atomisticamente aos interesses do segundo, agora há de assumir que o dever de colaboração vai mais além do que os interesses individuais e momentâneos das partes contratantes; é baluarte, sim, do interesse social maior de que vigore em toda a teia de relacionamentos sociais o sentido do agir solidário. O fundamento, vê-se, é substancialmente mais profundo no ordenamento jurídico atual.¹⁶²

Ao referido solidarismo constitucional no âmbito do direito das obrigações está especialmente aliada a boa-fé objetiva, antes caracterizada. No que está essencialmente afeito ao propósito deste estudo, há de se reconhecer que, dentre outros campos de influência, “a boa-fé objetiva também atua para limitar o exercício da resolução”.¹⁶³ Sua atuação se funda tanto como ferramenta de interpretação de cláusulas resolutivas (CC, arts. 113) como elemento de limitação de pleitos resolutivos frente a si considerados abusivos (CC, art. 187) – esteja-se defronte cláusulas resolutivas expressas ou tácitas (CC, arts. 474 e 475).

¹⁶¹ O *telos* da mora do credor é o mesmo desde o direito romano, como demonstra Ebert CHAMOUN: “Se, contudo, o credor, sem justa causa, recusasse a prestação oferecida pelo devedor, ele próprio incorria em mora (*mora in solvendo, mora solvendi*)” (*Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 328). Afirma Antônio Menezes CORDEIRO que “a simples existência da figura da mora do credor parte do pressuposto, aliás de fácil comprovação, de que, no cumprimento é, muitas vezes necessária a colaboração do credor” (*Tratado de direito civil português*, cit., p. 128).

¹⁶² Antônio Menezes CORDEIRO também coloca o comportamento colaborativo do credor como corolário da noção de situação jurídica complexa: “Como foi antecipado, a complexidade intra-obrigacional não se queda pela posição do devedor. Ela atinge a do credor. Este aspecto foi desbravado pela determinação e pelo estudo da mora do credor. Numa leitura liberal pura, o credor, titular de um direito, não incorreria em deveres ou encargos; contra ela, impôs-se a evidência de que, mercê de actuações inadequadas ou de pura passividade, o beneficiário podia dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação, deixando o devedor, para sempre, vinculado. [...] A análise atenta da ideia de ‘possibilitar o cumprimento’ cedo revelou que estava em jogo, não apenas a abstenção de atitudes impeditivas, mas ainda a necessidade de, por formas activas, facultar a actuação do devedor. Chegou-se, assim, aos deveres de colaboração por parte do credor. [...] O passo definitivo consistia em assacar, ao credor, toda uma série de deveres de lealdade, de colaboração e de proteção, decalçados dos do devedor e com um âmbito transcendente em relação ao mero aceitar da prestação. Foi dado” (*Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 593-594).

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume II, cit., p. 124. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 457-464.

De acordo com Jorge Mosset Iturraspe:

En cuanto al pacto comisorio – o al funcionamiento de la ley comisorio, efecto natural en los contratos con prestaciones recíprocas [...], no debe perderse de vista que ‘constituye una protección al contratante de buena fe que cumple con sus obligaciones frente al que deja de hacerlo, alterando así el equilibrio de los contratos libremente celebrados. Empero, esta ‘protección’ no puede transformarse en arma de ataque desmedido o injusto. Ello acontece cuando el derecho a la resolución se hace valer ante un incumplimiento de escasa importancia, de obligaciones accesorias sin resonancia sobre la operación jurídica tenida en vista. Recordemos que éstos y similares abusos dieron lugar a una nutrida jurisprudencia dirigida a limitar el ejercicio de tal derecho [...].¹⁶⁴

Nesse sentido, a incidência dos deveres laterais advindos da cláusula geral da boa-fé objetiva na execução dos contratos tem como um de seus efeitos o refreamento do exercício do direito potestativo de resolução pelo credor com base em alegado inadimplemento absoluto do devedor diante de sua mora. Isso ocorrerá sempre que, diante das peculiaridades do caso concreto e após o juízo de merecimento de tutela, se conclua que o credor não tem justo e legítimo motivo para pleitear a resolução do contrato – o que acarretaria como consequência a manutenção do vínculo com a permanência dos efeitos da mora para o devedor, sem afastar, esclareça-se, eventual reconhecimento posterior da perda da utilidade da prestação para o credor e sequente renovação do pleito resolutorio.¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1978, pp. 95-96. No mesmo sentido, RAMELLA, Anteo E. *La resolución por incumplimiento: pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1975, p. 55; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 250; e BECKER, Anelise. 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, nov/1993. Volume 9, número 1, p. 70. Grifo no original. Mais analiticamente, Luiz Felipe DIFINI assim apresenta o papel da boa-fé objetiva na resolução da relação contratual: “O princípio da boa-fé, em verdade, informa todo o instituto da resolução: a) é o fundamento do direito de resolver; b) define os casos em que é cabível o exercício do direito à resolução; c) baliza a interpretação e o controle da aplicação da cláusula resolutoria expressa; d) estabelece os limites do exercício do direito de resolução e e) as consequências advindas de seu exercício (por exemplo, a disciplina da restituição das prestações adimplidas pelos contratantes)” (Resolução das obrigações e a cláusula resolutoria no Código Civil de 2002. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Volume IV., p. 711).

¹⁶⁵ Quanto à importância da análise do caso concreto e de suas circunstâncias quando do juízo de merecimento de tutela, diz Pietro PERLINGIERI: “*Il controllo di meritevolezza ha ad oggetto l’atto tenuto conto delle peculiarità del caso specifico, collocandolo nel contesto politico-economico: soggetti, materia-oggetto del contratto, tempi, modalità di conclusione concorrono alla precisazione del regolamento negoziale. Il controllo esige una valutazione ispirata al bilanciamento degli interessi e dei valori, sí che il contratto risulti ragionevole (senza che necessariamente vi sia una perfetta equivalenza di diritti e di obblighi o di prestazioni!)*” (Il principio

Todavia, não se deve entender tal limitação ao exercício do direito de resolução do contrato como um regramento a favorecer exclusivamente o devedor (em mora, no exemplo citado).¹⁶⁶ Isso porque o dever de colaboração, que desempenha relevante papel no mencionado refreamento do exercício daquele direito potestativo extintivo, também recai sobre o devedor, na medida em que “o titular da situação de sujeição deve também cooperar para que o titular do poder formativo possa exercê-lo utilmente. Não se trata se simples sujeição: é, ao revés, presente um dever de cooperação”.¹⁶⁷

Ao que aqui interessa, finalmente, a boa-fé objetiva como cláusula impositiva dos deveres de colaboração e cooperação entre todos os contratantes vinculados por determinada relação serve de ferramenta auxiliar para a identificação e sistematização de critérios objetivos de aferição da perda de utilidade da prestação, como instrumentos de controle – e eventual refreamento – do poder de resolução do credor diante da mora do devedor.¹⁶⁸

Essa perda de utilidade – já aludida ao longo do presente trabalho –, constitui, ao lado de outros, um dos pressupostos para que a resolução contratual seja legitimamente exercida, como se verá a seguir.

2.4. Pressupostos para a resolução contratual

di legalità nel diritto civile. *Rassegna di Diritto Civile*, 1/2010, p. 189). Em tradução livre: “O controle de merecimento de tutela tem como objeto o ato tendo em conta as peculiaridades do caso específico, colocando-o no contexto político-econômico: sujeitos, matéria objeto do contrato, tempos, meios de conclusão concorrem para a especificação do regramento negocial. O controle exige uma avaliação inspirada no balanceamento dos interesses e nos valores, e que o contrato resulte racional (sem que necessariamente haja uma perfeita equivalência de direitos e de obrigações ou de prestações!)”.

¹⁶⁶ Sobre o ocaso do princípio do *favor debitoris* nas relações obrigacionais, agora eclipsado por um ascendente *favor debilis*, confira-se Ricardo Luis LORENZETTI: “*En la sociedad moderna se advirtió que muchos deudores son fuertes y otros acreedores débiles [...]. Podemos señalar que ya no se trata de un favor debitoris, sino de un favor debilis*” (*Tratado de los contratos*, cit., p. 137). Esse cenário tem implicações importantes no direito brasileiro frente ao preceituado no art. 133 do Código Civil. Poder-se-ia falar, então, que neste caso a presunção do prazo em benefício do devedor feita pela lei civil seria *juris tantum*, eventualmente afastável pela análise do equilíbrio dinâmico da relação.

¹⁶⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 687.

¹⁶⁸ “Por isso, e mais do que nunca, a boa-fé objetiva carece de uma constante investigação doutrinária que aprimore a sua conformação dogmática e que a articule e integre aos demais princípios contratuais e constitucionais. Só assim serão passíveis de um controle jurídico racional as decisões que a boa-fé propicia ao abrigo do Código Civil de 2002 – controle sem o qual seremos condenados ao voluntarismo do intérprete e ao abuso judicial, tornando a boa-fé no seu oposto” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual, cit., p. 253).

Como já antes exposto,¹⁶⁹ a resolução do contrato tem cabimento em situações diversas umas das outras. De qualquer forma, todas resultam não de um defeito existente quando de sua formação, mas sim de um fato posterior à sua conclusão que geralmente atua como uma mácula à legítima expectativa de uma das partes contratantes. Podem ter como origem um comportamento da contraparte, como no caso do inadimplemento de uma obrigação, ou um fato natural ou social, como a impossibilidade superveniente da prestação ou a alteração anormal das circunstâncias ligadas ao contrato.¹⁷⁰

De todas as hipóteses de resolução, uma em específico é objeto da presente investigação: a embasada em inadimplemento absoluto decorrente da perda da utilidade da prestação para o credor por força da mora do devedor – vicissitude prevista pelo parágrafo único do art. 395 do Código Civil. Faz-se pertinente e necessário, então, que sejam verificados os pressupostos de admissibilidade do pleito resolutório nessa hipótese, que passará sempre pelo crivo judicial quando de cláusulas resolutivas tácitas, e quando expressas ao menos se houver resistência à pretensão da parte que a exerce. Um desses pressupostos é iniludivelmente a perda da utilidade da prestação, apreensível pela própria literalidade daquele dispositivo legal, a ser mais detalhadamente desenvolvido no capítulo seguinte.¹⁷¹ É momento, portanto, para estudo dos outros, não menos importantes mas fora do âmbito de concentração do problema central e motivador da presente investigação.¹⁷²

O primeiro desses pressupostos, majoritariamente aceito pela doutrina, é o de que se trate de relação contratual bilateral – de contratos sinalagmáticos, pois.¹⁷³ Chega-se a se dizer peremptoriamente que “a resolução é modo de extinção de contratos bilaterais, assim entendidos aqueles onde há sinalagma genético e funcional, entre prestações recíprocas e equivalentes”.¹⁷⁴ O fundamento residiria no sentido de que não seria legítimo que se exigisse de um dos contratantes, a quem também coubesse efetuar alguma(s) prestação(ões), que se mantivesse vinculado a uma relação obrigacional desequilibrada, por exemplo, por força de

¹⁶⁹ Vide item 1.2, *supra*.

¹⁷⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 628. Grifo no original.

¹⁷¹ Vide capítulo 3, *infra*.

¹⁷² A respeito da exclusão da culpa como pressuposto essencial da resolução, cf. MACHADO, João Baptista. *Pressupostos da resolução por incumprimento*, cit., pp. 129-130.

¹⁷³ Conforme explica Orlando GOMES, “na formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, mas, nos efeitos, tanto pode ser bilateral quanto unilateral. [...] Não é pacífica a noção de contrato bilateral. Para alguns, assim deve qualificar-se todo contrato que produz obrigações para as duas partes, enquanto para outros a sua característica é o sinalagma, isto é, a dependência recíproca das obrigações, razão por que preferem chamá-los contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações” (*Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 84-85).

¹⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 87.

excessiva onerosidade, da impossibilidade, ou da imprestabilidade supervenientes da prestação da contraparte.

A restrição da resolução aos contratos bilaterais, entretanto, não é pacífica na doutrina, visto que há autores a defender que a aceitação geral de uma bilateralidade do contrato como pressuposto resolutivo – no caso brasileiro – dos arts. 474 e 475 do Código Civil, não poderia querer representar uma necessária vinculação dos dois termos uma vez que “a resolução, em consequência de uma teia legal assimétrica, pode ‘atingir’ contratos unilaterais”.¹⁷⁵

A possibilidade da resolução nos contratos unilaterais adviria da complexidade intraobrigacional, vez que mesmo a um contratante não devedor de prestações principais recairiam deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva (CC, art. 422). Alguns autores chegam mesmo a sustentar que a noção de sinalagma deve ser estendida para além da mera correspectividade de obrigações.¹⁷⁶ De qualquer forma, restrinja-se a resolução aos contratos bilaterais ou seja também pertinente aos contratos unilaterais, certo é que para a hipótese aqui analisada em ambos os casos caberia ao credor demonstrar que a prestação não lhe seria mais útil por decorrência da mora do devedor.

Por seu turno, o segundo dos pressupostos é um prolongamento do primeiro: funda-se na não inadimplência do credor que pleiteia a resolução do contrato. Daí a observação de J. M. Carvalho Santos: “essencial, por conseguinte, é que antes de propor a ação de rescisão, o autor tenha, pelo menos, oferecido ao outro contraente, a sua prestação, consignando-a, quando for o caso”.¹⁷⁷ Se nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir a execução da prestação pela contraparte (CC, art. 476), seria absurdo admitir que mesmo o credor inadimplente pudesse pleitear a resolução do contrato e eventualmente exigir indenização por perdas e danos. Por evidência, a defesa da

¹⁷⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 69. Em que pese se posicione contrário ao cabimento da resolução nos contratos unilaterais, diz Adriano Paes da Silva Vaz SERRA: “Em defesa desta doutrina, alega-se que a causa desempenha também papel importante nestes contratos, pois não podem considerar-se correlativas apenas as obrigações que as partes, na data do contrato, encararam como tais (contratos bilaterais), mas também aquelas cuja correlação, independentemente de terem sido assim encaradas, é, no entanto, indispensável ao equilíbrio contratual. Ora, nos contratos unilaterais, deixando o devedor de cumprir, deve poder cessar a obrigação da outra parte, visto que esta só consentira no contrato contando com o cumprimento da obrigação do devedor” (*Resolução do contrato*. Lisboa: BMJ, 1957, p. 17).

¹⁷⁶ Para um estudo mais detalhado a respeito da ampliação do conceito de sinalagma, e da noção de quase-sinalagma, cf. PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e a extensão do sinalagma. CORDEIRO, António Menezes; SILVA, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e (Org.). *Estudos em honra do professor doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, Volume 1.

¹⁷⁷ *Código civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 252 apud TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I, cit., p. 123.

compatibilidade da resolução com os contratos unilaterais passa pelo reconhecimento de que o adimplemento está não apenas no cumprimento das prestações principais, mas também no dos deveres criados pela boa-fé objetiva. Em todo caso, vale a observação feita anteriormente quanto à não prejudicialidade, num caso ou no outro, da exigência da aferição da perda da utilidade da prestação na hipótese do parágrafo único do art. 395 do Código Civil.

Para essa hipótese legal, por fim, o terceiro pressuposto é o de que se esteja diante de caso de inadimplemento absoluto.¹⁷⁸ Na peculiar denominação dada ao inadimplemento absoluto no direito português, António Menezes Cordeiro pontua que “o incumprimento definitivo traduz uma desistência, por parte do Direito, de manter em vida o dever de prestar principal, na expectativa de que o devedor inadimplente o cumpra”.¹⁷⁹ Na hipótese em estudo, ligada à mora do devedor, é exigido para a sua aceitação que esteja fundada em considerável inadimplemento do devedor.¹⁸⁰

Nas palavras de Enzo Roppo:

A possibilidade de resolver o contrato por não cumprimento é, em todo o caso, subordinada a uma condição: que o não cumprimento não tenha 'escassa importância', atendendo ao interesse da parte que o sofre. Seria, na verdade, absurdo e injusto – e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico – se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima e insignificante inexactidão na execução da outra parte. É necessário, ao invés, que o não cumprimento invocado por quem pede a resolução, seja razoavelmente sério e grave, e prejudique, de modo objectivamente considerável, o seu interesse. A existência destes pressupostos deve ser avaliada, caso a caso, pelo juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto e, eventualmente, atendendo também à experiência de análogas relações ocorridas, no passado, entre as mesmas partes (assim, se uma parte - no âmbito de uma relação de negócios habitual - manifestou sempre tolerância por uma certa margem de atraso ou de inexactidão qualitativa das prestações da parte contrária, isto pode constituir elemento relevante para excluir que o não cumprimento seja suficientemente grave de modo a justificar a resolução). O juiz, é chamado em suma, a operar uma avaliação segundo a boa fé da complexiva economia do negócio e das legítimas expectativas das partes,

¹⁷⁸ É pertinente a observação de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “A possibilidade de o credor restituir a prestação recebida tem sido considerada pela doutrina estrangeira, e mesmo por legislações, como um requisito para o seu pedido resolutorio. A regra não pode ser aceitar no nosso sistema, com total abrangência. Em primeiro lugar, é de se referir que a restituição é mais um efeito do que propriamente um requisito da resolução. Porém, como não seria justo permitir ao credor, impossibilitado de restituir ao devedor a prestação recebida, beneficiar-se com a resolução do negócio, a questão permanece e se põe realmente como um elemento a ser apreciado pelo juiz e a determinar a rejeição do pedido do credor, em alguns casos” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 174).

¹⁷⁹ *Tratado de direito civil português*, cit., p. 135.

¹⁸⁰ “A resolução por inadimplemento é própria dos contratos sinalagmáticos; só se justifica quando o não-cumprimento tem importância considerável” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 206). O direito italiano exige, nesse particular, que o inadimplemento não seja de escassa importância. Cf. MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., pp. 35-37.

fundadas sobre aquela, de modo a rejeitar as pretensões com ela incongruentes, e, nesse sentido, contrastantes com o princípio da correção que domina, também, a matéria da execução do contrato.¹⁸¹

Percebe-se, desse modo, alguma aproximação com teorias correlatas, como a do adimplemento substancial e do inadimplemento anterior ao termo. A primeira “surge com o propósito de autorizar a avaliação de gravidade do inadimplemento antes de deflagrar a consequência drástica consubstanciada na resolução da relação obrigacional”,¹⁸² tendo por parâmetro avaliativo a boa-fé objetiva.¹⁸³ Já a segunda tem por escopo identificar situações em que mesmo antes do termo seja possível identificar com base no comportamento do devedor que a prestação será inadimplida; permite, assim, ao credor que antecipe as medidas que normalmente tomaria somente após ultrapassado o prazo a partir do qual normalmente estaria caracterizado o inadimplemento, como a resolução contratual.¹⁸⁴

Embora uma teoria tenha por objetivo refrear ou impedir o exercício da resolução contratual e a outra enseje o seu exercício antecipado, há um ponto de interseção que se revela muito importante para a pesquisa em desenvolvimento: ambas levam em consideração o interesse do credor. Em um caso, diz-se que houve o adimplemento da prestação pelo fato de o credor ter tido seu interesse substancialmente satisfeito; em outro, diz-se que a prestação foi

¹⁸¹ *O contrato*, cit., p. 266.

¹⁸² SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., p. 18. Cf. também AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008. Volume VI, p. 591

¹⁸³ Assim define Anelise BECKER: “O adimplemento substancial [...] constitui ‘um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização’ e/ou de adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa fé” (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, nov/1993, Volume 9, número 1, p. 60). Discorrendo quanto aos critérios de aferição da substancialidade do adimplemento, diz Anderson SCHREIBER: “O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. [...] Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual” (A tríplex transformação do adimplemento, cit., pp. 19-21). Ver ainda BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁸⁴ “As alterações pelas quais passou o direito das obrigações nos últimos tempos permitiram a contemplação de hipóteses em que, mesmo antes do termo, é possível verificar que a prestação não será adimplida, que se tornou impossível para o devedor ou então inútil para o credor” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. cit., p. 121).

inadimplida antecipadamente por se vislumbrar com antecedência que o interesse do credor não poderá mais vir a ser satisfeito.

Assim, quanto à resolução embasada no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, poder-se-ia falar que ela requer um verdadeiro *inadimplemento substancial*, ou, em outras palavras, que não é qualquer descumprimento por parte do devedor que poderia ensejá-la, mas um descumprimento qualificado pela impossibilidade de ainda ser satisfeito o interesse do credor. A questão fulcral para essa hipótese de extinção da relação contratual reside no potencial de utilidade que a prestação ainda tem para o credor – vale dizer, o seu interesse sobre a prestação –, que irá variar segundo as circunstâncias do caso concreto e as características do próprio descumprimento.¹⁸⁵ O nó górdio da questão é, portanto, determinar o *como* se realizar tal aferição; *quais* os critérios de avaliação a serem utilizados.

São esses critérios, objetivos, o que se passa a propor.

¹⁸⁵ Nas palavras de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, “*Interesse* é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência, daí dizer-se que o credor está interessado na prestação do devedor. A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem mais capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é uma prestação inútil. É preciso, portanto, estabelecer em que consiste esse interesse a que a prestação está ligada” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., pp. 132-133. Grifo no original).

3. PARÂMETROS VALORATIVOS PARA UMA AFERIÇÃO OBJETIVA DA UTILIDADE DA PRESTAÇÃO

E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade

Como se percebe pelo até aqui apresentado, um dos corolários da direta incidência dos princípios e regras constitucionais sobre as relações privadas é, no caso específico do direito contratual, o dever de agir solidário que a todos os contratantes é imposto (CR/88, art. 3º, I). Essa exigência é materializada, notadamente, pela criação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva e sua imposição a todos os contratantes e em todas as fases contratuais (CC, art. 422). Isso significa que as partes deverão se comportar de maneira cooperativa, honesta, leal e proba, tendo em conta que há uma finalidade em comum a lhes atrair, que é o adimplemento contratual.

Particularmente no que toca à resolução do contrato, uma das implicações dos deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva é a de refrear ou impedir que o credor pleiteie a extinção da relação por suposta perda da utilidade da prestação decorrente da mora do devedor, aproveitando-se de perturbação substancialmente insignificante e insuficiente a esvaziar ou tornar inatingível o seu interesse – quando não motivado por mero capricho ou causa escusa. É proveitoso ao ordenamento que as relações contratuais sejam mantidas enquanto ainda atingíveis as suas finalidades – vale dizer, enquanto realizáveis as suas funções.

Assim, a aferição da perda da utilidade da prestação para o credor por ocasião da mora do devedor deve ser feita à luz da principiologia do ordenamento jurídico e em face das circunstâncias do caso concreto.¹⁸⁶ Busca-se, assim, refugir à subjetividade – arbitrariedade por vezes – daquele que alega inutilidade superveniente da prestação como justificativa para a

¹⁸⁶ A respeito da individuação da normativa como ordenamento do caso concreto, afirma Pietro PERLINGIERI: “O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individuado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 201).

resolução do contrato. Esse esfacelamento da utilidade deve ser verificável pelo juiz, e pelo devedor, tomando por base as características da relação contratual, e não ao gosto e bel-prazer do credor.¹⁸⁷ É preciso que sejam, por isso, sistematizados critérios para uma aferição objetiva – o que passa pela definição legal de mora feita pelo art. 394 do Código Civil, e por uma análise da cinética da relação contratual.

Tais critérios, dessarte, devem levar em consideração os fatores legais da mora (*tempo, lugar e forma*), bem como a atividade contratual *pregressa* das partes, além da preocupação com a manutenção do equilíbrio contratual ao longo de todo o seu desenvolvimento, aqui representado pelo *sinagma funcional*.¹⁸⁸ Ao fim e ao cabo, é a busca da sistematização de tais critérios o objetivo último da presente investigação.

3.1. Critérios legais para a configuração da mora e suas independências

Conforme se afirmou anteriormente,¹⁸⁹ mora é a “não realização da prestação devida na medida em que essa não realização corresponda à violação da norma, legal ou convencional, que era especificamente dirigida ao devedor (cominando o dever de prestar) ou ao credor (cominando o dever de receber)”¹⁹⁰ – sem que haja prejuízo ou impossibilidade ao futuro cumprimento da obrigação, ou de sua retificação se porventura tiver sido cumprida defeituosamente.¹⁹¹ Assim, o inadimplemento relativo se coloca em posição intermédia entre o inadimplemento absoluto, quando a prestação tenha se tornado impossível ou inteiramente inútil, e o adimplemento, configurado pela inteira e exata execução da obrigação.

¹⁸⁷ Alerta Agostinho ALVIM: “[...] bem pode acontecer que o credor, arrependido do negócio, queira se prevalecer de uma imperfeição relevável, para rejeitar a prestação, o que a lei não permite” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 53).

¹⁸⁸ “A interdependência funcional entre os efeitos essenciais serve, de modo especial, a determinar a função negocial. De fato, observou-se que o nexa de sinalgmatividade, isto é, a particular coligação jurídica entre os efeitos do contrato, é índice do nexa funcional existente entre os recíprocos interesses contratantes” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A causa dos contratos*, cit., p. 309).

¹⁸⁹ Vide item 1.1, *supra*.

¹⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. Volume V, tomo II: Do inadimplemento das obrigações, pp. 223-224.

¹⁹¹ A ideia geral de cumprimento defeituoso é assim colocada por Pedro Romano MARTINEZ: “Numa noção ampla, o defeito corresponde a um desvio à qualidade devida, desde que a divergência seja relevante” (*Cumprimento defeituoso*, cit., p. 163). E ainda: “O defeito pode estar relacionado, não com aspectos corpóreos da coisa, mas antes com a inadequação desta ao fim a que se destina” (Idem, pp. 176-177).

Por estar a noção de adimplemento, assim, tão intimamente ligada à perfeição com que se dá o cumprimento de uma obrigação, afirma Antunes Varela que “a regra mais importante a observar no cumprimento da obrigação é a da pontualidade”,¹⁹² fazendo a ressalva de que a noção de pontualidade é aí utilizada “não no sentido restrito de cumprido a tempo e horas, mas no sentido amplo de que o cumprimento deve coincidir, ponto por ponto, em toda a linha, com a prestação a que o devedor se encontra adstrito”.¹⁹³ Desse modo, não basta que o devedor cumpra formalmente com a sua obrigação; é necessário um *plus*, representado pelo *bem cumprir* a prestação devida.¹⁹⁴

Reside, pois, nesse bem cumprir um mandado de otimização direcionado ao comportamento do devedor para que execute sua prestação de maneira tal que a sua utilidade preencha totalmente o interesse que sobre ela nutre o credor. Nos termos de João Calvão da Silva, o interesse do credor está presente nas duas pontas, origem e fim, da relação obrigacional:

O sacrifício imposto ao devedor materializa-se na prestação a que este fica adstrito [...], destinando-se a sua realização ou actuação a satisfazer o interesse do credor, cuja prevalência no confronto dos interesses do devedor é, assim, óbvia. O que significa que a obrigação não tem um fim autónomo ou não constitui um fim em si mesmo. Tem na satisfação do interesse do credor o seu escopo e razão de ser, que, neste sentido, se pode dizer constituir o alfa e o ômega da obrigação. Daí salientar-se, com propriedade, que a obrigação é um meio ou instrumento técnico-jurídico para a satisfação do interesse do credor a que está colimada, aspecto a ter presente como bússola da nossa viagem.¹⁹⁵

Nessa direção, é certo que quão mais útil for a prestação, com maior vigor será atingido e suprido o interesse do credor. Sendo a satisfação deste, conforme a citação anterior,

¹⁹² *Das obrigações em geral*. 5. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1992. Volume 2, p. 14.

¹⁹³ *Idem*, pp. 14-15.

¹⁹⁴ A exigência de que o devedor cumpra sua prestação com lisura e de maneira a otimizar o seu proveito para o credor faz com que haja, nesse ponto, uma aproximação do regime do inadimplemento das obrigações com o dos vícios redibitórios, sem que com isso se apregoe sua identificação. São institutos próximos, mas com peculiaridades distintivas. Nesse sentido, Antonio Manuel Morales MORENO: “*Si comparamos la redhibición por vicios de la cosa con la resolución del contrato por incumplimiento ambos remedios parecen, a primera vista, análogos en su función básica: permiten a un contratante desvincularse del contrato. [...] La diferencia no está tanto en el efecto de cada uno de ellos, considerado aisladamente, cuanto en el sistema de remedios en el que cada uno se inserta. La acción redhibitoria se inserta en el sistema de remedios del saneamiento; la resolución en el del incumplimiento*” (Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXV, Fascículo I. Madrid: Ministerio de Justicia, enero-marzo, 2012, p. 16).

¹⁹⁵ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 61-62.

o alfa e o ômega da obrigação, percebe-se que é então uma espécie de chave para configuração do adimplemento, mora e inadimplemento absoluto. A análise da utilidade da prestação para o credor tem, portanto, sobrelevada importância no estudo do regime do inadimplemento, especialmente quando da mora do devedor, por ocupar a já descrita posição intermédia entre o adimplemento e o inadimplemento absoluto.¹⁹⁶

Os delineamentos básicos para essa análise são primeiramente previstos pela própria lei. De fato, quando o parágrafo único do art. 395 do Código Civil “cogita da inutilidade da prestação por causa da mora, temos que admitir essa inutilidade em face do tempo, do lugar e da forma do pagamento”,¹⁹⁷ pela necessária interpretação sistemática em combinação com o estipulado no art. 394 do mesmo corpo normativo.¹⁹⁸ Em último grau, útil será a prestação que, tendo adequação temporal, espacial e modal, venha a satisfazer substancialmente o interesse do credor.

Diante desses critérios legais para a configuração da mora, especialmente da maneira como colocados, não merece prosperar o posicionamento doutrinário que alega existir uma certa prevalência do aspecto temporal sobre os relativos ao lugar e à forma da prestação – pelo que o cumprimento no lugar ou na forma indevidos até poderiam configurar a mora, mas desde que a execução estivesse também atrasada.¹⁹⁹ O argumento acaba por esvaziar a

¹⁹⁶ Pontue-se, contudo, que embora o interesse do credor ocupe um patamar de destaque – a ponto de a lei permitir-lhe resolver a relação contratual quando a prestação tiver perdido sua utilidade e, assim, seu potencial de saciar o interesse que baseia o crédito –, tal realce não deve significar que a obrigação se preste e deva tributo apenas a quem a cobra. Como antes delineado, há interesses outros envolvidos – inclusive do devedor, mas sobretudo sociais – não menos importantes. Vide capítulo 2, *supra*.

¹⁹⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 52.

¹⁹⁸ Ponto controverso no regime legal da mora no direito brasileiro é o referente à necessidade da culpa. Em que pese o prescrito no art. 396 do Código Civil, a natureza culposa da mora não é pacífica na doutrina brasileira. Pontes de MIRANDA, por exemplo, discorda de tal ligação umbilical entre mora e culpa: “Mora é falta ao adimplemento, não só demora, ou retardo. Pode não haver mora e haver responsabilidade pela culpa (impossibilidade, deterioração). Pode haver mora e não haver qualquer culpa (*e. g.*, todos os devedores ao devedor faliram, a fazenda de onde lhe viria o dinheiro para pagar as notas promissórias incendiou-se ou foi inundada). Pode haver mora que não pode ser purgada, porque só se poderia prestar no momento em que, *ex hypothesi*, não se prestou” (*Tratado de direito privado*, Tomo XXIII, cit., p. 212). O autor faz uma profunda busca na doutrina a respeito da aproximação entre culpa e mora (*Idem*, pp. 199-220). No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Volume V, tomo II, cit., pp. 263-283. Em sentido contrário, e seguindo a orientação legal, entendem que a mora constitui inadimplemento necessariamente culposos: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 120; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., pp. 14-16; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Volume II, cit., p. 293.

¹⁹⁹ Essa posição doutrinária é assim sintetizada por Jorge Cesa Ferreira da SILVA: “Apesar dos termos da definição legal, a mora no direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao *tempo* da prestação. Isso não significa, por certo, que a mora não ocorrerá quando a prestação for efetuada, ou seu recebimento realizado, no lugar ou na forma distinta do pré-fixado. Porém, nesses casos, o que realmente importará será o tempo que terá de ser gasto para a correta realização da prestação, período que envolverá o estado de mora. As hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso

importância do lugar e da forma como critérios para a configuração da mora, tornando-os meramente subsidiários. Com a devida vênia, essa posição utiliza recursos argumentativos de difícil sustentação que, pela importância do ponto, devem analisados individualmente:

- (i) O uso da própria tese defendida como reforço retórico de uma afirmação, como quando se sustenta que “há que se entender que a mora é, conceitualmente, necessariamente temporária”,²⁰⁰ em negação ao estipulado pela lei civil (CC, art. 394), que em momento algum previu, ou insinuou, o aspecto temporal como requisito hierarquicamente superior em relação ao lugar e ao modo da prestação para a identificação da mora;
- (ii) A tentativa de separar por completo a mora do inadimplemento absoluto, ao se afirmar, por exemplo, que “esta possibilidade [mora] perdura por um determinado período, sob pena de ter-se de admitir a viabilidade teórica de uma mora eterna e, por consequência, de uma obrigação eterna”,²⁰¹ como se não houvesse uma zona de interseção fluida entre a primeira e o segundo, pelo que a mora decorrente de cumprimento defeituoso, por exemplo, perduraria não por toda a eternidade, mas sim até o momento em que a prestação ainda fosse útil ao credor (CC, art. 395, p.u.);
- (iii) A diminuição de importância do lugar da prestação como critério para a aferição da mora a partir de conclusões pouco contundentes, ao se propor, exemplificativamente, o seguinte caso concreto: “Admitindo-se que a prestação em local distinto do devido é, por si só e independentemente de qualquer vinculação temporal, mora, então ter-se-ia de admitir que, exemplificativamente, tendo sido entregue na sede da empresa de Porto Alegre, a carga que deveria ser prestada na sede de São Paulo, o devedor se encontraria para sempre em mora”, em face do que “a contestação desta afirmação, como se pode facilmente perceber, passa pela afirmação de que, ao contrário da viabilidade teórica de eternidade, o devedor estará em mora até que (tempo) seja a prestação corretamente realizada, ou seja, com a

no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., pp. 145-146).

²⁰⁰ Ibidem, p. 146.

²⁰¹ Ibid., p. 146

entrega da carga em São Paulo, acrescida do montante devido pelo errôneo cumprimento”.²⁰² Nega-se, com isso, novamente a possibilidade de passagem da mora para o inadimplemento absoluto por perda de utilidade da prestação (CC, art. 395, p.u.), além de se afirmar que a mora teria sido purgada pelo tempo (quando da correção da prestação), quando na verdade a purgação teria se dado pela retificação do local da prestação (de Porto Alegre para São Paulo);

- (iv) A confusão de causas de um mesmo efeito, quando se defende que “partindo-se do suposto de que o local, independentemente de outro fator, é condição necessária e suficiente da mora, também ter-se-ia de admitir que, em algumas situações, não há como distinguir a mora do inadimplemento absoluto. Tome-se o seguinte exemplo: uma determinada empresa tem o dever de entregar coisa certa na sede de outra empresa localizada no Rio de Janeiro. Por erro, a entrega é feita na sede de uma terceira empresa do mesmo ramo que, de boa-fé, consome o bem. Nesse caso, a prestação foi realizada fora do local fixado no título. Contudo a hipótese se apresenta claramente classificável como de inadimplemento absoluto, tendo-se em conta que a prestação – que não foi realizada – não mais poderá sê-lo”,²⁰³ em patente confusão quanto à não ocorrência da mora não por não ser o lugar um fator importante, mas por não ser repetível ou retificável a prestação;²⁰⁴
- (v) A utilização de *uma* hipótese como se a *única* fosse, como na seguinte afirmativa: “Segundo os artigos 956 e 957 do Código Civil [de 1916], o devedor moroso responde pelos prejuízos a que a mora deu causa e pela impossibilidade da prestação, se ocorrida durante o período de mora, mesmo que essa impossibilidade decorra de caso fortuito ou força maior. Segundo o artigo 958 [de 1916], o credor moroso tem de ressarcir as despesas empregadas para a conservação da coisa e de receber a coisa pela mais alta estimação, ao mesmo tempo que sua mora retira do devedor, isento de dolo, a responsabilidade pela conservação da coisa. Ambos os

²⁰² Ibid., p. 146.

²⁰³ Ibid., pp. 146-147.

²⁰⁴ Não se olvide que só há mora enquanto possível a prestação. Vide nota 8.

casos, como facilmente se percebe, exigem que se preveja um período durante o qual a prestação não se efetua”,²⁰⁵ chegando-se a uma ilação predeterminada de que a lei teria restringido a mora, no caso, ao não cumprimento no tempo devido. Não apenas a lei não fez tal restrição, como, mesmo que a tivesse feito, não excluiu outras hipóteses de mora ligadas ao lugar e à forma da prestação; e, por fim,

- (vi) o argumento da autoridade, verificado em passagens como: “há que se entender, a exemplo do que fazem importantes civilistas pátrios, que, mesmo no direito brasileiro, a mora vincula-se necessariamente ao aspecto temporal, consubstanciando um atraso relativo à prestação devida”,²⁰⁶ como se não houvesse outros civilistas igualmente eminentes a defender a posição contrária.²⁰⁷

Desse modo, conclui-se que a igual hierarquia entre os parâmetros de configuração da mora – tempo, lugar e forma – apresenta-se com vigor diante do quadro legal. Daí a ponderação de Paulo Jorge Scartezini Guimarães: “se o legislador errou ou não, isso agora não merece consideração. O que importa é o teor do dispositivo em estudo o que [...] torna necessário atribuir aos dois outros tipos de mora seus devidos significados e importância”.²⁰⁸

Daí também se concluir que, ao menos em tese, não seria absurda a cogitação de uma *mora anterior ao termo*, tendo em conta a possibilidade de que um determinado devedor cumprisse antecipadamente, mas de forma ou no lugar inadequados, a prestação que lhe competia. Acaso o prazo tivesse sido estipulado em favor do devedor, poder-se-ia assim admitir que ele teria renunciado ao termo e, ao cumprir imperfeitamente, incorrido em mora (sanável até o momento em que o credor viesse a alegar a perda de utilidade).²⁰⁹

²⁰⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, op. cit., nota 194, p. 147.

²⁰⁶ Ibid., p. 148.

²⁰⁷ Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., pp. 120-121; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., pp. 10-11; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Volume V, tomo II, cit., pp. 224-225; SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento, cit., p. 16.

²⁰⁸ *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103. Diz ainda que “em resumo, [...] o cumprimento imperfeito nada mais é do que a mora, principalmente aquelas relacionadas ao não-cumprimento pelo lugar ou forma combinados” (Idem, p. 106).

²⁰⁹ Antunes VARELA descreve sucintamente os prazos em favor do devedor, do credor e de ambos: “Ter-se o prazo por estabelecido a favor do devedor significa que o credor não pode exigir o cumprimento antes de

A complexidade é maior na hipótese de o prazo ter sido estipulado em favor do credor, e este ter aceitado a prestação antecipadamente mesmo que em lugar ou forma diversos do estipulado legal ou convencionalmente. Nesse caso, imagina-se que, por decorrência da boa-fé objetiva, há de se reconhecer que o credor tenha anuído com a prestação feita em toda a sua plenitude. Não era obrigado a recebê-la; contudo, já que o fez, não poderia mais alegar futuramente a sua desconformidade por ser esse um inaceitável comportamento contraditório.²¹⁰

Os exemplos dados, mesmo que em abstrato, demonstram a dificuldade de se construir no estudo do inadimplemento contratual um modelo teórico ideal que ofereça de antemão as soluções para todos os casos.²¹¹ Assim, a aferição da utilidade da prestação para os fins do parágrafo único do art. 395 do Código Civil demanda um estudo casuístico.²¹²

Por fim, cabe rememorar que, no que tange à verificação da perda da utilidade da prestação, “o elemento volicional não tem aqui, como também não tem em outros pontos do direito obrigacional, a importância que amiúde lhe atribuem”.²¹³ Vale dizer, para distinguir mora de inadimplemento absoluto há que se atentar para um critério objetivo, independente da vontade psicológica das partes: a utilidade ou não da prestação deve ser aferida frente à função negocial concreta.

3.2. Alguns parâmetros para a identificação do interesse do credor à luz da função negocial concreta

vencida a obrigação, mas que é lícito ao devedor, renunciando ao benefício, cumprir antes do vencimento do prazo. Sendo o benefício do credor, é este quem pode exigir o cumprimento antes do tempo estipulado, mas não pode ser forçado a receber antes a prestação. Quando o prazo beneficia a ambos, nem o credor pode ser forçado a receber antes do tempo a prestação, nem o devedor coagido a efetuar-la” (*Das obrigações em geral*, cit., p. 44).

²¹⁰ Sobre a vedação de conduta contraditória, cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., pp. 162-165.

²¹¹ “O estudo, pois, da infração do avençado e das suas consequências é de importância transcendental no direito das obrigações, encarado como ciência prática” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 3).

²¹² Paulo Jorge Scartezzini GUIMARÃES explica a necessária análise casuística: “A doutrina diferencia a mora do inadimplemento absoluto porque naquela persiste a possibilidade do recebimento da prestação, enquanto que no inadimplemento o que existe é a impossibilidade. A análise da possibilidade ou impossibilidade é vista pelo ângulo do interesse do credor, não de forma indiscriminada, e sim de forma criteriosa, em cada caso concreto” (*Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*, cit., p. 101).

²¹³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 39.

A mora, acima definida como uma zona de interseção fluida entre o adimplemento e o inadimplemento absoluto, tem como uma de suas características marcantes a possibilidade de vir a acarretar a extinção da relação contratual no caso de a prestação, por sua causa, tornar-se sem utilidade ao credor. Nesse cenário, reconhece-se o definitivo incumprimento da obrigação e, por isso, o inadimplemento relativo se transforma em inadimplemento absoluto. Reside nisto o chamado “caráter transformista da mora”.²¹⁴

Tal caráter é deduzível pelo disposto no parágrafo único do art. 395 do Código Civil. O que a lei não esclarece, todavia, é até que ponto a prestação ainda será útil para o credor, a partir do qual estará instalada a sua inutilidade.²¹⁵ Esse silêncio legislativo, aliado à necessária análise casuística a ser conduzida pelo juiz, é fonte de desconforto e insegurança jurídica, uma vez que poderá ensejar decisões plúrimas e divergentes a respeito de pleitos resolutórios com características semelhantes entre si. Justamente por isso, cumpre que a doutrina se dedique à estipulação de parâmetros de aferição da utilidade da prestação quando da mora do devedor.²¹⁶

Para tanto, é preciso se admitir de antemão, quando do juízo de utilidade, as inevitáveis peculiaridades de cada caso concreto. Não é possível que se valore em abstrato o grau de utilidade de determinada prestação; há que se atentar para a natureza relacional do interesse jurídico, envolvido naquela noção. Como demonstrado por Francesco Carnelutti, “o interesse é uma relação. Esta verdade transparece da própria palavra, que é uma das mais expressivas: *quod inter est* não pode ser senão uma relação”.²¹⁷ Interesse é, nessa ótica, aquilo que está a relacionar o sujeito que quer e o objeto desejado; no caso em estudo, é a relação entre o credor e a prestação que lhe é devida. Não à toa, a doutrina mais tradicional costuma colocar o interesse do credor como a justificativa maior da obrigação.²¹⁸

²¹⁴ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., p. 112.

²¹⁵ O Código Civil, em seu art. 413, prevê, para fins de revisão judicial da cláusula penal, o critério da “natureza e finalidade” do negócio, que poderia ser aplicado, por analogia, à identificação do interesse do credor. Tal critério, porém, pouco avança na discussão, apenas indicando que o norte da investigação há de ser, necessariamente, a função negocial.

²¹⁶ Vide exposição inicial do capítulo 3, *supra*.

²¹⁷ *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 84.

²¹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 92. Diz ainda mais a frente: “Não será preciso mais para tornar manifesto que a satisfação do interesse do credor, cujo conteúdo exacto varia de caso para caso, constitui o fim e a razão de ser do vínculo obrigacional. Subalternizado a esse fim da obrigação encontra-se o interesse do devedor em se exonerar do vínculo. Aliás, um interesse que permanece idêntico em todas as obrigações. A lei não descarta inteiramente um tal interesse do devedor. Registram-se, sem dúvida, vários sinais concretos do princípio geral de proteção do devedor, que costuma traduzir-se pela expressão clássica de ‘favor debitoris’. Todavia, o interesse do devedor só é tomado em linha de conta desde que não

Fato é, pois, que a mora do devedor pode eliminar todo o interesse do credor (ainda que não patrimonial)²¹⁹ na prestação – a pedra de toque em matéria de inadimplemento –, por vir a ser esta esvaziada da potencialidade de satisfazê-lo, e assim ensejar o legítimo exercício do direito de resolução do contrato.²²⁰ Não basta, porém, uma perda subjetiva de interesse; é necessário que essa perda se revele numa apreciação objetiva da situação.²²¹ Vê-se assim que o escopo da contratação está no alcance das utilidades que as prestações teriam para as partes contraentes, sua função. É esse o pensamento de Enrico Dell’Aquila:

[...] se la ragione giustificativa (o, per altra concezione, la funzione socio-economica) di tali contratti sta non solo nel fatto che le parti si sono obbligate reciprocamente ad un dare, un fare o un non fare, bensì anche (e soprattutto) in ciò che esse si sono impegnate a far sí che ciascuna di loro consegua effettivamente la o le utilità che le competono (e cioè la o le prestazione), allora, ove accada che tali utilità – rappresentanti lo scopo della contrattazione – non siano conseguite, viene meno la funzione che giustifica l’esistenza del contratto e pertanto esso deve potersi risolvere.²²²

Logo, visto que “a relevância do incumprimento para efeito de resolução do contrato tem de ser apreciada em função do caso concreto, sendo o conceito de gravidade distinto segundo o tipo contratual em questão e as particularidades do concreto negócio estipulado”,²²³

prejudique o escopo da obrigação: quando se encontra assegurada a satisfação do interesse do credor” (Idem, p. 93).

²¹⁹ Cf. POLIDORI, Stefano. Lesione d’interesse e annullamento del contratto: attualità e prospettive. *Rassegna di Diritto Civile*, 1/2012, pp. 257-263.

²²⁰ “Como a utilidade deriva da capacidade da coisa ou do ato para satisfazer o interesse do credor, temos que a prestação inútil – que pode ser enjeitada e levar à resolução do contrato e mais perdas e danos – é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam gravemente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade. A falha impede que se realize o fim visado pelo contrato, recusa ao credor satisfazer o seu interesse” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo código civil*, Volume VI, cit., p. 591).

²²¹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., p. 122.

²²² La *ratio* della risoluzione del contratto per inadempimento. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1983. Anno XXIX, Parte Seconda, p. 843. Em tradução livre: “[...] se a razão justificativa (ou, para outra concepção, a função sócio-econômica) de tais contratos está não apenas no fato de as partes estarem obrigadas reciprocamente a um dar, um fazer ou um não fazer, mas também (e sobretudo) em que estão comprometidas a fazer com que cada uma delas consiga efetivamente a ou as utilidades que lhes competem (e, isto é, a ou as prestações), então, quando ocorrer que tais utilidades – representando o escopo da contratação – não sejam conseguidas, desaparece a função que justifica a existência do contrato e portanto este deve poder ser resolvido”.

²²³ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 146-147.

percebe-se que a chave para a identificação da utilidade de determinada prestação passa pela verificação da função negocial concreta do contrato que venha a ser objeto da resolução.²²⁴

Além de casuística, a aferição da perda da utilidade deve ser feita levando em consideração o contexto existente à época do exercício da resolução do contrato, pois apenas assim será possível se avaliar com precisão se o comportamento do credor é merecedor de tutela ou abusivo. Se o fundamento alegado para a resolução é a perda da utilidade da prestação por conta da mora do devedor, somente o cenário que se apresentava no exato momento do exercício daquele direito potestativo é que permitirá ao magistrado corretamente valorar o comportamento do credor, já que é no momento em que exerce o direito à resolução que este inequivocamente declara ter se tornado inútil a prestação.

A avaliação da legitimidade da resolução da relação contratual tomando por base o contexto existente quando do exercício desse direito pelo credor é importante, também, por tornar possível a imprescindível comprovação do nexos de causalidade entre a mora e a perda da utilidade, que se inexistente ou rompido afasta a extinção do contrato por tal motivo. Um exemplo seria a ocasião em que, mesmo estando o devedor em mora, a prestação teria se tornado inútil por comportamento do próprio credor.²²⁵

Nesse toar, e não obstante a verificação da legitimidade da resolução contratual dever ser realizada caso a caso, é possível – e recomendável – mapear o caminho a ser trilhado, levando-se em conta os indícios fornecidos pela legislação (especialmente as normas internacionais) e, sobretudo, uma releitura da jurisprudência nacional, feita nos itens seguintes. Quanto àqueles indícios, têm especial realce os trazidos pela Convenção da ONU

²²⁴ Quanto à importância do estudo do caso concreto, afirma Pietro PERLINGIERI ser necessária “*un’indagine in chiave funzionale, che tenga conto cioè della valutazione degli interessi, considerati non genericamente [...] ma singolarmente e concretamente. Una volta analizzato l’interesse che giustifica l’esistenza del concreto rapporto, si deve verificare se alla sopravvivenza di quell’interesse è giuridicamente interessato uno solo dei soggetti protagonisti dell’obbligazione o se invece sono interessati entrambi o, meglio, entrambe le situazioni giuridiche soggettive di cui consta il rapporto obbligatorio*” (*Il fenomeno dell’estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972, p. 21). Em tradução livre: “uma investigação em chave funcional, isto é, que tenha em conta o equilíbrio dos interesses, considerados não genericamente [...] mas individual e concretamente. Uma vez analisado o interesse que justifica a existência da relação concreta, deve-se verificar se à sobrevivência daquele interesse é juridicamente interessado apenas um dos sujeitos protagonistas da obrigação ou se em vez disso ambos são interessados, ou melhor, ambas as situações jurídicas subjetivas envolvidas na relação obrigacional”.

²²⁵ “Se o credor alegar que a prestação se tornou inútil em virtude da mora do devedor deverá provar este fato para rejeitá-la. Caberá, portanto, ao credor o ônus de provar que a prestação se tornou inútil por causa da mora do devedor e não a este de demonstrar que a prestação continua sendo útil, pois a utilidade da prestação se presume” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Volume I, cit., p. 719).

sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias²²⁶ e, principalmente, pelos Princípios de 2010 do UNIDROIT.²²⁷

A primeira, também conhecida como Convenção de Viena de 1980,²²⁸ dispõe inicialmente que “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” (CISG, art. 25). Tal violação possibilita a resolução, que também será possível quando o vendedor, mesmo tendo-lhe sido aberto prazo suplementar, não tiver entregado a mercadoria (CISG, art. 49, 1). Contudo, o comprador perderá o direito de resolver o contrato se, tendo sido entregues as mercadorias, não o fez em um prazo razoável acaso tenha havido uma violação contratual pelo vendedor (CISG, art. 49, 2).

Perceba-se que, tal qual o direito brasileiro, esta Convenção fala em uma substancialidade do proveito da prestação como fator de verificação da intensidade da inexecução do devedor, e, muito importante, pela centralidade da posição ocupada pela boa-fé, a gerar deveres inclusive para o credor ao retirar-lhe o direito à resolução a depender do seu próprio comportamento.

Já de acordo com os Princípios de 2010 do UNIDROIT, nos casos de inadimplemento contratual, a resolução tem espaço quando a inexecução for essencial, ou, no caso de atraso, quando a parte faltante não vier a adimplir mesmo tendo-lhe sido concedido prazo adicional. Nisto reside uma interessante observação quando em cotejo com o direito brasileiro pois,

²²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2013. Para uma ampla análise do dever de cooperação – debatido no item 2.3, *supra* – nas vendas internacionais, previsto no art. 80 da CISG, cf. NEUMANN, Thomas. *The duty to cooperate in international sales*. Munich: sellier european law publishers, 2012.

²²⁷ “Publicados inicialmente em 1994, pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), e acrescidos de novos capítulos e normas em 2004, os *Princípios* constituem uma fonte não-legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais. Sua autoridade como fonte do direito, dentre outras razões, decorre da excelência do trabalho realizado pelos juristas envolvidos em sua elaboração – daí denominar-se um *droit savant* –, representantes de todas as tradições jurídicas contemporâneas, e de sua crescente utilização em contratos, arbitragens e litígios judiciais de caráter internacional” (GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3). UNIDROIT. Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2013. Cf. também BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J.; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Max Planck encyclopedia of european private law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, Volume II, pp. 1722-1732.

²²⁸ O Congresso Nacional aprovou o texto da CISG pelo Decreto Legislativo nº 538/2012.

embora também não definam aquela essencialidade, preveem critérios para esse fim em seu art. 7.3.1 (2),²²⁹ que insinuam as silhuetas dos parâmetros mais afeitos ao direito brasileiro.

Diz o dispositivo que para determinar-se se o descumprimento de uma obrigação constitui um inadimplemento essencial, deve-se considerar, especialmente, se: (a) o inadimplemento priva substancialmente a parte prejudicada daquilo que ela poderia esperar do contrato; (b) o adimplemento nos exatos termos da obrigação não cumprida é da essência do contrato; (c) o inadimplemento é doloso ou culposo; (d) o inadimplemento dá à parte prejudicada motivo para acreditar que ela não pode confiar no adimplemento futuro da outra parte; (e) a parte inadimplente sofrerá excessivas perdas em consequência da preparação para o adimplemento ou dele próprio, caso o contrato seja extinto.

À parte os indícios de ordem subjetiva, entendidos aqui como indesejáveis por sua fundamentação em elementos psicológicos de difícil mensuração (como a intencionalidade da inexecução),²³⁰ todos os demais auxiliam e facilitam o juízo de utilidade – já perdida ou em processo de perdimento – na ocasião da resolução embasada no parágrafo único do art. 395 do Código Civil. Assim, portanto, levando em consideração as posições do credor e do devedor, e tendo-se em mira a função negocial concreta presente no bojo da relação, há de se perquirir da essencialidade da parte não cumprida da prestação dentro de todo o programa contratual. Nos termos de Manuel Cornet,

*por incumplimiento esencial debemos entender que el mismo sea sustancial, principal, notable, para lo cual se deberá tener en cuenta el interés de las partes y, fundamentalmente, la buena fe que debe presidir toda la vida del contrato.*²³¹

²²⁹ Cf. GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionales à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*, cit., pp. 375-379.

²³⁰ Em crítica direta ao dogma da vontade no conceito de negócio jurídico, mas em lição válida ao que aqui se contesta, diz Emilio BETTI: “[...] é inevitável que a todo o momento se estabeleça confusão entre a vontade entendida como faculdade psíquica, ou como fato psicológico interno, e a vontade entendida como objeto, ou como conteúdo do querer. É fácil medir o alcance do equívoco. [...] se cai na errada opinião de que a declaração, em vez de servir para constituir e dar vida a um preceito da autonomia privada, serve, unicamente, para revelar um estado de espírito, para evidenciar um fato psíquico interno – o fato de querer – e que, nesse fato psíquico, impossível de verificar, consiste e se esgota a essência do negócio jurídico” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., pp. 95-96).

²³¹ CORNET, Manuel. *Abuso y resolución del contrato*, cit., p. 67.

De antemão, pode-se perceber que há maiores dificuldades nos casos de cláusula resolutiva tácita em comparação à cláusula resolutiva expressa, quando existente. Isso porque na última hipótese as próprias partes já terão definido no contrato quais prestações consideram essenciais, e em quais circunstâncias, estando aí uma das razões pelas quais tais cláusulas operam de pleno direito (CC, art. 474).²³² Entretanto, se a cláusula resolutiva expressa só dispuser que o incumprimento de determinada obrigação contratual ensejará a resolução do contrato, sem maiores especificações, o problema quanto à configuração do inadimplemento absoluto quando da mora do devedor retorna à mesma dificuldade enfrentada no caso de cláusula resolutiva tácita.

A superação dessa dificuldade, e do problema aqui enfrentado, passa pelo caminho no sentido inverso daquele que levou à instauração da mora – ou seja, pelo enfrentamento dos fatores elencados pelo art. 394 do Código Civil (*tempo, lugar e forma*), bem como pela análise da relação obrigacional em sua perspectiva dinâmica (a envolver o *comportamento pretérito* das partes contraentes). Tudo com o fito de se verificar se, ao fim e ao cabo, o *signalagma funcional* teria sido rompido, caso em que se faria legítima a resolução do contrato.²³³

Cabe, antes, uma observação de fundamental importância: os critérios a seguir apresentados não se excluem. Isso equivale a dizer que o juízo de utilidade só estará finalizado após a reflexão do magistrado a partir de todas essas óticas. Em último grau, portanto, os critérios seguintes são momentos de uma única aferição (objetiva) homogênea quanto ao potencial de a prestação em mora atingir o resultado útil envolto na função negocial concreta, satisfazendo assim o credor.

3.2.1. Adequação temporal da prestação

²³² Sem inviabilizar, por certo, que específicos reconhecimentos de resolução pelo credor venham a ser tidos por indevidos ou abusivos pelo magistrado acaso haja a judicialização da questão por resistência do devedor.

²³³ Thomas GENICON traz interessantes instrumentais de medição do déficit de utilidade, como: (a) a comparação entre a parte da prestação cumprida e a não cumprida; (b) a importância do prejuízo causado pela inexecução; (c) a possibilidade e a pertinência de uma execução futura; (d) o objeto do contrato e a atividade das partes; (e) a intensidade e a duração da relação criada pelo contrato; (f) a utilidade demonstrada do contrato (*La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: L.G.D.J, 2007, pp. 316-332). A tais caminhos de valoração reportam-se os critérios expostos na sequência, mais enxutos e afeitos ao direito brasileiro.

O art. 397 do Código Civil dispõe em seu *caput* que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”. Alude, com isso, à espécie de mora denominada *ex re*, pela qual o advento do termo sem a devida execução constitui imediatamente o devedor em situação de inadimplemento relativo.²³⁴ Trata-se de aplicação do brocardo *dies interpellat pro homine*, com uma justificação “racional e razoável: se o devedor acertou um prazo para cumprir a prestação, sabe que no dia aprazado deve cumpri-la, não sendo necessário que o credor o advirta”.²³⁵ Refere-se à obrigação *impura*, ou a prazo, que não é exigível antes do transcurso de certo lapso temporal.

Ao lado, está a situação em que não há termo pré-determinado para o cumprimento da obrigação. Nesse caso, o parágrafo único daquele mesmo artigo estipula que o devedor só estará constituído em mora após a sua interpelação (judicial ou extrajudicial) pelo credor – daí ser classificada como mora *ex persona*. Tal tipo de obrigação vence tão logo venha a ser exigida pelo credor, característica esta que embasa a sua denominação de *pura*.²³⁶

Uma hipótese peculiar de obrigação a prazo é aquela em que há um termo essencial, assim expressamente classificado pelas partes contratantes. Esta, por gerar imediatamente após o seu descumprimento não a mora do devedor mas o próprio inadimplemento absoluto, aproxima-se por isso mais de um *tertium genus*. É uma obrigação em que vigora certa lógica do tudo ou nada: ou a prestação é inteiramente cumprida na data aprazada ou, em caso negativo, perderá instantaneamente a utilidade que teria para o credor e, por isso, ensejará a situação de inadimplemento absoluto enquadrada no art. 389 do Código Civil.²³⁷

²³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Volume I, cit., p. 721. Alertam, contudo, os autores: “Para que a mora se inicie independentemente de interpelação, todavia, é necessário que a obrigação seja positiva, líquida e que haja um termo para o seu adimplemento. Obrigações positivas são aquelas que, ao contrário das negativas, que envolvem uma abstenção, têm por objeto um *dare*, um *facere*. Cuida-se, em síntese de obrigações de dar ou de fazer [...]. Líquida é a prestação que, além da certeza do débito (caracterizada por seus elementos específicos), tenha apurado o seu montante ou individuada a prestação [...]. Em relação ao termo, faz-se imprescindível que o seu vencimento seja do conhecimento do devedor, uma vez que, a sua ignorância (não culposa) constitui-se em um obstáculo intransponível para que ele possa ser considerado em mora” (Idem, p. 722). Quanto à possibilidade de mora nas obrigações negativas, cf. SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras, cit., p. 14; e VITELLI, Francesco. Spunti in tema di obbligazione negativa e mora del debitore. *Rassegna di Diritto Civile*, 4/2010, pp. 1211-1217.

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Volume V, tomo II, cit., p. 284.

²³⁶ Antunes VARELA pontua que “o aspecto que maior interesse prático e teórico reveste na questão (do tempo da prestação) é [...] o da *exigibilidade* da obrigação – a determinação do momento a partir do qual o credor pode exigir a realização da prestação devida” (*Das obrigações em geral*, cit., p. 41. Grifos no original).

²³⁷ A respeito da essencialidade de determinado prazo, diz Aline de Miranda Valverde TERRA: “No termo essencial, o tempo serve de elemento indispensável à identificação da prestação, de tal sorte que, depois de seu advento, a coisa perde sua identidade jurídica, deixa de ser objeto da prestação, razão pela qual passa a ser incapaz de realizar o interesse do credor. [...] Em suma, a prestação não é mais recuperável, sobrevivendo sua

Assim, há duas hipóteses gerais para o inadimplemento absoluto das obrigações a prazo: (i) por violação de termo essencial, que não gera maiores dificuldades para o juízo de utilidade;²³⁸ e (ii) pela hipótese do parágrafo único do art. 395 do Código Civil, qual seja, o transcurso – durante a mora do devedor – de tempo suficiente para ocasionar o esfarelamento da utilidade da prestação devida. Nesse último caso, a questão central é a definição de qual seria esse *tempo suficiente*. Diante da imprescindibilidade de um exame casuístico para que se alcance tal definição, cabe a verificação de como o tema é abordado na jurisprudência – vale dizer, em qual sentido e em qual medida os tribunais vinculam o lapso temporal da mora à perda da utilidade da prestação.

Um primeiro julgado envolveu a celebração de um contrato de promessa de compra e venda de um terreno no Rio de Janeiro localizado na praia de Botafogo.²³⁹ A promitente compradora se comprometera a construir um prédio comercial de dezenove andares, projetado por Oscar Niemeyer, contendo um centro cultural, uma cobertura e dois subsolos de garagem. Como pagamento, caberiam à promitente vendedora seis andares do prédio, o centro cultural, e mais duzentas e sessenta e oito vagas de garagem, enquanto à promitente compradora caberiam as demais vagas de garagem e os andares restantes.

Antes do início das obras, foram celebradas escrituras públicas de ratificação do contrato, bem como cessão de direitos pela qual a promitente compradora cedeu a uma outra sociedade empresária os direitos e obrigações assumidos no contrato. Ocorreu, porém, que a pessoa jurídica que assumiu o contrato, após percalços fático-jurídicos irrelevantes para o presente propósito, não deu início à construção mesmo após o decurso de cerca de um ano. A promitente vendedora, então, notificou a sociedade empresária para dar início às obras e, diante da demora, ajuizou ação de reintegração de posse do imóvel, alegando a deflagração da cláusula resolutiva expressa existente no contrato. O juiz de primeira instância deferiu a

impossibilidade definitiva, já que a satisfação do interesse do credor não se afigura mais possível” (*Inadimplemento anterior ao termo*, cit., pp. 74-75). Cf. também FERNANDEZ, Jesus Cardenal. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Montecorvo, 1979, pp. 74-106; e MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contrato per inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, pp. 171-175.

²³⁸ Professora Judith MARTINS-COSTA que “quando a prestação deva ser prestada imediatamente, no tempo fixado, ou no local determinado, sob pena de se tornar inútil ao credor, já não poderá ser purgada. Aí a hipótese é de inadimplemento absoluto. O direito de resolução, nestes casos, nasce com o inadimplemento” (*Comentários ao novo Código Civil*, Volume V, tomo II, cit., p. 317). Exemplo clássico nesse sentido é “o da contratação de uma costureira para a confecção de um vestido de noiva. Caso aquela descumpra o prazo estabelecido e entregue o vestido após a data do casamento, por óbvio a prestação terá se tornado inútil para o credor” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I, cit., p. 718).

²³⁹ TJ-RJ, 5ª Câmara Cível, AI nº 0000337-38.2010.8.19.0000, Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 17/06/2010.

liminar de reintegração de posse, que foi confirmada pelo TJ-RJ no agravo de instrumento contra aquela decisão interposto. Entendeu o Tribunal que a mora da sociedade empresária teria acarretado o inadimplemento contratual.

Muito embora o órgão colegiado não o tenha expressamente dito, o critério utilizado para cancelar o entendimento da promitente vendedora de que a prestação em mora – a construção do prédio comercial – estava inadimplida e, por isso, resolvido o contrato, foi o de que a passagem indefinida do tempo sem que a sociedade empresária sequer iniciasse as obras fez ruir para a promitente vendedora o interesse que nutria sobre o avençado. O que importava a si, nos termos pactuados, não era ter *a qualquer tempo* parcela de um prédio arquitetado por Oscar Niemeyer, mas tê-lo em *determinado tempo*. Uma vez que o tempo transcorreu sem que as obras sequer fossem iniciadas, viu-se que a mora da devedora já era tamanha a ponto de não mais ser aquele *determinado tempo* alcançável. O que equivale a dizer que a função negocial concreta fora posta fora de alcance e, assim, perdida.

Um segundo acórdão que bem ilustra a influência da passagem do tempo para a perda da utilidade da prestação em mora, levando em consideração as características das partes contratantes, foi proferido em recurso interposto por instituição financeira contra decisão liminar de primeira instância que possibilitou a purgação da mora pelo consumidor em atraso no pagamento de parcelas de contrato de alienação fiduciária de automóvel.²⁴⁰ A recorrente sustentou, em síntese, que a purgação da mora era incabível por ausência de previsão legal para a hipótese,²⁴¹ pelo que o recorrido só poderia recuperar o veículo se pagasse a integralidade da dívida, a englobar as parcelas vencidas, as vincendas e os acréscimos legais.

O Tribunal não acatou as razões recursais e, assim, negou-lhe provimento. O entendimento que orientou a decisão foi o de que a ausência de expressa autorização legal para a purgação da mora não exclui a sua possibilidade por si só: “é bem verdade que, embora a lei atual não vede expressamente a emenda da mora, na medida em que só abre a possibilidade ao devedor de pagar a integralidade da dívida, não faz pressupor, *contrario sensu*, a sua impossibilidade”.²⁴²

²⁴⁰ TJ-SP, 29ª Câmara de Direito Privado, AI nº 990.10.204211-1, Rel. Des. Luís de Carvalho, j. 30/06/2010.

²⁴¹ A norma de regência do caso foi o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

²⁴² Veja-se importante passagem do voto condutor do acórdão: “Mario Luiz Delgado Régis, na obra coletiva coordenada pelo Dep. Ricardo Fiúza, *O Novo Código Civil Comentado*, Saraiva, 2ª ed., p. 359, após registrar que foi rejeitada a hipótese de as partes pactuarem a impossibilidade da purgação da mora, como estava no projeto original do Prof. Agostinho Alvim, esclarece que o então Dep. Ernani Satyro, em seu relatório geral relativo ao projeto, afirmou que a purgação da mora ‘deve sempre ser admitida, como preceito de ordem pública. Nos dias

As circunstâncias do caso em análise é que definiriam se a purgação da mora seria cabível ou não, tendo em conta a concreta utilidade da prestação para o credor. Assim, entendeu que “sendo a agravante entidade financeira, cuja matéria-prima empregada na sua atividade é o dinheiro, qualquer pagamento de contado que se lhe faça, é-lhe sempre útil”. Mais útil, aliás, “do que o veículo recuperado, haja vista não ser revendedor desse produto”. Como entidade financeira, a recorrente sempre extrairia mais utilidade no recebimento do valor das prestações em atraso, com as acréscimos legais e contratuais, do que com a retomada da posse direta do veículo objeto de contrato de alienação fiduciária.

Em que pese alguma divergência quanto à afirmação peremptória de ser a purgação da mora *sempre* mais útil para as instituições financeiras do que a retomada do automóvel – haja vista que a lei permite ao proprietário fiduciário, no caso de inadimplemento absoluto ou mora, vender a coisa a terceiros, além de facultar-lhe considerar vencidas todas as obrigações contratuais –, é de se aplaudir o entendimento exarado de que a impossibilidade de purgação da mora em geral e abstratamente representa um ruído com os propósitos da boa-fé objetiva, sobretudo quando, diante do caso concreto, percebe-se que o atraso no cumprimento obrigacional não fez ruir àquele credor em específico a utilidade pretendida por meio da prestação.

Assim, os casos narrados e as fundamentações jurídicas de suas respectivas decisões parecem suficientes para demonstrar que a mora, quando ocasionada pelo não cumprimento da obrigação no prazo devido, fará desaparecer a utilidade da prestação sempre que a dilação temporal impossibilitar o alcance dos resultados práticos até momento decisivo incorporado na finalidade do contrato – o que, em não ocorrendo, mantém-na passível de purgação.

3.2.2. Adequação espacial da prestação

atuais, como restrição de ordem social à autonomia da vontade, deve prevalecer o princípio que assegura sempre o direito à purgação da mora, nos casos previstos na lei’, acrescentando, ‘é sobretudo nos negócios estipulados entre pessoas de nível cultural e econômico diverso, ou nos contratos de adesão, que consta a exclusão da purgação da mora em virtude de convenção das partes, com graves prejuízos ao contraente mais fraco. Muito embora possa haver hipóteses em que a conclusão do negócio só convenha quando previsto o adimplemento em data certa, a concessão do direito de purgar a mora resulta de relevantes razões de natureza social que cabe ao legislador preservar”’.

A fixação do lugar do pagamento tem notável relevância prática. De fato, a obrigação pode ter valores econômicos diversos a depender de onde for cumprida, daí dever ser executada em local adequado para melhor satisfazer o interesse sobre ela nutrido pelo credor. A adequação espacial faz parte, assim, da regra da pontualidade do adimplemento.²⁴³ De acordo com a lei civil brasileira, por regra o pagamento deve ser feito no domicílio do devedor, podendo ser excepcionalmente feito em lugar distinto, por convenção ou específica determinação legal. Nesse quesito, dispõe o art. 327 do Código Civil que “efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”.

A respeito da natureza das dívidas quanto ao lugar do pagamento, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber afirmam que

é nesse sentido que se toma de empréstimo a terminologia francesa, para concluir que as dívidas são, em regra, *quérables* ou quesíveis. [...] Assim, em regra, é o credor que deve buscar, procurar, indagar pelo pagamento no domicílio do devedor. [...] A convenção entre as partes, todavia, pode transformar a dívida em *portable* ou portátil, assim denominada porque o devedor deve portar o pagamento até o domicílio do credor.²⁴⁴

A definição do lugar do pagamento é fundamental para que se possa, de início, verificar se a obrigação foi adimplida ou não. Afinal, nos termos do art. 394 do Código Civil, um devedor que executa a prestação no tempo correto e na forma devida, mas no lugar errado, estará em mora. Importante precedente a demonstrar a importância do lugar do pagamento para a mora decorreu de proposta de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel em que se pedia – ao que aqui é interessante – o reconhecimento da mora creditória por não terem os credores se deslocado ao domicílio dos devedores para receber a parte restante que lhes cabia, mesmo após notificação judicial para esse fim.²⁴⁵ Os credores contestaram

²⁴³ A lição é de Antunes VARELA: “Ainda em obediência ao princípio fundamental da pontualidade, a prestação deve ser efectuada no lugar estipulado pelas partes ou fixado pela lei para o cumprimento. A fixação do lugar da prestação tem uma importância prática muito grande, porque a prestação pode ter um valor económico quando efectuada em determinado lugar e possuir um valor muito diferente, se realizada noutra lugar” (*Das obrigações em geral*, cit., p. 36).

²⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. Volume IV, p. 235.

²⁴⁵ STJ, 3ª Turma, REsp nº 363.614 / SC, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 26/02/2002.

argumentando que a notificação judicial só fora realizada após o transcurso do prazo para o pagamento, e que o inadimplemento do contrato no seu termo já seria suficiente para caracterizar a mora dos devedores.

O Tribunal de início fez a ressalva de ser, a princípio, a dívida quesível, por não terem as partes avençado de modo diverso; assim, deve-se presumir “a obrigação do credor buscar o pagamento, ainda que vencida no termo”. A estipulação de determinado prazo para o adimplemento da obrigação não transformaria a dívida antes quesível em portátil – o que vem a reforçar a visão de que os fatores constitutivos da mora (tempo, lugar e forma) têm igual hierarquia.²⁴⁶

Disse-se ainda no julgado que “para que se considere o vencimento da obrigação e para que se torne exigível a dívida sendo esta quesível, é indispensável que o credor demonstre que diligenciou a recepção do seu crédito, pois deve buscá-lo no domicílio do devedor”. Não seria possível se ter por vencida a dívida sem que tal comportamento fosse atendido, vez que o lugar do pagamento, tal qual o seu termo, é essencial para definir os contornos da exigibilidade – e da mora, num segundo instante – de determinada prestação.²⁴⁷ Dessa forma, “sem que o credor tenha observado o lugar de recebimento do pagamento, não se cogita de mora *debitoris* (mora do devedor) ou mora *solvendi* (mora de pagar)”. Levando em conta esse entendimento, o Tribunal decidiu que não teria havido mora do devedor, garantindo-lhe então a rescisão do contrato e a devolução das arras pagas.

Vale ressaltar que se nas obrigações quesíveis não é exigível que o devedor busque o credor para cumprir a obrigação, por um outro lado, defronte obrigações portáteis não se deve interpretar em desfavor do credor a sua postura de espera, como se tal comportamento significasse uma tolerância em relação à inexecução do devedor.²⁴⁸ Em um caso e noutro, de

²⁴⁶ Vide item 3.1, *supra*.

²⁴⁷ “Se a dívida é *quéérable*, só se exige do devedor que esteja pronto a pagar, sem que tenha obrigação de oferecer” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 96). Traz ainda o autor fulminante citação de Vittorio POLACCO (*Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. Pavia: Athenaeum, 1915, p. 522): “Esteja embora vencida a obrigação, o devedor não incorrerá em mora porque não tem obrigação de mover-se e de ir ao domicílio do credor para cumprir a obrigação” (apud ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 96).

²⁴⁸ Nesse sentido, diz Marco FRATINI: “*La deroga si giustifica in ragione della inutilità di un’iniziativa del creditore a fronte di una obbligazione portabile, in relazione alla quale la collaborazione richiesta al creditore medesimo è limitata al compito meramente passivo di ricevere la prestazione e, pertanto, non è possibile attribuire alla sua attesa il significato di una presunzione di tolleranza nei confronti del debitore ritardatario*” (La mora del debitore. FAVA, Pasquale (Ed.). *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*. Tomo I: caratteri generali, adempimento, inadempimento. Milano: Giuffrè, 2008, p. 665). Em tradução livre: “A isenção se justifica em razão da inutilidade de uma iniciativa do credor a frente de uma obrigação portátil, em relação à qual a colaboração requerida ao credor é limitada à mesma tarefa meramente passiva de receber a prestação e,

qualquer maneira, o lugar do pagamento é fator fundamental para efetivar a exigibilidade de uma prestação. É crucial, outrossim, para a configuração da mora no caso de a obrigação ter sido cumprida em local inadequado.

Assim, para a finalidade do parágrafo único do art. 395 do mesmo corpo normativo, resta verificar se a mácula ao interesse do credor por decorrência desse mau cumprimento teria sido tamanha a ponto de não haver mais espaço para a sua retificação, ou se a perda de utilidade – que pode ser maior ou menor a depender da inadequação do lugar onde erroneamente executada a prestação – não atingiu os alicerces daquele interesse e por isso a mora do devedor ainda pode ser purgada. A questão passa, portanto, em saber o quanto de utilidade foi perdida pelo não cumprimento no local devido.²⁴⁹

3.2.3. Importância do inadimplemento

O terceiro dos critérios a serem utilizados em uma aferição objetiva da perda da utilidade da prestação – como etapa do juízo de merecimento de tutela do comportamento do credor ao enjeitá-la e pleitear a resolução do contrato – envolve a verificação da importância do inadimplemento dentro do programa contratual.²⁵⁰ Quer-se dizer: é preciso que seja feita uma valoração substantiva a respeito do quanto o fim do contrato foi afetado pela mora do devedor. Dessa maneira, “a prestação incompleta, efetuada em quantidade menor do que a prevista, deve ser examinada em proporção ao valor total do negócio que se pretende extinguir e da própria natureza da prestação, em vista do interesse do credor”.²⁵¹

portanto, não é possível atribuir à sua espera o significado de uma presunção de tolerância frente ao devedor retardatário”.

²⁴⁹ Perceba-se que tal verificação se relaciona também com os parâmetros trazidos pelo tempo e pela intensidade do proveito já alcançado – respectivamente ligados aos critérios expostos nos itens 3.2.1, *supra*, e 3.2.3, *infra*.

²⁵⁰ Em sentido lato, todos os critérios elencados estão a tratar do quão importante foi o inadimplemento, a ponto de motivar a resolução. Considerando que esta é meio excepcional de extinção da relação contratual, todos os cinco critérios aqui expostos têm por escopo verificar se o inadimplemento foi importante o suficiente para motivá-la. Neste critério, todavia, fala-se em importância do inadimplemento em sentido estrito, ligado à diferença entre o que efetivamente se tenha prestado e a prestação a que fazia jus o credor.

²⁵¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 133. Em sentido complementar, afirma Giorgio COLLURA: “*Infatti se afferma che dovrà compiersi una valutazione di ciò che forma il contenuto del contratto in concreto, cioè avuto riguardo alle clausole del contratto e a ogni altra dichiarazione da cui possano emergere i particolari scopi che il creditore pensava di raggiungere con l'esatto adempimento della prestazione a lui dovuta, ed alle circostanze prevedibili o imprevedibili, e si assume - come termine di riferimento idoneo a valutare l'importanza dell'inadempimento - l'interesse del creditore*” (*Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 11). Em tradução livre: “De

Se porventura essa interferência for de menor (ou escassa) importância, este critério irá indicar que o pleito de resolução não é merecedor de tutela. Foi principalmente em torno dessa situação hipotética que a doutrina criou a teoria do adimplemento substancial, largamente aceita pela jurisprudência brasileira.²⁵² A teoria tem no centro de sua teleologia o refreamento e a imposição de limites ao exercício do direito potestativo conferido ao credor de resolver o contrato, vez que a ausência de barreiras poderia levar a situações contrárias à boa-fé objetiva, como quando o negócio fosse resolvido a despeito de a quase totalidade do programa obrigacional ter sido cumprido pelo devedor, ou de ter o credor sido satisfeito na quase totalidade de seu interesse.²⁵³

Essa verificação da gravidade de determinado inadimplemento mostra-se, em princípio, mais simples diante da existência de cláusula resolutiva expressa. Isso porque nesse caso os contratantes já terão previamente estipulado a essencialidade de certa obrigação, a ponto de seu descumprimento permitir inferir o desaparecimento da inteira utilidade que a relação contratual teria para o credor. Contudo, não se deve entender que a presença de cláusula resolutiva expressa exclui por completo eventual juízo de merecimento de tutela *a posteriori* a respeito do seu exercício nos casos em que o devedor judicialize a questão; nessa medida, não apenas é dado ao magistrado valorar o conteúdo daquela cláusula à luz da boa-fé objetiva, como também verificar se a *fattispecie* prevista na cláusula e caracterizadora do inadimplemento realmente se verificou. Em ambos os casos, poderá o juiz eventualmente ordenar a manutenção do contrato.²⁵⁴

Com a verificação da importância do inadimplemento se busca, pois, aferir a intensidade da chaga causada pelo incumprimento do devedor à função negocial concreta, bem como a substancialidade do proveito que eventualmente já tenha sido oportunizado ao

fato, afirma-se que deve ser feita uma valoração daquilo que forma o conteúdo do contrato em concreto, isto é, levando em conta as cláusulas do contrato e toda outra declaração da qual possam emergir os particulares escopos que o credor imaginava alcançar com o exato adimplemento da prestação a ele devida, e as circunstâncias previsíveis ou imprevisíveis, e se assume – como termo de referência idôneo a valorar a importância do inadimplemento – o interesse do credor”.

²⁵² Cf. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista, cit. O *leading case* no STJ, corte responsável pela unificação da jurisprudência nacional nos termos do art. 105 da CR/88, que expressamente primeiro acatou a teoria do adimplemento substancial foi proferido no REsp nº 76.362 / MT, julgado em 11 de dezembro de 1995 sob relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior.

²⁵³ BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*, cit., pp. 96-97. Nesse sentido, foram aprovados nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, os Enunciados nº 361 (Arts. 421, 422 e 475: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”) e nº 371 (Art. 763: “A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva”).

²⁵⁴ Idem, p. 103.

credor. É impreterível, ainda, que se visualize o adimplemento da relação obrigacional em toda a sua complexidade, a incluir também os deveres laterais advindos da boa-fé objetiva. Está-se a afirmar, então, que a avaliação ocorre em duas frentes complementares: uma mais ligada ao comportamento do devedor, e uma outra mais afeita ao interesse do credor. Apenas por essa dupla verificação é possível obter-se uma valoração mais segura; nada impede, por outro lado, que o devedor busque a purga da mora mesmo quando nada tenha sido ainda cumprido, desde que se entenda que ainda assim seu inadimplemento não é essencial para o fim do contrato.

A respeito das dificuldades desse processo avaliativo, diz Anderson Schreiber:

O atual desafio da doutrina está em fixar parâmetros que permitam ao Poder Judiciário dizer, em cada caso, se o adimplemento afigura-se ou não significativo, substancial. À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm se mostrado tímidas e invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem, assim, reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato ‘com a falta apenas da última prestação’, ou o reconhecimento pelo credor de ‘16 das 18 parcelas do financiamento’, ou a ‘hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito’. [...] Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual.²⁵⁵

Portanto, a questão passa pela medição do grau de essencialidade da prestação não cumprida dentro de todo o programa contratual.²⁵⁶ Nesse sentido, é especialmente ilustrativa a

²⁵⁵ A tríplice transformação do adimplemento, cit., pp. 19-21. O autor observa ainda que “a importância do adimplemento substancial não está hoje tanto em impedir o exercício do direito extintivo do credor com base em um cumprimento que apenas formalmente pode ser tido como imperfeito [...], mas em permitir o controle judicial de legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (e outras medidas semelhantes) para o devedor e eventuais terceiros, e, de outro, os efeitos do seu não-exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela do seu interesse. Não quer isto significar a prevalência do interesse do devedor sobre o interesse do credor ao cumprimento exato do avençado. Mesmo na aceção mais restritiva e formal do adimplemento substancial, não se deixa de reconhecer o descumprimento parcial, concedendo ao credor outros mecanismos de tutela, como o ressarcimento das perdas e danos ou a exigência de cumprimento do acordado; veda-se, tão-somente, a extinção do vínculo obrigacional, como remédio extremo contra o devedor” (Idem, pp. 22-23).

²⁵⁶ Sobre as implicações da questão em coligações contratuais, cf. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 228-245; e MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 198-209.

lide que envolveu a contratação de vidraçaria para entrega e instalação de vidros para portas e janelas em um salão de festas.²⁵⁷ O contrato envolvia o pagamento do serviço em duas parcelas, uma no ato de sua conclusão e outra após o término da instalação dos vidros comprados. A consumidora alegou que pagou a segunda e última parcela tão logo o serviço de instalação fora iniciado, acreditando no adimplemento integral do pactuado. Todavia, ocorreu que o serviço teria sido mal executado na porta de entrada do salão, além de não ter sido feito nos basculantes do banheiro. Por isso, a autora pediu que a vidraçaria fosse condenada a concluir o serviço, bem como em indenizá-la por alegadas perdas e danos quanto aos prejuízos causados pelo posterior conserto dos defeitos que afirmou existir na porta de entrada.

O Tribunal, todavia, acatando e mantendo a sentença recorrida, entendeu ter havido o adimplemento substancial do contrato por não serem, de acordo com o decidido, os basculantes essenciais para a globalidade do serviço contratado. Assim, afirmando não ter havido prova quanto ao defeito na parcela cumprida do contrato, julgou parcialmente procedentes os pedidos, somente para condenar a vidraçaria a devolver à consumidora o equivalente ao específico serviço que deveria ter sido feito nos basculantes do banheiro – mantendo, assim, todos os demais efeitos da relação contratual.

Um segundo acórdão, que expressamente aplicou a teoria do adimplemento substancial como ferramenta de refreamento à resolução do contrato diante da existência de outros meios de satisfação do crédito menos gravosos ao devedor, deu-se em embate entre instituição financeira e consumidor referente a contrato de arrendamento mercantil.²⁵⁸ No caso, a instituição ajuizou ação de reintegração de posse contra o consumidor alegando inadimplemento, por não terem sido pagas as últimas parcelas do contrato. Seu pleito, entretanto, não foi acolhido por se entender que teria havido já o adimplemento substancial das obrigações contratuais do consumidor.

O Tribunal, aludindo à crescente publicização do direito privado, afirmou que o instituto do contrato “deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, prática essa que o Estado não pode simplesmente relegar à esfera das deliberações particulares”. Por isso, seria exigido do julgador que aplicasse nos casos submetidos à sua análise os comandos de cláusulas abertas,

²⁵⁷ TJ-RJ, 16ª Câmara Cível, ApCiv nº 0006671-84.2010.8.19.0066, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, j. 18/01/2013.

²⁵⁸ STJ, 4ª Turma, REsp nº 1.051.270 / RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/08/2011.

dentre as quais a boa-fé objetiva, a fim de concretizar valores constitucionais como a solidariedade. Nesse sentido, quando da interpretação do art. 475 do Código Civil frente a um específico caso, seria demandado ao magistrado “ponderar quão grave foi o inadimplemento a ponto de justificar a resolução da avença”.

Assim, aplicando o entendimento à causa em julgamento, entendeu ter havido o adimplemento substancial do contrato, pelo que a parcela não cumprida seria inapta para justificar a resolução do contrato de arrendamento mercantil. Não obstante a dívida não desaparecer, “o que seria um convite a toda sorte de fraudes”, a resolução no caso não seria o meio mais consentâneo à realização do crédito da instituição financeira. Poderia ela, certamente, “valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título”.

Percebe-se, enfim, que a aferição da importância do inadimplemento é etapa imprescindível para o juízo de merecimento de tutela do pleito resolutório do credor diante da mora do devedor. Em se considerando ser o inadimplemento de escassa importância, e diante da existência em concreto de outros meios de satisfação do crédito menos onerosos ao devedor, não haverá espaço para a resolução do contrato.

3.2.4. Comportamento dos contratantes

Outro fator que precisa ser levado em consideração é o comportamento dos contratantes durante toda a atividade contratual, inclusive durante a fase pré-negocial.²⁵⁹ A preocupação neste aspecto está voltada à tutela da confiança existente entre o credor e o

²⁵⁹ A respeito da atividade contratual, diz Juliana Pedreira da SILVA: “[...] o contrato, como baluarte das relações jurídicas patrimoniais, deve ser entendido como atividade, isto é, como coordenação objetiva de atos ou comportamentos deflagrados por centros de interesses. O contrato, compreendido como atividade, impede que se imponha a vontade como condição de coordenação dos atos e, portanto, é possível identificá-lo sem invocar a fórmula do negócio jurídico. A coordenação dos atos é objetiva porque leva em conta os comportamentos objetivamente considerados do tráfego social” (*Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15). A distinção entre ato e atividade já era sustentada por expoentes da doutrina italiana, como Tulio ASCARELLI: “*L’attività dovrà essere valutata in via autonoma, indipendentemente cioè dalla valutazione dei singoli atti, singolarmente considerati. Indipendentemente dalla disciplina dei singoli atti, può essere illecito (o sottoposto a norme particolari) l’esercizio dell’attività*” (Lezioni di diritto commerciale: introduzione. Milano: Giuffrè, 1955, p. 103). Em tradução livre: “A atividade deverá ser valorada em via autônoma, isto é, independentemente daquela valoração dos atos individuais, individualmente considerados. Independentemente da disciplina dos atos individuais, pode ser ilícito (ou sujeito a norma particular) o exercício da atividade”.

devedor, sustentada em uma legítima expectativa de que o comportamento adotado pelos contratantes ao longo de toda a relação não será bruscamente alterado, o que representaria indevida contradição.²⁶⁰ A vedação a um tal exercício contraditório, e por isso inadmissível, de determinada posição jurídica tem como ponto de sustentação maior a boa-fé objetiva.²⁶¹

Nesse sentido, expõe António Menezes Cordeiro:

No essencial, a concretização da confiança, ela própria concretização de um princípio mais vasto, prevê, como resulta da amostragem jurisprudencial realizada: a actuação de um facto gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; a adesão do confiante a esse facto; o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua atividade posterior sobre a confiança gerada – um determinado investimento de confiança – de tal forma que a supressão do facto provoque uma iniquidade sem remédio.²⁶²

Assim, a confiança objetivamente despertada na contraparte no decorrer da atividade negocial deve ser protegida. Sua tutela passa pela inadmissibilidade de comportamentos contraditórios que violem as legítimas expectativas de um dos contratantes erigidas sobre o atuar do outro. A boa-fé objetiva, nesse sentido, “exige de todos um comportamento condizente com um padrão ético de confiança e lealdade”.²⁶³ Este atuar específico da boa-fé na tutela da confiança é mais frequentemente verificado por meio de suas chamadas figuras parcelares, como a *suppressio*,²⁶⁴ a *surrectio*,²⁶⁵ o *venire contra factum proprium*,²⁶⁶ e o *tu quoque*.²⁶⁷

²⁶⁰ “Não se deve, entretanto, confundir a presença da legítima confiança com um estado romântico de crença absoluta e incontestável na atuação coerente de outrem. Sobretudo em relações de caráter patrimonial, há sempre um natural resguardo quanto à efetiva correção no comportamento da contraparte, mas isto não impede a objetiva adesão a este comportamento e a formação, diante das circunstâncias concretas, de uma legítima expectativa de não-contradição” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 144).

²⁶¹ Nesse sentido dispõe o Enunciado nº 362 das Jornadas de Direito Civil: “Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

²⁶² *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 758.

²⁶³ STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.202.514 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/06/2011.

²⁶⁴ “Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 797).

²⁶⁵ “A *surrectio* verifica-se nos casos em que o decurso do tempo permite inferir o surgimento de uma posição jurídica, pela regra da boa-fé. Normalmente, é figura correlata à *suppressio*. A surreição consistiria no surgimento de uma posição jurídica pelo comportamento materialmente nela contido, sem a correlata

Ao que aqui está mais afeito, o credor terá negado o direito de resolver o contrato sempre que, fundamentando seu pleito em suposta perda de utilidade da prestação em decorrência de inadimplemento, o seu comportamento pretérito (*factum proprium*) tiver feito surgir legitimamente no devedor a expectativa de que não o faria, salvo expressa autorização legal ou contratual à sua contradição.²⁶⁸ Ilustrativo da proibição de comportamento violador da confiança depositada em uma relação contratual é o julgado que envolveu pedido de extinção contratual e despejo de locatário por alegado inadimplemento decorrente do não pagamento de alugueres em aberto, além de reajustes não implementados durante o vínculo contratual.²⁶⁹

No caso, as partes haviam celebrado contrato de locação por vinte e quatro meses em 1º de janeiro de 1995, tendo ficado pactuado – no que aqui importa – que o lugar do pagamento do aluguel seria no domicílio da locadora ou em local por ela indicado, e que o reajuste teria periodicidade trimestral e multa moratória se inadimplido. Em 30 de agosto de 2005 firmaram um “termo de acordo” modificando parcialmente o contrato. Desde então os valores devidos foram pagos sem modificação no valor até 2010. Assim, o Tribunal entendeu estar “demonstrado que a previsão contratual não correspondeu ao comportamento da apelada [locadora], que abriu mão dos reajustes dos alugueres durante boa parte da vigência do contrato de locação”.

Uma vez que o contrato, no que tange aos reajustes, não estava sendo rigorosamente cumprido e sem objeção da locadora, não seria aceitável que ela assim se comportasse durante largo lapso temporal para só então vir a exigir, retroativamente, o pagamento daqueles

titularidade. Como efeito deste comportamento, haveria, por força da necessidade de manter um equilíbrio nas relações sociais, o surgimento de uma pretensão” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2006. Volume 27, p. 269).

²⁶⁶ “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível” (CORDEIRO, Antônio Menezes, *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 742).

²⁶⁷ “A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. [...] Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento” (CORDEIRO, Menezes Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*, cit., p. 837). Veja-se, ainda: “Juridicamente, o *tu quoque* vem referido como o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas. Trata-se da fórmula jurídica de repressão ao que, no vernáculo, se resume como 'dois pesos, duas medidas” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 175).

²⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 233.

²⁶⁹ TJ-SP, 32ª Câmara de Direito Privado, ApCiv nº 0151677-59.2009.8.26.0100, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 02/08/2010.

reajustes. Verificou-se, assim, inaceitável comportamento contraditório pois, “ao deixar de praticar os reajustes nos padrões inicialmente previstos, a apelada [locadora] despertou no apelante [locatário] a confiança em que não os exigiria”. Assim, determinou-se que o locatário deveria sair do imóvel e pagar os alugueres em aberto, mas nos valores que estavam sendo costumeiramente pagos durante a relação contratual. Declarou-se ainda não existir débito quanto a reajustes passados, que teriam sido suprimidos com base no comportamento da locadora ao longo do tempo.

A reiteração por parte de um dos contratantes de um comportamento que a princípio não corrobore com o ajuste contratual, sem oposição da contraparte, ao longo do tempo faz nascer naquele a confiança de que esta não mais exigirá o exato cumprimento do contrato quanto aos termos que têm sido desrespeitados sem contestação. É essa a inteligência do art. 330 do Código Civil, ao preceituar que “pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”.²⁷⁰

Um precedente de direta aplicação desse dispositivo legal envolveu ação de indenização por danos morais, por força de indevida inclusão do nome de consumidor em órgão de restrição de crédito.²⁷¹ O caso teve base em compras feitas em loja de departamentos em valor total a ser pago em cinco prestações mediante pagamento de carnê no estabelecimento comercial. Ocorreu, contudo, de o consumidor ter pago as duas primeiras parcelas por meio de depósitos bancários, devidamente aceitos pela loja. Já quanto à terceira parcela, paga da mesma maneira, o pagamento não foi reconhecido, o que veio a causar a inclusão em cadastro negativo.

O Tribunal entendeu, então, que “em razão do reconhecimento dos depósitos anteriormente realizados”, não poderia a fornecedora ter dado por desconhecido o pagamento feito pelo consumidor, inclusive por ter adotado “o mesmo número de conta e agência

²⁷⁰ “Se, por diversas ocasiões, o pagamento é efetuado em lugar diferente do estipulado, cria-se no devedor a expectativa de, nas próximas vezes, poder manter o mesmo comportamento nas prestações futuras. A expectativa do devedor é legítima e não merece ser frustrada, haja vista a lealdade e a confiança no tráfego negocial, que são as bases da boa-fé objetiva e têm fundamento, neste caso, no comportamento anterior dos contratantes” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume I, cit., p. 628). Judith MARTINS-COSTA, denominando o dispositivo como um caso de “consagração legislativa” de *suppressio*, que “indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a *confiança*: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o não-exercício tenha causado, à contraparte, um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado” (*Comentários ao novo Código civil*, Volume V, tomo I, cit., p. 372).

²⁷¹ TJ-SC, Câmara Especial Regional de Chapecó, ApCiv nº 2010.041376-5, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 30/09/2011.

anteriormente utilizados para tal finalidade”. Assim, conclui-se que “em que pese a alegação de que este último não fora identificado, tal fato não desfaz a comprovação do pagamento, devendo-se trazer à tona, o exposto no art. 330 do Código Civil”. Por isso, a decisão final declarou a inexistência do débito que deu origem à inscrição do nome do consumidor em órgão de restrição de crédito e, em via de consequência, deu provimento ao pleito indenizatório.

Conforme se pode depreender de tais exemplos, a tutela da confiança envolve as legítimas expectativas criadas em uma parte com base na apreensão do comportamento, objetivamente tratado, de uma outra. No que toca à resolução do contrato por mora do devedor, não será tutelável o exercício desse direito potestativo extintivo quando o inadimplemento relativo estiver ligado a uma prestação (ou parte dela) cujo estrito e exato cumprimento o devedor pudesse legitimamente esperar não ser essencial para o contrato, tendo em vista o comportamento do credor durante toda a relação contratual.²⁷²

3.2.5. Manutenção do sinalagma funcional

O último critério a ser analisado tem um papel aglutinador e conformador dos quatro anteriores. Refere-se à manutenção do sinalagma funcional, que em último grau representa a busca pelo permanente equilíbrio dinâmico do contrato durante toda a relação obrigacional. Isso porque em grande parte das vezes, entre a conclusão do negócio e a execução da prestação devida, há o decurso de certo lapso temporal que pode ter ensejado a alteração das circunstâncias existentes à época do aperfeiçoamento do contrato. Nesses casos, é preciso que se leve em consideração uma espécie de zona de amortecimento, a exigir certa aceitação de que a prestação seja cumprida de maneira diversa do inicialmente ajustado sempre que as circunstâncias tenham sido modificadas para além da previsão dos contratantes,²⁷³ e tendo em conta a qualificação das partes envolvidas.

²⁷² Como se pode perceber, este critério tem maior implicação nas relações obrigacionais duradouras, muito embora não se possa descartar sua utilidade também para as obrigações não duradouras. Isto porque é possível que tenha sido estabelecido um prazo para o cumprimento da obrigação, de modo que o comportamento do credor entre a conclusão do contrato e a execução do devedor poderá influir para a finalidade antes discutida. Da mesma maneira, têm relevância os comportamentos das partes durante a fase pré-negocial.

²⁷³ A respeito disso afirma Antônio Junqueira de AZEVEDO: “Quanto ao tempo na execução dos contratos, temos que considerar, como é sabido, que, se há lapso temporal entre a conclusão e a execução do contrato, as

No intuito de melhor descrever essa mencionada zona de amortecimento, várias teorias foram criadas, como, mais representativas: (i) a da pressuposição, de Windscheid; (ii) a da base do negócio, criada por Oertmann e desenvolvida por Larenz; e (iii) a da onerosidade excessiva, entabulada pelo Código Civil italiano de 1942.²⁷⁴ O estudo do ponto, de tão amplo e profundo, merece uma investigação inteira para si. Assim, ao que aqui se faz mais importante, cabe reconhecer que a tutela da resolução do contrato passa pela manutenção do sinalagma ao longo de todo o desenvolvimento do vínculo, em uma busca de equilíbrio dinâmico. Daí a expressão *manutenção do sinalagma funcional*.²⁷⁵

São aspectos de um mesmo princípio – o equilíbrio das prestações²⁷⁶ – a vedação ao máximo e inteiro proveito do contrato para o credor apenas, e o completo suporte pelo devedor de todos os ônus que surjam ao longo da relação contratual. Isso ao ponto da lei (CC, art. 478) permitir *ao devedor* pleitear a resolução quando “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”.²⁷⁷

circunstâncias podem variar – daí o problema dito da ‘alteração das circunstâncias’” (Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/2005. Vol. 832, p. 124). Cf. também AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, jan-mar/2011. Volume 45, onde diz que “o modelo do contrato relacional é o que melhor se adapta à nova sistemática dos contratos de empresa e entre empresas, nos quais a gestão do risco da superveniência é um problema. Essa nova realidade exige a consideração dos *remédios de manutenção*, que conduz à renegociação, ao mesmo tempo em que nos obriga a lidar com cláusulas que, pela concepção tradicional, seriam inválidas, tais como as que ficam intencionalmente em branco, para futura renegociação. Nos contratos relacionais, a primeira alternativa diante da superveniência é a da renegociação; frustrada, cabe a revisão das cláusulas pelo juiz ou pelo árbitro. No nosso sistema (fundado no Código Civil de 2002 e na Constituição de 1988), não há dúvida sobre a possibilidade dessa revisão, pois lisamente se reconhece a legitimidade da intervenção judicial para a aplicação dos princípios e utilização das cláusulas gerais a fim de assegurar a realização da justiça contratual, da função social do contrato e da boa-fé” (Idem, pp. 98-99).

²⁷⁴ Para um completo estudo a respeito da alteração das circunstâncias, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 903-1114.

²⁷⁵ A respeito da perspectiva dinâmica e funcional das obrigações, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., pp. 207-208. Sobre a resolução, coloca Ruy Rosado AGUIAR JÚNIOR que “[...] ela é resultado da manifestação de um direito formativo surgido em face da superveniência do incumprimento do devedor, no âmbito dos contratos bilaterais. É, assim, um fenômeno ligado ao sinalagma funcional” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 71). Quanto à ampliação do conceito de sinalagma, vide nota 176.

²⁷⁶ Vide nota 122.

²⁷⁷ O Código de Defesa do Consumidor tem dispositivo semelhante, que contudo não exige o a imprevisibilidade do fato superveniente: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Nessa orientação, “aceitar que fatos supervenientes justifiquem o não-cumprimento do contrato ou o seu cumprimento não integral pode ser uma exigência de justiça”.²⁷⁸ Leva-se em conta, portanto, quão oneroso seria para o devedor cumprir a obrigação nos exatos termos inicialmente pactuados. A gravidade de toda a situação “deve ser avaliada conforme as condições existentes ao tempo do incumprimento, quando surge o direito formativo e é quebrado o sinalagma funcional”.²⁷⁹ Assim, o suporte de ônus superveniente, não esperado e fora da margem de álea aceita no contrato,²⁸⁰ por vezes deverá ser dividido entre todos os contratantes.

Uma decisão que bem representa a busca do equilíbrio contratual, a poder afastar inclusive o estado de mora do devedor nos casos de onerosidade excessiva superveniente, deu-se em ação promovida por hospital beneficente contra fornecedora de equipamentos hospitalares, em que foi pedida a resolução do contrato por onerosidade superveniente ou, subsidiariamente, a revisão do contrato.²⁸¹ Ao que é importante nesse momento, alegou em suma que contratou a compra de dois produtos fabricados pela fornecedora por pouco mais de duzentos mil dólares, acertando-se que o pagamento seria feito parceladamente.

Durante o curso do vínculo, em janeiro de 1999, a cotação do dólar subiu inesperada e consideravelmente passando a custar, em um único dia, de R\$ 1,17 para R\$ 1,77. Esse fato teria aniquilado todos os planejamentos e provisões do hospital, por excessiva onerosidade superveniente. A fornecedora, por seu turno, afirmou que o contrato foi firmado na modalidade de arrendamento mercantil com captação de moeda estrangeira no exterior. Por isso, não caberia resolução ou revisão do contrato, visto que internacional, com comprovadas

²⁷⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio*, cit., p. 125. Grifo no original. Entretanto, deve-se levar em consideração se as alterações das circunstâncias se deram quando o devedor já se encontrava em mora, como bem observa Luís Manuel Teles de Menezes LEITÃO: “[...] se o devedor, por causa que lhe é imputável, não cumprir na data fixada [no direito brasileiro também no lugar ou forma devidos], entende-se que assume o risco de verificação de posteriores desequilíbrios contratuais, não podendo impor ao credor uma distribuição do risco distinta. Para além disso, permitir ao devedor invocar alterações das circunstâncias verificadas na situação de mora resultaria em termos objetivos num prémio concedido por uma falta contratual, uma vez que se o devedor tivesse cumprido em tempo, o contrato já estaria executado, ficando assim excluído o recurso à alteração das circunstâncias” (*Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007. Volume II: transmissão e extinção das obrigações; não cumprimento e garantias do crédito, pp. 137-138).

²⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo código civil*, cit., p. 601.

²⁸⁰ Exemplo pitoresco de alteração das circunstâncias dentro de certa margem de aleatoriedade, a afastar a resolução contratual, é o do alegado desequilíbrio contratual por praga que venha a atacar a lavoura de soja, comprometendo assim o contrato de compra e venda de safra futura. Disse-se que “a ‘ferrugem asiática’ na lavoura não é fato extraordinário e imprevisível, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor” (STJ, 4ª Turma, REsp nº 945.166 / GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28/02/2012).

²⁸¹ TJ-RS, 13ª Câmara Cível, ApCiv nº 70006977375, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 07/12/2004.

despesas efetuadas pela credora em dólares, que deveriam ser suportadas também em dólar pelo nosocômio.

Julgando o feito, o Tribunal, após consideração do contexto existente à época da propositura da demanda, entendeu que a alteração das circunstâncias não era grave o suficiente para dar suporte à resolução do contrato. Acolheu, contudo, o pedido revisional subsidiário e determinou que “os encargos decorrentes da mudança ocorrida na cotação do dólar norte-americano, a partir de janeiro de 1999, inclusive, [fossem] divididos entre os contratantes, metade para cada um” – como melhor medida para assegurar o equilíbrio contratual. Além disso, pontuou que, uma vez que a revisão foi operada, não se poderia considerar o hospital em mora visto que os títulos vinculados ao contrato não seriam mais certos, líquidos e exigíveis: “reconhecida a existência de parcelas indevidas, tratam-se de títulos ilíquidos. [...] Resulta, daí, que havendo exigência indevida por parte do credor não se pode falar em mora ao devedor”.

Não se imagine, todavia, que o esforço de preservação do sinalagma funcional resultará sempre na conclusão de que a relação contratual deve ser mantida. Há casos em que a aplicação do critério levará à conclusão de que a saída menos onerosa aos contratantes será a extinção do contrato. Nesse sentido, é exemplar o acórdão que julgou pleito de consumidora que exigia a execução específica de obrigação de fazer de determinada editora de entregar à primeira sete edições de revista infantil já fora de edição.²⁸²

No caso, a consumidora havia firmado com a editora, em janeiro de 2000, contrato de renovação de fornecimento de certa revista infantil pelo período de doze meses, efetuando de pronto o pagamento integral do preço cobrado pela assinatura anual. Contudo, a editora teria lhe enviado as revistas somente até o mês de junho de 2000, quando comunicou que a revista não seria mais editada. Ofereceu à consumidora a oportunidade de escolher outra revista editada pela empresa ou o abatimento do preço – ambas opções recusadas pela primeira. Em sua defesa, a editora alegou impossibilidade econômica de continuar a produzir a referida publicação, visto que isto “implicaria em nova contratação de jornalistas, pesquisadores, *royalties* de personagens, em sucessão de empresas inúteis, somente em virtude de um capricho pessoal da autora”, que poderia, sem prejuízos para si, optar por outras revistas ou pelo abatimento do preço, como lhe fora ofertado.

²⁸² STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.055.822 / RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 24/05/2011.

O Tribunal considerou procedentes os argumentos da editora entendendo haver um óbice jurídico ao cumprimento específico, pelo fato de que “o custo dos desejados números restantes da assinatura da revista seria imensamente desproporcional ao resultado prático visado, tornando economicamente impossível a prestação”. Assim, entendendo que a manutenção do equilíbrio da relação contratual se daria – no caso em exame – pela extinção do contrato, determinou a conversão da obrigação em perdas e danos em quantia equivalente a sete doze avos do valor do contrato, com os acréscimos legais.

Desta maneira, vê-se que este último critério tem o papel de conformar todos os demais ao propósito último de avaliar o merecimento de tutela da resolução de relação contratual, na medida em que se reporta a um dos mais firmes pilares do direito dos contratos, especialmente na teoria contemporânea: o equilíbrio interno. Segue nessa direção a lição de Judith Martins-Costa:

Em todos os casos judiciais aqui mencionados percebe-se idêntico *telos*, qual seja a coibição do abuso, da contraditoriedade, do aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude, o que, no campo contratual, justifica-se e deduz-se, em última instância, da noção de *sinlagma*. Esta domina o direito contratual, porquanto indica a existência, nos contratos bilaterais, ‘de uma estrutura final imanente ao contrato, com dependência genética, condicional e funcional (pelo menos) de dois deveres de prestar primários interligados’, o quais, justamente por estarem interligados, compõem determinado *conjunto de equilíbrios recíprocos* que deve ser mantido, não permitindo, por isso, a tolerância em relação a atos ou situações que o firam, conduzindo ao desequilíbrio.²⁸³

Dito isto, apercebe-se que a perspectiva da satisfação do credor está fincada em bases que vão além de seu interesse individualmente considerado. Passa também pelo interesse do devedor e, ainda, tendo-se em conta a realização dos interesses sociais. O que quer dizer que a opção do credor de resolver o contrato quando da mora do devedor não é a única que está à sua disposição; mais que isso: não há que se falar nem mesmo que é a primeira das opções colocadas ao seu dispor. Há situações em que seu interesse será alcançado, com menos sacrifício para o devedor, por meio da execução específica – sem prejuízo de eventual indenização por perdas e danos, nos termos do art. 475 do Código Civil.

²⁸³ *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 464-465. O trecho entre aspas é de António Menezes Cordeiro.

3.3. A satisfação do interesse do credor entre a execução específica e a resolução do contrato

Uma vez assumido que o adimplemento é a aspiração maior do processo obrigacional, e que atrai o seu inteiro desenvolvimento, não há maiores dificuldades para se concluir que a execução da prestação pelo devedor é, em regra, a via que mais precisamente satisfaz o interesse do credor. Quer-se com isso afirmar que, mesmo diante da mora do devedor, a melhor saída não será necessariamente a resolução do contrato. Em muitas situações, desde que ainda exista utilidade na prestação, a sua finalidade será melhor alcançada pela purgação da mora. Nesses casos, “assegurar o cumprimento e a execução específica [...] é, pois, uma exigência essencial de perfeita tutela jurídica. Só assim se satisfaz complementemente e especificamente o credor, ao proporcionar-se-lhe precisamente a própria prestação que lhe é devida”.²⁸⁴

Nesse toar, a resolução do contrato não deve ser encarada nem como única nem como primeira saída ao inadimplemento relativo. Não se pode olvidar que a manutenção dos negócios jurídicos deve ser garantida até futura e legítima situação, igualmente assegurada pelo ordenamento jurídico, de extinção do vínculo. No caso, a continuidade da relação contratual deve ser assegurada até quando não seja mais possível se realizar a função negocial concreta sem quebra do sinalagma funcional. O parágrafo único do art. 395 do Código Civil, portanto, não deve ser lido como concedente de um direito potestativo arbitrário ao credor; deve, sim, ser tido como um direito formativo extintivo internamente limitado. Trata-se de um direito a ter seu merecimento de tutela avaliado caso a caso. Não basta ao seu exercício qualquer inexecução, senão uma mácula suficientemente grave para justificar a assunção do inadimplemento definitivo, e conseqüentemente a resolução.²⁸⁵

É essa a doutrina de René Savatier:

²⁸⁴ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., pp. 144-145.

²⁸⁵ “[...] quando l’inadempimento è ragionevolmente rimediabile non ha nemmeno rilevo la sua entità, essendo precluso, al creditore che può agevolmente soddisfarsi (o per lo meno nella misura in cui à agevolmente possibile farlo), risolvere il contratto per un fine che si presenta smaccatamente speculativo” (NAPPI, Filippo. Sull’importanza dell’inadempimento ex art. 1455 c.c.: lo sviluppo di un calcolo applicativo. *Rassegna di Diritto Civile*, 1/2010, p. 123). Em tradução livre: “[...] quando o inadimplemento é razoavelmente remediável não há nem sequer relevo o seu tamanho, sendo precluso, ao credor que pode facilmente satisfazer-se (ou pelo menos na medida em que ele pode facilmente fazê-lo), resolver o contrato por um fim que se apresenta descaradamente especulativo”.

[...] *l'inexécution de l'obligation d'une des parties dans un contrat synallagmatique n'entraîne pas, de droit, la résolution de celui-ci. D'abord, cela dépend de la décision de l'autre partie, qui peut préférer en poursuivre l'exécution. En outre, si elle choisit de le résoudre, la résolution doit être demandée en justice, et obtenue du tribunal. La loi veut que le juge apprécie si la faute d'exécution reprochée, à son débiteur, par le demandeur en résolution, est assez grave pour justifier la chute complète et rétroactive du contrat.*²⁸⁶

Por não ser qualquer impontualidade suficiente para justificar o enjeitamento da prestação pelo credor,²⁸⁷ o disposto no art. 475 do Código Civil também precisa ser harmonicamente interpretado *cum grano salis* dentro dessa teleologia. O artigo, ao preceituar que “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”, deve ser lido como uma oportunidade que se dá ao credor para exigir o específico cumprimento da prestação ainda que isso represente maiores ônus para si. Não se deve entender, o que seria ruidoso com toda a sistemática do ordenamento, como uma possibilidade de exercício arbitrário do direito resolutório.

Frise-se que não se está a afirmar que será exigido ao credor que sempre pleiteie inicialmente a execução específica da prestação, mas sim que não se deve admitir que a resolução do contrato seja a primeira opção em toda e qualquer situação. Não se deve permitir, ainda, que a escolha entre uma e outra saída recaia em mera subjetividade ou mesmo arbitrariedade do credor. Diante do inadimplemento relativo, o seu dever de atuar conforme a boa-fé se concretiza na comunicação à contraparte da sua decisão de – dentro de um prazo razoável – exigir o cumprimento específico da prestação ou de resolver o contrato, resguardando-lhe, num caso e noutro, o direito de pleitear perdas e danos.²⁸⁸

²⁸⁶ *La théorie des obligations*, cit., p. 229. Em tradução livre: “[...] a inexecução da obrigação de uma das partes em um contrato sinalagmático não traz consigo, de direito, a resolução deste. Antes, isso depende da decisão da outra parte, que pode preferir perseguir a execução dele. Além disso, se ela escolher resolvê-lo, a resolução deve ser demandada na justiça, e obtida do tribunal. A lei quer que o juiz aprecie se o defeito de execução reprovado, ao seu devedor, pelo demandante da resolução, é suficientemente grave para justificar a queda completa e retroativa do contrato”.

²⁸⁷ Vide item 3.1, *supra*.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

Embora não exista no direito brasileiro expressa menção a esse dever de comunicação antecedente à resolução, é possível extraí-lo da cláusula geral da boa-fé objetiva. O art. 422 do Código Civil, ao criar deveres laterais durante todo desenvolvimento contratual, tem alcance para impor ao credor a concessão de um prazo admonitório ao devedor, como uma “derradeira possibilidade de manter o contrato”.²⁸⁹ Tal concessão se daria por declaração de vontade receptícia, fazendo-se eficaz assim tão logo chegasse ao conhecimento do devedor, e deveria ter extensão temporal compatível com a complexidade da obrigação – tornando-a sujeita, pois, a avaliação casuística de conformidade.

Assim, cumprindo o devedor com exatidão a prestação devida e cobrindo os prejuízos que tenham sido gerados por sua impontualidade, estaria purgada a mora (CC, art. 401, I), ao passo que o não cumprimento da prestação dentro desse prazo faria com que a prestação se tornasse inútil.²⁹⁰ Destarte, essa advertência posterior teria função semelhante à de uma cláusula resolutiva expressa, vez que ambas estipulariam determinado cumprimento (no primeiro caso, ainda que supervenientemente) como essencial, muito embora o prazo admonitório não dependa da anuência do inadimplente para ter eficácia, ao contrário da cláusula.²⁹¹

Ou seja, a determinação de que o credor concedesse o mencionado prazo – como dever advindo da boa-fé objetiva – teria por escopo oportunizar ao devedor que adimplisse sua obrigação, o que é a finalidade maior de qualquer contrato. Ao lado disso, não impediria que o credor, mesmo após o escoamento daquele prazo sem a execução da prestação, pleiteasse judicialmente a sua execução específica se assim o preferisse.²⁹² Vincularia, dessa

²⁸⁹ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, cit., p. 123. Pontes de MIRANDA já admitia a imposição de tal prazo, chamando-o de *prudencial*: “Antes de pedir a resolução do contrato, pode o credor fixar ao devedor *prazo prudencial* (Nachfrist) para purgar a mora, ou se decretar a resolução do contrato. A permissão de purga da mora é oportunidade que se dá ao devedor para evitar que prossigam as consequências da mora e ocorra a decretação da resolução. A resolução é fato grave, que se pode afastar com a purgação da mora. No sistema jurídico brasileiro, a resolução é determinada pelo fato do inadimplemento, e a fixação superveniente de prazo significa que o credor *preferiu* as consequências da mora à declaração da resolução, mas ainda pôs ao devedor o dilema: purgar a mora, ou sofrer a resolução. Se purga a mora, *tollitur quaestio*; se não purga, há as consequências da mora, com a resolução. O prazo posterior, o *Nachfrist*, não pode ser estabelecido sem que o devedor já esteja incorrido em mora, e nada tem tal prazo com o que acaso correu para se iniciar a mora. Durante o pós-prazo, a mora persiste. O devedor tem de pagar os juros moratórios e responde pelo caso fortuito ou força maior [...]. Não se trata de convite a pagar ou a purgar; mas de *comunicação de vontade*, sem se tratar de negócio jurídico” (*Tratado de direito privado*, Tomo XXIII, cit., p. 267).

²⁹⁰ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, cit., p. 71.

²⁹¹ “O referido prazo será fixado, via de regra, através de uma interpelação cominatória, mas nada impede que se determine logo no momento da constituição do vínculo obrigacional. Sempre se exigirá, todavia, uma declaração intimativa com um termo preciso para o cumprimento, resultando da sua inobservância a resolução automática do contrato” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, cit., p. 985).

²⁹² A questão guarda proximidade com o *jus variandi* entre a execução específica e a resolução, sobre o qual cf. ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., pp. 31-37.

maneira, apenas o devedor. Certo é, entretanto, que durante o lapso temporal concedido estaria vedado o exercício da resolução, visto que configurador de inaceitável comportamento contraditório.

Finalmente, por toda a exposição se quis demonstrar que o exercício do direito de resolução não deve ser tido como ferramenta *prima facie* de reparo à inadimplência. Sempre que a prestação for ainda possível e útil, sendo este último juízo feito objetivamente, o direito preferirá que as partes contratantes busquem a execução da específica obrigação avençada. Afinal, como desde o princípio se afirmou, o adimplemento é o meio extintivo ideal da relação contratual, por ser dentre todas as hipóteses extintivas a que mais inteiramente satisfaz os interesses do credor.

4. CONCLUSÕES

O adimplemento contratual, como se buscou demonstrar, é o caminho ideal para a extinção das obrigações. Todo o ordenamento jurídico volta-se a privilegiá-lo e ensejá-lo, resultando o direito que tem o credor à resolução contratual frente ao inadimplemento do devedor como saída excepcional, pertinente quando inequivocamente perdida, no caso concreto, a utilidade da prestação. O exercício da resolução, assim, não se mostra isento (como, aliás, qualquer outra situação jurídica subjetiva) de um controle de merecimento de tutela, para que se afigure legítimo e, logo, possa surtir o efeito extintivo sobre o contrato.

Semelhante controle deve partir dos parâmetros que o próprio Código Civil elegeu para a verificação do inadimplemento absoluto: tempo, lugar e forma da prestação. Não deve, porém, privilegiar qualquer desses critérios sobre os demais (afigurando-se, assim, o lugar e a forma parâmetros plenamente independentes e autônomos do aspecto temporal), nem deve por outro lado se limitar à previsão legislativa. Com efeito, importará para a aferição do interesse do credor na prestação, uma vez em mora o devedor, todo o histórico da relação contratual e da atividade negocial entre as partes, as legítimas expectativas geradas no curso dessa interação e todos os demais fatores que influenciem no equilíbrio do regulamento contratual, consubstanciado no sinalagma funcional.

Apenas de posse de tais elementos poderá o julgador exercer um adequado juízo de merecimento de tutela sobre a pretensão do credor de ver resolvido o contrato, averiguando de um lado se não constitui exercício abusivo de sua posição contratual (portanto, contrário a sua função negocial), e de outro lado se corresponde a um interesse merecedor de tutela à luz dos valores do ordenamento. Deve-se, além disso, incentivar a satisfação do interesse do credor pela execução específica, como via preferencial à resolução contratual sempre que possível e ainda útil.

Diante desse cenário, podem ser tecidas as seguintes proposições conclusivas:

(i) Não se deve encarar a relação contratual como a estéril junção de momentos estáticos, senão como um processo contínuo, dinâmico e fluido. Tem o seu desenvolvimento direcionado à satisfação dos interesses que levaram à sua criação – portanto, naturalmente destinado ao adimplemento e apenas excepcionalmente à resolução.

(ii) Existe uma complexidade intraobrigacional que cria para o credor deveres específicos em relação ao devedor, sendo por isso de se criticar uma caracterização dos centros de interesses interconectados na relação obrigacional que aluda necessariamente a uma posição ativa e outra passiva.

(iii) O Código Civil determina que sempre que a prestação devida não puder mais alcançar o interesse do credor, fundamento da avença, ter-se-á por definitivamente inadimplida a obrigação; a *contrario sensu*, sempre que a prestação ainda for útil ao credor, não há de se reconhecer o seu inadimplemento absoluto.

(iv) O legislador brasileiro adotou conceito amplo de mora, englobando também os fatores espacial e modal, afastando-se, com isso, da definição mais enxuta feita alhures que a restringe ao fator temporal, de modo que a teoria da violação positiva do contrato, engendrada no direito alemão, tem duvidosa adequação ao ordenamento jurídico nacional.

(v) Considerando que não há prioridade hierárquica entre o critério temporal e os demais previstos no direito brasileiro, e que os deveres de cooperação oriundos da boa-fé objetiva passam a constituir o conteúdo contratual, conclui-se ser possível que o devedor esteja em mora mesmo nas hipóteses em que, embora tenha efetuado sua prestação principal, não tenha adimplido a obrigação em todas as suas nuances.

(vi) Efetuada a prestação no lugar ou forma incorretos, não pode a previsão original de um prazo mais extenso fazer com que esse cumprimento defeituoso seja tratado como um nada jurídico, já que algum aspecto do conteúdo obrigacional se encontra violado, muito embora ainda haja interesse no adequado adimplemento. Poder-se-ia cogitar, assim, de uma verdadeira mora anterior ao termo: acaso o prazo tivesse sido estipulado em favor do devedor, admitir-se-ia que ele teria renunciado ao termo e, ao cumprir imperfeitamente, incorrido em mora. Por outro lado, se o prazo tivesse sido estipulado em favor do credor, este, embora não fosse obrigado a recebê-la, tendo-o feito, não poderia mais alegar futuramente a sua desconformidade, por ser esse um inaceitável comportamento contraditório.

(vii) O interesse do credor é a chave de aferição da ocorrência ou não do inadimplemento absoluto do devedor diante de sua mora; sendo ainda possível a execução da prestação e esta ainda tendo utilidade, não há de se ter por definitivamente inadimplida a obrigação. Em decorrência disto, não caberia ao credor enjeitar a prestação do devedor e resolver o contrato.

(viii) Embora se deva atentar para o interesse em concreto de determinado credor na específica relação contratual, a aferição da utilidade da prestação há de ser feita com base em critérios objetivos, visualizando-se todo o programa contratual de fora, e não a partir da individual subjetividade do credor. Essa última hipótese, ao ensejar arbitrariedades e chancelar simples caprichos, é inadequada e deve ser afastada, sob pena de se sufragar e recair em vetusta orientação voluntarista. Indaga-se, em síntese, do interesse concreto do credor, mas objetivamente inserido na função contratual.

(ix) Mesmo o exercício dos direitos potestativos – como a resolução contratual –, classicamente associados a uma completa sujeição do centro de interesses a eles contraposto, sofre limitações, não constituindo uma escolha arbitrária de seu titular. Emblemático símbolo da liberdade individual, o direito potestativo também deve ser inserido na lógica solidarista e, portanto, igualmente exige a demonstração de que seu exercício é merecedor de tutela à luz da axiologia do ordenamento, de tal modo que se pode afirmar que as limitações impostas pelo princípio da solidariedade à resolução contratual contribuem para a identificação da função deste instituto.

(x) A função negocial concreta tem decisivo papel no processo de verificação de eventual abusividade no exercício das posições contratuais, na medida em que todo comportamento que desvie o curso da relação contratual de seu adimplemento (como o exercício do direito à resolução do contrato), e da concretização dos efeitos essenciais inicialmente perseguidos pelas partes, estará fundamentado em pretensão ilegítima caso se constate que traiu sua função negocial, sendo assim entendido como abusivo.

(xi) No caso da resolução do contrato, deve-se considerar, sobretudo, se o exercício desse direito potestativo se coaduna e tem sua razão justificadora na própria função negocial. Assim, será pertinente resolver a relação contratual sempre que – mas não somente nesse caso – diante da mora do devedor a sua prestação não sirva mais ao alcance e concretização dos efeitos essenciais que sejam a causa do negócio; sempre, enfim, que esteja frustrada a finalidade do contrato.

(xii) Nenhum direito subjetivo é ilimitado, socialmente descontextualizado e, por isso, tutelável se exercido apenas com propósitos egoístas. Todos os direitos trazem consigo limites internos, de maneira tal que seus titulares não deverão descurar dos valores maiores do ordenamento jurídico, como o dever de solidariedade. No direito contratual, essa concepção tem como corolário o mútuo dever de cooperação entre todos os contratantes.

(xiii) Se por um lado a categorização dos deveres de prestação em principais, secundários e laterais tem inegável importância didática, por outro não pode fazer crer que a inexecução de um dever acessório ou de um lateral teria menor peso do que a de um dever principal para eventual avaliação do inadimplemento de um contrato. Aos contratantes cumpre observar seus respectivos deveres de colaboração com a finalidade em comum de que o programa contratual seja inteira e otimamente cumprido.

(xiv) A incidência dos deveres laterais advindos da boa-fé objetiva na execução dos contratos tem como um de seus efeitos o refreamento do exercício do direito de resolução pelo credor com base em alegado inadimplemento absoluto. O vínculo deve ser mantido sempre que, após um juízo de merecimento de tutela que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, conclua-se que o credor não tem justo e legítimo motivo para pleitear a resolução do contrato por ainda lhe ser útil a prestação.

(xv) Além de casuística, a aferição da perda da utilidade deve ser feita levando em consideração o contexto existente à época do exercício da resolução do contrato, pois apenas assim será possível se avaliar com precisão se o comportamento do credor é merecedor de tutela ou abusivo. Essa aferição é importante, ainda, por tornar possível a imprescindível comprovação do nexo de causalidade entre a mora e a perda da utilidade, visto que pode afastar, se inexistente, a extinção do contrato por tal motivo – como no caso em que em que, mesmo estando o devedor em mora, a prestação teria se tornado inútil por comportamento do próprio credor.

(xvi) O juízo de utilidade da prestação passa pelo caminho no sentido inverso daquele que levou à instauração da mora, ou seja, pelo enfrentamento – de maneira não excluyente – dos fatores elencados pelo art. 394 do Código Civil (*tempo, lugar e forma*), bem como pela análise da relação obrigacional em sua perspectiva dinâmica (a envolver o *comportamento* das partes contraentes). Tudo com o fito de se verificar se, ao fim e ao cabo, o *signalagma funcional* teria sido rompido, caso em que se faria legítima a resolução do contrato.

(xvii) O primeiro critério, ligado ao tempo da prestação, demonstra que a mora, quando ocasionada pelo não cumprimento da obrigação no prazo devido, fará desaparecer a utilidade da prestação sempre que a dilação temporal impossibilitar o alcance dos resultados práticos até momento decisivo incorporado na finalidade do contrato.

(xviii) O segundo critério, referido ao lugar da prestação, tem por base a assunção de que a execução da prestação em local inadequado tem o potencial de reduzir o proveito econômico que o cumprimento da obrigação teria para o credor. Por isso, a prestação se tornará inútil a partir do momento em que, tendo a execução ocorrido em indevido lugar, o proveito econômico tiver sido consideravelmente reduzido.

(xix) O terceiro critério, ligado à importância do inadimplemento, tem por baliza a consideração de que se o inadimplemento for de escassa importância, e diante da existência em concreto de outros meios de satisfação do crédito menos onerosos ao devedor, não haverá espaço para a resolução do contrato.

(xx) O quarto critério, referido à interação pretérita entre as partes, tem por preocupação central a tutela da confiança existente entre o credor e o devedor, sustentada em uma legítima expectativa de que o comportamento adotado pelos contratantes ao longo de toda a relação não será bruscamente alterado, o que representaria indevida contradição a comportamentos anteriores.

(xxi) O quinto critério, que tem na manutenção do sinalagma funcional o seu escopo, tem um papel aglutinador e conformador dos quatro anteriores. Refere-se, em último grau, à busca pelo permanente equilíbrio dinâmico do contrato ao longo de toda a relação obrigacional.

(xxii) Por fim, o exercício do direito de resolução não deve ser tido como ferramenta *prima facie* de reparo à inadimplência. Sempre que a prestação for ainda possível e útil, sendo este último juízo feito objetivamente, o direito preferirá que as partes contratantes busquem a execução da específica obrigação avençada.

O tratamento pela metodologia do direito civil-constitucional dado ao problema – que resultou na proposição de critérios objetivos de aferição da utilidade da prestação do devedor moroso, como mecanismos de verificação da legitimidade da resolução do contrato pelo credor – demonstra de forma insuperável a necessidade do exame casuístico. A bem da verdade, apenas diante de concretos casos será dado ao julgador, com o suporte da doutrina, concluir quanto ao merecimento ou não de tutela de específico pleito resolutório. Há uma imprescindibilidade da prática, como sói acontecer com todo o direito.

A análise de diversos casos concretos trazidos ao longo do texto procurou evidenciar como os critérios propostos são e como devem ser empregados pelos tribunais no intuito de

atribuir caráter dinâmico e funcional à aferição de inadimplemento, ainda hoje apresentada pela maior parte dos manuais sob ótica puramente estrutural e exclusivamente centrada sobre a vontade do credor.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. V. 6.

_____. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *III Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2005.

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

AMBROSOLI, Matteo. Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento. *Rivista di Diritto Privato*, Bari, anno XVII - 1, gennaio/marzo 2012.

ARISTÓTELES; McKEON, Richard (Ed.). *The basic works of Aristotle*. New York: Modern Library, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. V. 1.

_____. *Direito civil: teoria geral: acções e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. V. 2.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.832, fev./2005.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASEDOW, Jürgen; HOPT, Klaus J.; ZIMMERMANN, Reinhard (Ed.). *The Max Planck encyclopedia of european private law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. V. 1.

_____. *The Max Planck encyclopedia of european private law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. V. 2.

BECKER, Anelise. 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, v. 9, n. 1, nov./1993.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

_____. Em direção a uma teoria funcionalista do direito. In: *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.838, ago/2005.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na 'sociedade de direito privado'. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. v. 2.

_____. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações : cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4.

CORNET, Manuel. Abuso y resolución del contrato. In: TINTI, Guillermo P. (Coord.). *El abuso en los contratos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2001.

DELL'AQUILA, Enrico. La *ratio* della risoluzione del contratto per inadempimento. In: *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1983. Anno XXIX, Parte Seconda.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das obrigações e a cláusula resolutória no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21. ed. Trad. de Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Werter R. *Mora do devedor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1981.

FARO, Frederico Kastrup de. Boa-fé objetiva e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.38, abr./jun. 2009.

FERNANDEZ, Jesus Cardenal. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Montecorvo, 1979.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FRATINI, Marco. La mora del debitore. In: FAVA, Pasquale (Ed.). *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*. Milano: Giuffrè, 2008. t. I: caratteri generali, adempimento, inadempimento.

GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: L.G.D.J, 2007.

GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento: corso di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1959.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: cumprimento imperfeito do contrato*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1978.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927.

JOURDAIN, Patrice. Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle. In: *Les métamorphoses de la responsabilité: colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers – Sixièmes Journées René Savatier*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, abr./jun. 2012.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.43, jul./set. 2010.

_____. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. II: transmissão e extinção das obrigações; não cumprimento e garantias do crédito.

LEÓN, Pedro. La teoría del abuso en el ejercicio de los derechos. In: TINTI, Guillermo P. (Coord.). *El abuso en los contratos*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 885, jul./2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistémica del contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações : parte geral (arts. 233 a 420)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991. v. 1.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, t. I: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II: Do inadimplemento das obrigações.

_____. O caso dos produtos Tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da *supressio*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEORO, Mario E. Clemente. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral; eficácia jurídica, determinações inexas e anexas, direitos, pretensões, ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. V.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial; direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXII.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial; direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXIII.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial; direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXIV.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial; direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A causa dos contratos. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidez e ineficácia do negócio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II.

MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y frustacion del contrato*. Buenos Aires: Platense, 1975.

MORENO, Antonio Manuel Morales. Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa. In: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, enero-marzo, 2012. t. LXV, fascículo I.

MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

NAPPI, Filippo. Sull'importanza dell'inadempimento ex art. 1455 c.c.: lo sviluppo di un calcolo applicativo. In: *Rassegna di Diritto Civile*, 1/2010.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. Com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEUMANN, Thomas. *The duty to cooperate in international sales*. Munich: sellier european law publishers, 2012.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/_temp/CISG_portugues.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2013.

PADILLA, René A. *La mora en las obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2006. v. 27.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II: Teoria geral das obrigações.

_____. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. III: Contratos.

PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e a extensão do sinalagma. In: CORDEIRO, António Menezes; SILVA, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e (Org.). *Estudos em honra do professor doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Napoli: Jovene, 1972.

_____. Il principio di legalità nel diritto civile. In: *Rassegna di Diritto Civile*, 1/2010.

_____. *Manuale di diritto civile*. 6. ed. ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. CICCO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*. Trad. CICCO, Maria Cristina de. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

POLIDORI, Stefano. Lesione d'interesse e annullamento del contratto: attualità e prospettive. In: *Rassegna di Diritto Civile*, 1/2012.

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: Coimbra Editora, 1996.

RAMELLA, Anteo E. *La resolución por incumplimiento: pacto comisorio y mora en los derechos civil y comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1975.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, v. I.

_____. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1978, v. II.

RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2. ed. rev. et augm. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1951.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAVATIER, René. *La théorie des obligations: vision juridique et économique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1969.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos (arts. 389 a 405). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, out-dez/2007. v. 32.

_____. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHULZE, Reiner (Ed.). *Common European Sales Law (CESL): commentary*. München: C.H. Beck, 2012.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Resolução do contrato*. Lisboa: BMJ, 1957.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

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

SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

SIQUEIROS, José Luis. Los nuevos principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, abr./jun. 2012.

STEINER, Renata Carlos. As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da 'descoberta' alemã do século XX. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.47, jul./set. 2011.

_____. Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. III.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. t. III.

_____. A técnica da representação e os novos princípios contratuais. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. t. III.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. t. III.

_____. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. I.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008. v. IV.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UNIDROIT. Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 5. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 1992. v. 2.

VITELLI, Francesco. Spunti in tema di obbligazione negativa e mora del debitore. *Rassegna di Diritto Civile*, 4/2010.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the new german law of obligations*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.

_____. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

_____. *The new german law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Clarendon Press, 2005.