

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIZ HENRIQUE MACHADO CORDEIRO

O ADIMPLEMENTO IMPERFEITO NO DIREITO BRASILEIRO

PORTO ALEGRE

2012

LUIZ HENRIQUE MACHADO CORDEIRO

O ADIMPLEMENTO IMPERFEITO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS — como requisito parcial para a obtenção título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha

PORTO ALEGRE

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C794a Cordeiro, Luiz Henrique Machado.
O adimplemento imperfeito no direito brasileiro / Luiz Henrique Machado Cordeiro. – 2012.
175 f.

Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha.

1. Direito civil. 2. Direito das obrigações. 3. Adimplemento – Direito das obrigações. 4. Contrato. I. Título. II. Noronha, Carlos Silveira.

CDU 347

Bibliotecária Responsável: Deisi Hauenstein CRB-10/1479

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo exemplo de vida e pelo apoio.

Agradeço ao meu filho, pela paciência para comigo durante todo o mestrado.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha, pela atenção e pelos ensinamentos transmitidos.

RESUMO

O presente trabalho visa apresentar um panorama geral a respeito da terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro, considerando os esforços da doutrina e da jurisprudência em nosso sistema jurídico no trato deste tema, bem como considerando aspectos relevantes colhidos na experiência estrangeira. Na tentativa de contribuir para debate, será apresentada uma proposição para a identificação dessa terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito das Obrigações. Contratos. Relação obrigacional. Adimplemento. Adimplemento substancial. Substantial performance. Adimplemento imperfeito. Adimplemento defeituoso. Adimplemento ruim. Inadimplemento absoluto. Escassa importância. Mora. Resolução. Violação positiva. Quebra positiva. Defeito. Imperfeição.

ABSTRACT

The present work aims to present an overview regarding the third kind of default in Brazilian law, considering the efforts of the doctrine and of the jurisprudence in our legal system in dealing with this issue, as well as considering relevant aspects gathered from the experience of foreign law. In an attempt to contribute to debate, a proposition will be presented for the identification of this third kind of default in Brazilian law.

Keywords: Contracts Law. Contracts. Obligational relationship. Completion of a contract. Substantial completion of a contract. Substantial performance. Imperfect completion of a contract. Defective completion of a contract. Bad completion of a contract. Absolute default. Scarce importance. Culpable default. Rescission. Positive violation. Positive rupture. Defect. Imperfection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I – OS RESULTADOS DA ATIVIDADE DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO DO CONTRATO: SUA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL E O ADIMPLENTO IMPERFEITO	18
A – DA OBRIGAÇÃO, DO ADIMPLENTO E DO INADIMPLENTO. EVOLUÇÃO E RECEPÇÃO DA TERCEIRA ESPÉCIE DESTA	18
B – CLASSIFICAÇÃO DO INADIMPLENTO	51
II – A IMPERFEIÇÃO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E O DIREITO BRASILEIRO	105
A – POSICIONAMENTO DO TEMA EM DOCTRINA E EM JURISPRUDÊNCIA.	105
B – DELIMITAÇÃO DA TERCEIRA ESPÉCIE DE INADIMPLENTO NO DIREITO BRASILEIRO	131
REFERÊNCIAS	171

INTRODUÇÃO

Toda relação jurídica obrigacional é estabelecida visando a concretização de finalidades específicas, retratadas na prestação principal, que conferem identidade ao contrato celebrado. Contudo, dependendo do caso, tais finalidades podem ou não ser *completamente* atingidas. Além do adimplemento ótimo (pleno) e do inadimplemento absoluto, nos quais ocorrem, em um e em outro, exclusivamente o cumprimento e o descumprimento, configurando resultados extremos da atuação do devedor, existe situações nas quais alguns deveres são adimplidos, enquanto outros não. Nestas, não se pode dizer que houve simplesmente adimplemento ou inadimplemento, porque tais definições não irão retratar exata e fielmente o resultado da conduta do devedor. Será necessário algo mais. Como inexiste uma espécie intercalar entre ambos, e o Direito decididamente não a comporta, a solução encontrada foi no sentido de acrescentar aos termos adimplemento e inadimplemento adjetivos diversos para, assim, melhor identificar o fenômeno que realmente retratam.

Tome-se, por exemplo, a figura *adimplemento substancial*; e de imediato se compreende que se trata de um adimplemento, que provém de uma substancialidade na realização da prestação. Agora, um exemplo em sentido inverso: o *adimplemento imperfeito*, o *adimplemento defeituoso*; e prontamente se sabe que houve a realização da prestação, mas não de forma perfeita, e que existe um defeito a ser considerado. Dizendo-se de outra forma, é possível que o devedor produza um resultado que não acarrete a satisfação plena dos interesses do credor, mas, por outro lado, não cause a total inutilidade da prestação realizada.

É com base nessa realidade, em situações nas quais não se dá o adimplemento pleno mas também não ocorre o inadimplemento absoluto, que é encontrado o *adimplemento imperfeito*. Alerta-se, no entanto, que não se trata de um terceiro tipo de resultado autônomo, que estaria ombro a ombro com o adimplemento e o inadimplemento. Decididamente, não é isso.

Nos casos nos quais, embora a prestação principal seja realizada, mas o resultado global da conduta do devedor não satisfaça completamente o credor, gerando conflito de interesses entre os contratantes, ainda assim, haverá tão somente adimplemento ou inadimplemento, dependendo da situação concreta; o que se admite é apenas uma melhor identificação acerca do tipo de adimplemento,

ou da espécie de inadimplemento. No entanto, no âmbito de tais situações, existem aquelas nas quais a fronteira entre o adimplemento e o inadimplemento não é tão clara, o que, do ponto de vista prático, a depender da gravidade da imperfeição (defeito), poderá surgir alguma dificuldade na solução jurídica, entre a resolução ou a manutenção do contrato, com as conseqüências patrimoniais respectivas.

O presente trabalho se debruça exatamente sobre essas situações-limite e no questionamento sobre a existência, ou não, de uma terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro, ao lado do inadimplemento absoluto e da mora; e em existindo, quais seriam as hipóteses por ela abrangidas e suas conseqüências.

Na análise empreendida, primeiramente serão vistos aspectos relevantes do adimplemento e do inadimplemento para melhor compreender a existência dessa terceira espécie de inadimplemento. Na sequência, serão expostos critérios utilizados em sistemas jurídicos estrangeiros, nomeadamente as teorias do adimplemento substancial (Direito inglês) e da violação positiva do contrato (Direito alemão). Depois, será visto como vem sendo abordado o tema em doutrina e em jurisprudência, em particular o uso de várias qualificações na identificação daquele tipo de inadimplemento, sem unanimidade. Na última parte deste estudo, será proposto o reconhecimento dessa terceira espécie de inadimplemento para o Direito brasileiro, para isolar as hipóteses de descumprimento contratual que não se encaixam nas molduras jurídicas da mora e do inadimplemento absoluto.

O problema que animou o presente estudo está no fato de que embora em doutrina e em jurisprudência se reconheça a existência desse tipo de inadimplemento, as referências que a ele são feitas, quando feitas, não guardam preocupação com sua melhor classificação, nem com a delimitação do seu conteúdo, e sequer com a sua denominação. Tal situação faz com que todo e qualquer tipo de imperfeição no cumprimento do contrato configure *adimplemento imperfeito (lato sensu)*. O problema é que, sem uma disciplina específica, esse *adimplemento imperfeito*, por ter uma noção larga, vem sendo referido como apto a produzir todo o tipo de efeitos (tanto a responsabilidade civil, com a manutenção do contrato, como a revisão e, até, a resolução contratual).

Dito isso, facilmente se percebe que a simples referência, em qualquer texto jurídico (artigo de doutrina, acórdão, etc...) à expressão *adimplemento imperfeito*, em verdade pouco lhe esclarece e, considerando que com frequência os operadores do

Direito se deparam com tais situações, percebe-se o efeito nocivo que o manejo aleatório dessa expressão acarreta, notadamente em jurisprudência.

É necessário ressaltar os contornos do adimplemento e do inadimplemento, e já nos domínios deste último, ressaltar os contornos das suas três espécies, para que se possa, então, em relação a terceira espécie deste (terceira via do inadimplemento) melhor compreender o seu conteúdo e os seus efeitos. Uma identificação condizente, quanto à nomenclatura, também se mostra relevante.

Feitas essas considerações, exposto o problema, adentra-se no tema em exame,¹ para que ao final do seu desenvolvimento se possa oferecer uma idéia de solução, tanto no sentido de melhor isolar as hipóteses que conformam a terceira subespécie de *inadimplemento*, como para que se reconheça a necessidade de outra noção para o *adimplemento* imperfeito em sentido estreito.

Esta é a proposta deste estudo. Todavia, nesse esforço, é necessário guardar atenção ao fato de que presumir que as relações obrigacionais livremente contraídas sempre encerram a convergência de vontades direcionadas ao alcance de fins determinados é algo que decorre de uma imposição tão lógica que chega a ser uma verdade trivial. Assim, não evitar aqui, deliberadamente, esse truísmo jurídico, tem o propósito de enfatizar um aspecto que permeará a abordagem deste trabalho: a análise objetiva dos resultados das condutas dos contratantes no âmbito da relação obrigacional complexa como critério para definir a gravidade do inadimplemento e, por efeito, a qualidade do adimplemento, qualidade esta que atuará como fator decisivo para a manutenção ou para a resolução. Para tanto, sob esse ângulo, deverá ser entendido como “resultado”, o alcance (ou não) das finalidades previstas pelas partes no contrato. Caso sejam alcançadas, porém não plenamente, deverá ser investigado com qual intensidade (em que graduação). Em uma questão: qual a relevância e a densidade do adimplemento?

Considerando que o tema em exame é o adimplemento imperfeito, não dispensa comentar, embora a obviedade, que tal resultado decorre do comportamento do devedor que atenta contra previsão contratual expressa, contra a lei, ou contra deveres que decorrem do princípio da boa-fé. Tal conduta, porque imperfeita, à medida que destoa do alinhamento inicial dos interesses das partes,

¹ Precisamente, o adimplemento imperfeito e a necessidade de se estabelecer uma terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro, sua identificação e seu conteúdo, haja vista que a jurisprudência e a doutrina nacionais não se posicionam de forma suficientemente clara sobre o assunto.

contrasta com o princípio de que toda obrigação é concebida para ser cumprida. É precisamente por essa razão que impera o entendimento de que o adimplemento é o fim natural da relação contratual. “O fim comanda toda a relação jurídica e conforta os deveres e direitos que a relação jurídica produz em contato com a realidade social, no curso do seu desenvolvimento.”² Pode se dizer que o adimplemento é o *fim* (modo de extinção) desejado pelas partes para extinguirem a relação contratual, ao mesmo tempo em que é a *finalidade* (enquanto objetivo) que elas devem eticamente perseguir de comum acordo, e que dá sentido funcional à própria relação obrigacional.

A natural vocação instrumental dos contratos para a satisfação dos interesses das partes, que só pode ocorrer com o alcance das *finalidades* postas inicialmente, está em sintonia com a *visão dinâmica da obrigação*; daí decorrendo ser o contrato uma das ferramentas mais importantes para a vida econômica moderna. É inevitável concluir que o contrato vem desempenhando fundamental papel na transformação da sociedade ao longo do tempo, esta cada vez mais pautada pela produção em massa, pela maior velocidade das trocas e pelo consumo. O desenvolvimento programado das condutas das partes visando atingir finalidades pré-determinadas, é uma noção que contém o pragmatismo necessário, explicando a obrigação complexa de forma lógica, enquanto mecanismo capaz de transformar almejados interesses (plano ideal) em efetiva satisfação (plano real). Ao mesmo tempo, a análise da obrigação enquanto processo, disposta em fases e enfeixando deveres de prestação (principais, secundário e anexos) e deveres de conduta, identifica o caminho teórico a ser percorrido para a compreensão dogmática do adimplemento.

À medida que as finalidades que animam o contrato não venham a ser alcançadas de forma plena, dada a imperfeição da prestação do devedor, surgirá naturalmente a insatisfação do credor, na exata proporção do descumprimento, sendo precisamente sob a perspectiva dessa proporcionalidade que o presente estudo será desenvolvido.

Exposta a necessidade de um equacionamento jurídico específico que reconheça a relevância dos deveres atendidos (adimplemento) e, ao mesmo tempo discipline o efeito liberatório do devedor em razão do grau de satisfação (ou insatisfação) do credor, sua disciplina, como justa resposta a esse tipo de

² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como Processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 119.

descumprimento, apresenta um critério valorativo, a recair, primeiro sobre o resultado objetivo, e depois, sobre a conduta do devedor. Nesse passo, os deveres que compõem a obrigação complexa, os quais serão explicados no curso do presente estudo, bem como o grau de descumprimento verificado na prestação realizada, compõem o material de análise deste trabalho, que não pretende estancar a discussão, mas, ao contrário, provocá-la e aprofundá-la.

Contudo, antes de uma incisão mais profunda, mostra-se prudente apresentar um breve resumo histórico para situar corretamente a questão, porquanto, não obstante a sua atualidade, não pode ela ser vista de forma isolada ou desconectada dos antecedentes sociais, econômicos e filosóficos, dos quais certamente resulta. Com isso, se pretende dotar os capítulos seguintes com a mínima, mas necessária, compreensão do processo de amadurecimento da visão de justiça hoje aplicada nos casos cujo resultado gerador do conflito, seja da conduta de um dos contratantes, ou de ambos, traz notas tanto de adimplemento como de inadimplemento.

Em primeiro plano, deve ser destacado que o direito das obrigações e, por efeito, o conceito de contrato é o resultado da convergência de vários fatores sociais, econômicos, filosóficos e religiosos, que foram se sucedendo ao longo da história. Ao direito romano,³ único sistema antigo que conheceu um desenvolvimento do direito das obrigações, foram incorporados costumes medievais, regras do direito canônico e pensamentos da Escola Jusnaturalista. De acordo com John Gilissen,⁴ o modo normal da formação dos contratos no direito romano era a *stipulatio*, que consistia de um contrato formal, para o qual era exigida, sob pena de nulidade, a troca de certas palavras solenes entre o credor e devedor. Dotada de formalismo indispensável, a *stipulatio* era um processo geral pelo qual as partes se obrigavam, podendo dar forma a qualquer contrato. Naquele sistema, seguindo a lição do mesmo autor, o consentimento não bastava para a formação do contrato, prevalecendo, como regra, o formalismo, seja com a necessária entrega da coisa nos “contratos reais” ou pela observância estrita da forma exigida pela *stipulatio*. Ausente um desses elementos, real ou formal, as partes, no direito romano, não realizavam um contrato, mas um simples pacto (*pactum*), denominado de pacto nu, que, despido de formalismo e para o qual apenas concorriam as vontades das

³ Ver, também, ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 16.

⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 731.

partes, e aqui o ponto que mais relevo apresenta ao estudo do tema, não constituía obrigação nem gerava ação.⁵

A estreita noção de obrigação no direito romano autoriza a conclusão de que igualmente limitada era a noção de adimplemento, o que se confirma ao observar-se que a relação obrigacional reservava ao credor um poder sobre a pessoa do devedor.⁶ Essa visão subjetiva, que restringia o adimplemento a uma atividade de carácter personalíssimo do devedor, não conheceu um aspecto que, hoje, é da mais alta relevância, qual seja, a função social e econômica dos contratos.

No entanto, não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica do contrato com as feições que hoje é conhecido, a medida que naquele sistema jurídico a criação da obrigação dependia de certos atos demasiadamente solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*). A noção atual de contrato não é estruturada a partir de elementos formais condicionantes (objetivamente), mas sim do acordo de vontades (subjetivamente). Assim, para a formação desse tipo de vínculo jurídico observa-se primeiramente o consenso, que pressupõe a valorização do querer, exercido de forma livre e consciente, relegando-se o aprisionamento das partes ao rigor formal a um papel menos importante, salvo exceções. Há situações específicas, cabe lembrar, nas quais a forma é da essência do negócio jurídico, como ocorre com a compra e venda de bem imóvel, que deve revestir a forma de escritura pública ou de contrato particular especialmente admitido por lei, quando o pagamento, mesmo que parcial, se der com recursos provenientes de entidades do sistema financeiro. Em tais situações, a vontade do Estado interfere na vontade privada. Certo é, no entanto, que o condicionamento das partes a rigores formais se restringe hoje a exceções, porquanto, como regra geral vige o princípio segundo o qual a vontade das partes (o consenso) é o elemento determinante e muitas vezes suficiente para a formação do contrato. Mas essa noção somente surgiu com o *individualismo* e a

⁵ GILISSEN, 1995, p. 731.

⁶ Ver LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1, p. 33-34: “*El hecho de que todo deudor responda, em principio, por cualquier deuda frente al acreedor con todo su patrimonio, no es natural, sino que descansa en una larga evolución del derecho de obligaciones y del derecho de ejecución. Originariamente, tanto en el Derecho romano como en el germánico respondía el deudor con su propia persona, y ello em virtud de um contrato especial de responsabilidad, de una especie de autopignoración. En caso de incumplimiento podía el acreedor apoderarse de la persona del deudor, detenerle e incluso venderle em esclavitud. Por consiguiente, el deudor era realmente objeto de la intervención del acreedor, que podía utilizar contra él una coacción directa. Poco a poco dejó sentirse ló inadecuado de tal objetivación de la persona, y en lugar de la responsabilidad de la persona fué apareciendo la del patrimonio del deudor.*”

teoria da autonomia da vontade.⁷

Nas sociedades arcaicas e naquelas do tipo feudal o direito das obrigações foi pouco desenvolvido, desempenhando apenas um papel acessório, visto que, baseadas em uma economia fechada, conheciam poucos contratos e a liberdade de dispor dos seus bens era limitada. Em linhas gerais, na época feudal os contratos conservaram o formalismo, porém de caráter mais simbólico, porquanto, para além de certas palavras e gestos, os contratos exigiam, para sua validade, a entrega simbólica de um objeto, em uma clara evidência da sobrevivência dos contratos puramente reais.⁸

Do rigorismo formal romano, passando pelo formalismo simbólico, aporta-se, na seqüência, no *consensualismo*. Todavia, a origem do princípio segundo o qual o consentimento das partes basta para formar o contrato continua bastante obscura, devendo ser buscada, por um lado, no direito canônico e, por outro, na prática costumeira dos séculos XII e XIII,⁹ tendo sido nesse período que Graciano (no século XII), com base em textos canônicos antigos, admitiu que qualquer promessa deve ser mantida sob pena de pecado, ganhando relevo nesse contexto a influência da Igreja, desde cedo favorável ao respeito à palavra dada. Porém, não era prevista qualquer sanção judiciária. Ainda em John Gilissen,¹⁰ vê-se que foi o decretista Johannes Teutonicus quem, na sua glosa ao Decreto de Graciano, de 1.212, afirmou pela primeira vez: *Ex nudo pacto, actio oritur* (uma ação pode nascer de um pacto nu). Para Gilissei, tal entendimento consistiu na subversão completa da regra do direito romano que recusava qualquer ação para a execução de simples pactos (*ex nudo pacto, actio non aritur*). Nas Decretais de Gregório IX, de 1.234, o mesmo princípio foi estabelecido pela lei canônica: *Pacta quantunque nuda servantur* - qualquer pacto (mesmo os “nus”) deve ser mantido.

Apesar da resistência dos romanistas, o princípio do respeito à palavra dada implantou-se no conjunto dos costumes da Europa Ocidental nos séculos XIII e XIV, tendo o desenvolvimento do comércio nas cidades da Itália, da França e dos Países Baixos contribuído para esse resultado,¹¹ o que mais uma vez demonstra a

⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 6.

⁸ GILISSEN, 1995, p. 733.

⁹ Ibid., p. 735.

¹⁰ Ibid., p. 733-735.

¹¹ Ibid., p. 736.

influência das trocas econômicas na elaboração constante da noção de obrigação.¹²

Vencida a Idade Média, as comunidades que se estabeleciam em torno dos clãs, das aldeias e das famílias, cujos interesses se sobrepunham aos interesses individuais, desapareceram quase que inteiramente, sobretudo nas cidades. A partir daí, os interesses do homem, do indivíduo livre para dispor, passaram a prevalecer, ganhando espaço a autonomia da vontade, baseada no livre-arbítrio (século XVI - Escola Jusnaturalista). Antes disso, a vontade individual encontrava limites na fé, na moral e no bem comum e, por efeito, os interesses da comunidade familiar, religiosa ou econômica se sobrepunham aos interesses dos indivíduos que as compunham.¹³

Sob os ventos do individualismo, a vontade do indivíduo passou a ser considerada o valor mais elevado do ordenamento jurídico, e a sua autonomia o elemento decisivo para a formação do liame obrigacional, sendo essa concepção incorporada ao Código de Napoleão.¹⁴ Pela atuação de tais forças, o contrato, mecanismo de criação de obrigações recíprocas, se transformou, para poder servir de instrumento transformador da sociedade moderna. A noção legada pelos romanistas foi abandonada, de sorte que a moderna concepção do contrato se esclarece “à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção.”¹⁵

Com a nítida separação entre o Estado e a Sociedade, a autonomia da vontade assumiu extraordinário relevo, sendo-lhe deferida quase que totalmente a formação da ordem privada,¹⁶ razão porque ao Estado não era dado interferir nas negociações livremente estabelecidas pelos indivíduos, o que em muito limitou a atividade legislativa, pois o contrato se impunha como verdadeira lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), reduzindo a atividade judicial na solução de eventuais conflitos.

Mas esse sistema pressupunha a igualdade de condições entre os indivíduos, algo que, posteriormente, não se confirmou como verdade absoluta, impondo a

¹² ROPPO, 1988, p. 25, faz interessante síntese da função do contrato nas sociedades antigas e na atual, tendo por ponto de vista a formação econômico-social das mesmas.

¹³ GILISSEN, 1995, p. 737.

¹⁴ Esse momento histórico, conforme John Gilissen (Ibid., p. 737), é resultado da convergência de vários pensamentos: (1) Regras do direito canônico, (2) o liberalismo econômico, (3) idéias da Escola Jusnaturalista, para a qual o respeito à palavra dada e, por efeito, o *pacta sunt servanda*, são regras de direito natural e (4) o sistema geral de filosofia política e social bem retratado no Contrato Social de J.J. Rousseau, a reger a sociedade como um todo, e não apenas as relações individuais.

¹⁵ GOMES, op. cit., p. 06

¹⁶ COUTO E SILVA, 1976, p. 18.

revisão dessa concepção da relação obrigacional e, por efeito, do adimplemento, diante dos abusos perpetrados sob os auspícios da liberdade contratual. A sociedade mudou; a produção em massa e o consumo em escalas nunca vistas modificaram a economia e a vida dos indivíduos. O volume e a velocidade cada vez maiores das trocas econômicas e suas complexidades exigiram novas formas de estabelecer obrigações, menos pessoais e, portanto, com menos espaço para negociações prévias. Surgiram, assim, os contratos padronizados, não como forma de contemplar os interesses do indivíduo, mas para atender as demandas das massas. Tudo ficou mais rápido, porém impessoal, não propiciando verdadeira convergência de vontades livres, senão pura adesão. Do domínio econômico do mercado pelos mais fortes e da sua conseqüente superioridade jurídica, pois impunham verdadeiras leis privadas nos contratos de adesão, floresceram abusos de toda sorte. Ou seja, mudaram os fatos e, por efeito inexorável, os valores sociais, de tal monta que aquela concepção do Direito não se mostrou mais apta a atender as aspirações da sociedade. A tridimensionalidade do Direito deveria completar-se e, desse modo, o direito das obrigações foi revisto e uma nova teoria contratual surgiu, impulsionada por um novo ideal de justiça, preocupada não só com a livre manifestação das vontades dos contratantes, mas sobretudo com os efeitos práticos que o contrato lhes acarreta.¹⁷ Nesse novo estágio do direito das obrigações, o contrato deve também atender a uma função social, de modo que os interesses individuais de quem contrata cedem quando infringem interesses sociais relevantes, fenômeno que se assemelha, guardadas as proporções, àquele vivido na Idade Média, nas comunidades que se estabeleciam em torno dos clãs, das aldeias e das famílias, momento histórico que precede o advento da teoria da supremacia da vontade.

Para Roppo, o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido, o que expressa, em síntese, a *relatividade do contrato*.¹⁸ Na lição do referido mestre italiano se flagra claramente o fio condutor da evolução do contrato durante a marcha da transformação da sociedade. Trata-se, segundo entendemos, da sua função instrumental, porque dotando as relações econômico-sociais (relações de

¹⁷ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

¹⁸ ROPPO, 1988, p. 24.

fato) com uma estrutura jurídica, que lhe é externa e lhe dá forma, o contrato insere segurança a tais relações de fato, propiciando que outras tantas se multipliquem, verticalmente, num encadeamento dependente, e horizontalmente, pela confiança que gera nos mercados.¹⁹

O pagamento (cumprimento) e o não-pagamento (descumprimento) são fenômenos econômicos que resultam das relações econômico-sociais (relações de fato) supra mencionadas. Portanto, são fatos jurídicos, que o sistema jurídico disciplina com regramentos próprios, atribuindo-lhes efeitos jurídicos: adimplemento e inadimplemento.

Resta, pois, evidente, que quanto mais nítido for o fato jurídico (pagamento ou não-pagamento), mais fácil será perceber os seus efeitos jurídicos, o que minimiza as possibilidades de controvérsias e conflitos. O problema surge quando um terceiro fenômeno econômico (fato social) guarda elementos dos outros dois, não encontrando no sistema jurídico uma previsão específica, que lhe corresponda com exatidão. *econômica* O resultado da conduta do devedor, pelo qual se dá o cumprimento de uma fração da obrigação complexa e, ao mesmo tempo, o descumprimento da outra fração, é adimplemento imperfeito *lato sensu*, que poderá satisfazer ou não o credor.

Em tais casos, satisfazendo o credor, ainda assim haverá uma parte inadimplida da obrigação complexa, mas que não ensejará a resolução do contrato. Essa parte inadimplida, esse inadimplemento, segundo entendemos, quando não for absoluto, e quando não couber no conceito de mora vigente no Direito brasileiro, deve ser interpretado como um tipo específico de inadimplemento (sua terceira espécie).

Como enquadrar os efeitos jurídicos desse tipo de fenômeno econômico? Qual a sua repercussão na *operação* revestida pelo contrato? Importará no seu desfazimento, ou apenas reparação de danos? E sendo o contrato uma estrutura que dá forma jurídica a uma operação econômica, haverá de ser o critério econômico o elemento decisivo para esclarecer o destino dessa operação que se acha em desequilíbrio interno? Em uma questão, seria a dimensão econômica que

¹⁹ Para Roppo (1988, p. 9), “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de operação econômica.” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 8), de tal sorte que “o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se concluir que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato.” Por essa razão, segundo o autor, há uma sequência, uma articulação de termos envolvida no conceito de contrato: operação econômica – contrato – direito dos contratos.

orientaria a solução da crise contratual instaurada pelo resultado da conduta do devedor?

Todavia, tais indagações não podem ser enfrentadas sem antes se estabelecer muito claramente os dois pontos cardeais a partir dos quais o estudo deve ser orientado. Por essa razão, nosso próximo movimento estará concentrado no adimplemento e no inadimplemento, para, somente depois, adentrar no terreno movediço que entre eles se estende. Mas, antes ainda de qualquer outro esforço, é indispensável compreender o ambiente no qual o adimplemento e o inadimplemento poderão florescer; qual seja, a relação jurídica obrigacional.

Assim, doravante, pela sequência, será abordada a obrigação complexa, o adimplemento, o inadimplemento e, por fim, o resultado que recolhe elementos de ambos, ora mais próximo de um, ora do outro, e sobre o qual nos deteremos com maior energia. Tanto é movediço esse último tipo de resultado da conduta das partes, que em doutrina e jurisprudência é comum ser denominado de *adimplemento*, embora adjetivado (*imperfeito, ruim, etc...*), porém classificado como espécie de *inadimplemento*. De pronto se vê a incongruência.

I – OS RESULTADOS DA ATIVIDADE DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO DO CONTRATO: SUA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL E O ADIMPLENTO IMPERFEITO.

A – DA OBRIGAÇÃO, DO ADIMPLENTO E DO INADIMPLENTO. EVOLUÇÃO E RECEPÇÃO DA TERCEIRA ESPÉCIE DESTA.

Conforme já anotado, historicamente a noção de relação obrigacional mudou, assim como o seu conteúdo, antes identificado pela simples ligação²⁰ entre o crédito e o débito, ligação que remete à noção de *vínculo*,^{21,22} primeiro requisito essencial intrínseco que concorre para constituir a obrigação.²³ No curso do tempo, mudou também a noção de adimplemento, bem como as conseqüências decorrentes da sua ausência.

No Direito Romano não bastava o consenso das partes para a formação do vínculo contratual, sendo necessário um ato formal, vínculo que só findava quando realizado outro ato formal, que o desatava (*solutio*). Depois, foi introduzida a *acceptilatio*, ato também solene e formal, pelo qual o credor declarava estar satisfeito, rompendo o vínculo.²⁴ Ou seja a declaração do credor é que rompia o vínculo. Atualmente, a declaração do credor não é requisito para o adimplemento, que pode ocorrer até mesmo diante de declaração do credor em sentido inverso. Note-se que, mais recentemente, no direito pátrio, os princípios da função social do contrato e da boa-fé ganharam status de lei com o advento do Código Civil de 2002 (arts. 421 e 422), certamente para que não reste dúvida de que o contrato não mais se presta para estabelecer uma segurança jurídica desmedida e destituída de conteúdo ético e social, ou, em outras palavras, uma segurança jurídica injusta. O

²⁰ GIORGI, Giorgio. **Teorie delle obbligazioni nel diritto moderno italiano**. 3^{ra} ed. Firenze: Eugenio e Filippo Cammelli, 1890. v. 2, p. 13. “*La parola obbligazione, se guardiamo alla sua etimologia, contiene chiarissima l’idea di legame. E veramente si può dire, che l’obbligazione lega il debitore, costringendolo a esercitare parte della sua attività in vantaggio del creditore. Però in tutti i tempi, e nelle scuole e nelle leggi, e negli scritti dei giureconsulti romani, e nelle istituzioni di Giustiniano, e nelle opere dei moderni scrittori, e nel Codice civile italiano l’obbligazione è stata considerata come un vincolo giuridico.*”

²¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 11. ed. Coimbra. Almedina, 2008. p. 72, refere que a obrigação decompõe-se em duas faces: ao dever jurídico imposto ao devedor, corresponde um direito do credor. O vínculo ou liame que une os dois lados do fenômeno constitui a obrigação, no sentido de relação obrigacional.

²² GIORGI, op. cit., p. 35: “*Chi dice obbligazione dice legame [...]*”

²³ Ibid., p. 14.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, t. 1; p. 113.

adimplemento não se dá ao gosto e arbítrio do credor, mas orientado por princípios que estão acima do indivíduo.

Pela doutrina atual, a compreensão da obrigação não mais se concentra apenas na observação de dois momentos pontuais e extremos, contratação e adimplemento, ganhando relevo o que sucede no período de tempo que os separa, durante o qual a obrigação se desenvolve de forma orgânica. Em vez de simples ligação entre o dever de prestar e o direito de exigir, a moderna teoria concebe a relação obrigacional como um complexo feixe de deveres, direitos, expectativas, pretensões e ônus.²⁵

Atualmente já não há nenhuma novidade na afirmação de que a obrigação deve ser compreendida a partir de uma dimensão dinâmica, na qual é desenvolvida pelas partes, dentro de determinado curso de tempo, tendo por objetivo a concretização de finalidades pré-determinadas. Por essa perspectiva, a obrigação é interpretada em sua totalidade, considerando os vários momentos por ela abrangidos, perfeitamente encadeados desde o seu princípio, passando pelo desenvolvimento, até chegar no seu fim.²⁶

Mario Julio de Almeida Costa, por exemplo, salienta existirem dois tópicos que se conectam, embora cindíveis analiticamente; o primeiro, a “integração de múltiplas faculdades e situações num direito ou relação, isto é, o seu entendimento como um *organismo* ou *mecanismo*”, que permite a consecução de fins determinados; o segundo tópico, é “a conformação das relações jurídicas para a evolução das circunstâncias, ou seja, a sua compreensão como *processos* ou sequências teleologicamente estruturadas”, sendo que ambas as idéias se completam.²⁷ Porém, para se desenvolver de forma ordenada, respeitando o traçado dado pela convergência de vontades, dentro dos limites da lei, esse vínculo deverá observar um roteiro, como um plano de navegação concebido para conduzir as partes, com segurança, entre o ponto de partida e o destino desejado. Assim, nessa travessia, por assim dizer, do “porto” de partida até o desembarque seguro, ou seja,

²⁵ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 74: “Corresponde à orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por mérito de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo.”

²⁶ Ibid., p. 75: “Parece seguro que a tópica complexiva e dinâmica, que encara a obrigação ou relação obrigacional como um sistema, organismo ou processo, encadeado e desdobrado em direção ao adimplemento, à satisfação do interesse do credor, possibilita mais rigorosa compreensão anátomo-fisiológica do instituto e de certos dados da fenomenologia jurídica.”

²⁷ Ibid., p. 75-76.

entre o ato de contratar e a satisfação do credor,²⁸ se opera o momento dinâmico do contrato, onde são verificadas as condutas das partes e o seu resultado (o alcance,²⁹ ou não, dos objetivos eleitos de comum acordo).

A concepção da relação obrigacional como processo é encontrada em Karl Larenz, como anotou Clóvis do Couto e Silva.³⁰ De fato, coube ao ilustre jurista tedesco a virtude de tratar, modo específico, a relação obrigacional como um todo e como processo. Enquanto *totalidade*, o referido autor entende a relação obrigacional “não apenas como é prevista pela lei, no sentido de relação de prestação isolada (direito de crédito e dever de prestar), mas como uma relação jurídica total, compreendendo uma série de deveres de prestação e de deveres de conduta, podendo ainda conter direitos de formação e outras situações jurídicas, formando um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo real, mas de conseqüências jurídicas; todavia essa noção de *totalidade* não resulta da simples soma desses deveres, direitos e situações jurídicas, ela é mais do que isso e, enquanto *totalidade*, a relação obrigacional subsiste ainda que alguns dos deveres que ela contém sejam extintos pelo adimplemento, podendo mesmo ser modificada em seu conteúdo, sem perder sua identidade como relação obrigacional, seja por convenção entre as partes ou por força de lei, e até podem variar e alterar-se, por cessação de direitos, as pessoas que figuram como contratantes.”³¹ Seguindo a doutrina de Karl Larenz, a noção da relação obrigacional “como totalidade” está ligada à sua noção “como processo” pelo que nela há de mais essencial, a saber, aquilo que subsiste mesmo quando se alterem alguns dos elementos da relação obrigacional; e o que há de mais essencial na relação obrigacional é exatamente o que dá ao conjunto, à totalidade, “uma diretriz unitária”, ou seja, o fim a que ela tende, que é o adimplemento, com a satisfação do credor.³²

Fechando essa noção, agora já concebendo a relação obrigacional *como processo*, Karl Larenz refere que “*Toda relación de obligación persigue, a ser*

²⁸ E não entre o “ato” de contratar e o “ato” de pagar. O ato de pagar não se confunde com a “satisfação” do credor, que é efeito desse ato. Tanto que, “quem paga mal, paga duas vezes”. O pagamento tem que satisfazer. Por isso, entendemos que a expressão “pagamento” se identifica mais com o “ato” (causa), enquanto o a expressão “adimplemento” se identifica mais com a “satisfação” do credor (efeito). O adimplemento é “efeito; ele decorre da satisfação.

²⁹ E em que proporção, para saber se ouve um alcance pleno, substancial ou ínfimo, algo que muito importa para o presente estudo, que foca o tema sob a perspectiva do adimplemento imperfeito (resultado).

³⁰ COUTO E SILVA, 1976, p. 2.

³¹ Tradução livre de trecho da obra de LARENZ, 1958, t. 1, p. 37.

³² Tradução livre de trecho da obra: Ibid., p. 39.

posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor o de los acreedores a consecuencia de un determinado interés en la prestación.”³³ Razão pela qual,

[...] *por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de esse fin.*³⁴

Para Judith Martins-Costa, a mais bem acabada concepção de relação obrigacional é precisamente aquela que a considera como “um *processo*, ou *sistema de processos* e como *totalidade*, trazendo para o núcleo duro do conceito a idéia de adimplemento.”³⁵ Assim, enquanto *totalidade* e *como processo*, a obrigação veste-se como um vínculo jurídico concebido para evoluir através de fases e momentos, o que lhe imprime, precisamente, um sentido sequencial e finalístico, hoje reconhecido.

Em verdade, o que é orgânico, o que ganha volume ou define, é a operação econômica que habita no mundo dos fatos; o que o contrato pode fazer, enquanto revestimento estruturante dessa operação, é, por um lado, ordenar esse movimento, essa sequência, e por outro, ser dotado de maior ou menor ductibilidade. Quanto mais permeável e elástica for essa estrutura externa da operação econômica (contrato), mais capacidade terá para sobreviver às crises internas (desequilíbrios econômicos) sem se romper. O conteúdo, a operação econômica, evolui e caminha para a realização do seu escopo, na exata medida em que o contrato a ordena e suporta.

Embora o *dever de prestar* (e o correlato direito de receber) não mais esgote a perspectiva da obrigação, ele ainda é o elemento base para a observação do cumprimento nela previsto. Pode-se dizer que é o liame principal, em torno do qual se entrelaçam outros liames (deveres secundários e deveres anexos). O *dever de prestação*, mais precisamente de uma prestação determinada, é o dever principal, ao qual se ligam *deveres de conduta*, que são, no dizer de Karl Larenz, “de certo modo secundários”,³⁶ os quais decorrem da boa-fé³⁷ com que devem as partes se

³³ LARENZ, 1958, t. 1, p. 39.

³⁴ LARENZ, loc. cit.

³⁵ MARTINS-COSTA, 2006, v. 5, t. 1, p. 26.

³⁶ LARENZ, op. cit., p. 19: Para o mesmo autor, “*Lo primário y decisivo, lo que da contenido y significación obligatoria y determina el carácter típico de la misma es la prestación determinada. La obligación está dirigida a la prestación determinada del deudor (o a las prestaciones de ambas*

conduzir; dentre os quais estão o de não atentar contra a confiança que propiciou a formação do vínculo jurídico, bem como o dever de diligência, de informação e o dever de recíproca consideração.³⁸ São *secundários*³⁹ porque excedem o próprio e estrito dever de prestação e se impõem a ambas as partes, e são deveres *de conduta*, porque “*puedem afectar al conjunto de la conducta que de cualquier modo esté em relación com la ejecución de la obligación.*”⁴⁰

A conduta devida deve ser analisada à vista dos deveres assumidos pelas partes, explícita e implicitamente, bem como daqueles compreendidos de forma ampla dentro do conceito de obrigação complexa. Importante síntese a respeito desses deveres é encontrada em Mário Júlio de Almeida Costa, quando diz que “numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, aponta-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 caráter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual.*”⁴¹ O mesmo autor divide os deveres secundários ou acidentais em: (a) “*meramente acessórios da prestação principal*”, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização (p. ex.: dever de conservar a coisa ou de embalá-la adequadamente) e (b) “*com prestação autônoma*”, que podem coexistir com a prestação principal (dever de indenizar em caso de mora) ou sucedê-la (dever de indenizar em caso de inadimplemento absoluto).⁴²

Ao analisar as obrigações/deveres, não se pode deixar de referir a

partes) y cuando esto se há producido entonces se há alcanzado la finalidad de la obligación y ésta, por lo general, queda extinguida.” (LARENZ, 1958, t. 1, p. 19-20). E, linhas depois: “[...] *no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote com ese deber [...]*” (Ibid., p. 20).

³⁷ Mas não apenas do princípio da boa-fé, de acordo com a circunstâncias, senão também (1) do expressamente pactuado, (2) do sentido e do fim da obrigação, e (3) das exigências do tráfico, segundo lição de: Ibid., p. 21:

³⁸ LARENZ, loc. cit.: “[...] *debe, p. ej., el deudor utilizar la diligencia necesaria para alcanzar el objeto de la prestación, [...] ha de utilizar en el embalaje y envío la diligencia propia de las circunstancias y dar a conocer al comprador los riesgos que lleva aparejada la utilización de los utensilios vendidos, [...]*”

³⁹ Karl Larenz também refere que tais deveres possuem um caráter “*complementário*” (Ibid., p. 22).

⁴⁰ LARENZ, 1958, t. 1,, p. 22.

⁴¹ ALMEIDA COSTA, 2008. p. 77.

⁴² ALMEIDA COSTA, loc. cit.

classificação proposta por Clóvis do Couto e Silva,⁴³ que as divide, segundo sua eficácia, em obrigações principais perfeitas ou imperfeitas; as primeiras dotadas de pretensão e ação, enquanto que as segundas destituídas de exigibilidade jurídica. Ao lado delas, encontram-se os deveres secundários, que resultam do princípio da boa-fé.⁴⁴ Orlando Gomes, por sua vez, distingue as obrigações em principais e secundárias. As obrigações principais consistem nas formas tradicionais (dar, fazer, etc.); já as obrigações secundárias seriam imperfeitas,⁴⁵ carecendo de exigibilidade jurídica, atuando apenas para facilitar a execução das obrigações perfeitas.^{46,47}

Independente da nomenclatura e do critério de localização dos deveres assumidos pelas partes, as classificações das obrigações levam em conta a natureza do dever de prestar, e assim, das prestações propriamente ditas. Contudo, como a atual concepção da obrigação - dinâmica, orgânica e globalizante - não se esgota mais no dever principal de prestar e no respectivo direito de exigir, surgiram outros deveres e, muito importante, deveres também para o credor, como, por exemplo, o dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), aplicável no Direito brasileiro, conforme Fradera,⁴⁸ por força do art. 422 do Código Civil atual.

A análise dos aspectos dinâmicos de todos esses deveres oferece subsídios para o estudo do adimplemento, de modo que é correto identificar o conceito de adimplemento como a realização da prestação devida, mas não só isso.⁴⁹

Considerando que o adimplemento é o pressuposto natural à decisão de contratar e, sabendo-se que essa decisão acarretará uma restrição à liberdade de quem a toma, à medida que voluntariamente se submete ao vínculo em favor de

⁴³ COUTO E SILVA, 1976, p. 104.

⁴⁴ Ibid., p. 104-111.

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 103.

⁴⁶ Ibid., p. 97.

⁴⁷ Outra divisão das obrigações, em principais e acessórias, aqui referida apenas para tentar recobrir todos os aspectos, mas sem maior importância ao estudo deste trabalho, é tomada por empréstimo do Art. 92 do atual Código Civil (Art. 58 do Código Civil de 1916), destinado aos bens. "Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal." Essa divisão é encontrada em Sílvio Venosa (VENOSA, Sílvio. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 147), e analisa a face mais simples do problema, sem desenvolver o estudo dos deveres enfeixados na relação complexa. Por ela, as obrigações principais nascem e existem por si mesmas, independentes, enquanto as acessórias surgem e atuam em prol daquelas, em torno das quais gravitam. São exemplos, a fiança, o penhor e a hipoteca, que embora surjam de forma originária, são obrigações acessórias de outra, porque não se justificam sozinhas; se constituem em um reforço, visando o cumprimento das obrigações principais.

⁴⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, p. 109-118, jul./set. 2004. p. 109.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, 2006, v. 5, t. 1, p. 96.

outrem, resta evidente que tal decisão (de assumir o *dever de prestar*) não poderá ser encarada com uma aventura. É certo dizer que o credor não é mais o príncipe da relação, mas o devedor, por seu turno, não pode agir de forma oportunista. As partes devem conduzir-se com responsabilidade e congruência, sempre de boa-fé, tanto na formação do vínculo, como durante a fase de execução do contrato. E como o processamento das condutas das partes no âmbito da relação contratual visa sempre a concretização das finalidades pactuadas, com a satisfação não só do credor, então, para esse resultado (adimplemento) deverão concorrer a colaboração das partes e a convergência de todos os demais elementos, esforços e interpretações. Tudo converge para o adimplemento, que tudo “atrai”.⁵⁰

Já se disse que obrigar-se não é aventurar-se. Desse modo, como em uma viagem responsável, o desenvolvimento de uma obrigação não admite rota aleatória nem porto de chegada desconhecido. Quando entram na fase dinâmica do contrato, que pode ser singrada em mar de almirante ou entre ondas desfavoráveis, as partes sabem, desde o início, onde pretendem chegar e em que estado querem chegar. Podem prever, no ponto de partida, ao contratarem, a hipótese de não alcançarem o destino desejado (ou chegarem em más condições), admitindo esse risco, o que, entretanto, em nada muda a intenção de lá chegarem, se possível.

Para as partes, a segurança do deslocamento entre a partida e a satisfação ao fim da jornada (entre a contratação e o adimplemento) está, o quanto possível, no plano traçado dentro dos limites da lei. Aportando no destino inicialmente previsto e desejado, sem atrasos nem infortúnios que subtraíam a plena satisfação do credor (entenda-se: sem atentar contra o estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação),⁵¹ ver-se-á, por certo, cumprida a obrigação principal, bem como os deveres acessórios. Dentro dessa visão, calha apropriada a afirmação de Werter Faria.⁵² “Quando corresponde rigorosamente ao plano traçado pelas partes, o cumprimento extingue a obrigação, desonera o devedor e satisfaz o interesse do credor”.

No percorrer essa distância, entre o nascimento dos deveres e o adimplemento, entre o primeiro e o último ato da relação complexa,⁵³ o comportamento das partes é decisivo. O comportamento oportunista e predatório de

⁵⁰ Em uma alusão explícita à noção de Clóvis do Couto e Silva (COUTO E SILVA, 1976).

⁵¹ Nesse sentido, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 69, citando lição de Heinrich Stoll (1936).

⁵² FARIA, Werter R. **Mora do devedor**. Porto Alegre: Fabris, 1981. p. 10.

⁵³ COUTO E SILVA, op. cit., 1976, p. 44.

qualquer delas fere, salvo exceções (oportunismo recíproco) a boa-fé, a lealdade e a confiança com que a outra se conduz, gerando desequilíbrio na relação e insatisfação dos interesses da parte inocente. Nesses casos, o inadimplemento é algo que vai se desenhando e, frequentemente se consuma. O grau de segurança no trânsito entre os dois momentos e, por efeito, a chance de êxito ao final, está no grau de *cooperação* que as partes depositam na fase de cumprimento, algo perfeitamente nítido nas relações obrigacionais complexas, notadamente naquelas duradouras e, embora com menor intensidade, também nas relações de execução instantânea diferida no tempo.⁵⁴ A *complexidade* da relação obrigacional, nota característica da sua moderna concepção, se dá, como mencionado, a partir da percepção de outros deveres, além do dever principal de prestar, que se enfeixam de forma estruturada e articulada, compondo uma *unidade* que ultrapassa a soma desses deveres individualmente considerados. Por tais razões, a noção de relação obrigacional como relação de cooperação está ancorada nessa idéia de *totalidade*. “O mandamento de conduta” que decorre do princípio da boa-fé, “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”,⁵⁵ de tal forma que *todos* o contratantes deverão cooperar efetivamente para que *todos* os deveres sejam atendidos, perseguindo o adimplemento ideal, com a satisfação ótima dos contratantes. Na confluência das noções de *totalidade* e de *cooperação* está o fato de que a cooperação, à medida que se refere às condutas dos contratantes, se impõe a todos eles, em sentido amplo, e não apenas limitada ao atendimento da prestação (dever principal). O *dever de cooperar* recobre todos os deveres enfeixados na relação obrigacional (cujo conteúdo foi ampliado⁵⁶ a partir da noção de relação complexa), daí o seu encaixe à noção de *totalidade*.

Essas idéias são particularmente importantes para o estudo da relação obrigacional e para a compreensão da moderna noção do adimplemento, uma vez que a análise deste, embora se mantenha firme na observação do resultado objetivo da prestação, ou seja, na sua utilidade, também valoriza a conduta das partes e, de

⁵⁴ A propósito da distinção entre obrigação duradoura e obrigação de execução instantânea diferida no tempo, ver MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2, p. 34-35, notas 156 e 163, respectivamente.

⁵⁵ COUTO E SILVA, 1976, p. 30.

⁵⁶ De acordo com LARENZ, 1958, t. 1, p. 22: “Toda obligación recibe su carácter distintivo (su configuración como contrato de arrendamiento, de compraventa o de sociedad) precisamente al través del deber primário de cumplimiento; pero su contenido total comprende además deberes de conduta más o menos amplios (3).”

modo específico, o respeito que elas devem guardar ao princípio da boa-fé, que determina o dever de cooperarem mutuamente, visando o adimplemento de todos os deveres envolvidos, com a correlata satisfação de todos os interesses legitimamente merecedores de tutela em face da situação concreta, ou seja, visando o *adimplemento ideal*, que, exatamente por essa razão *polariza e atrai a relação obrigacional* em sua totalidade, em seu conjunto.

No que tange à conduta das partes, segundo explica Judith Martins Costa,

Se em toda a ordem jurídica a cooperação é pressuposto abstrato e geral, no Direito das Obrigações, centrado na noção de prestação como *conduta humana devida*, a cooperação é nuclear, pois através da relação obrigacional ‘o interesse de uma pessoa é prosseguido por meio da conduta doutra pessoa’, de modo que a ‘colaboração entre sujeitos de ordem obrigacional – a colaboração intersubjetiva – é uma constante intrínseca das situações.⁵⁷

Nesta ordem de idéias, estando o Direito das Obrigações centrado na noção de prestação, ou, dizendo-se de outra forma, e mais especificamente, estando a relação obrigacional centrada na noção de adimplemento, e considerando que este decorre de uma conduta humana (passível de ser exigida), não há como deixar de concluir que sem a cooperação dos contratantes o pleno adimplemento será muito difícil de ser alcançado nas relações complexas. “Desse modo, diferente de conotar uma ‘visão excessivamente romântica de que os contratantes devem colaborar em si’, o dever de colaboração está no núcleo da conduta devida, servindo para *possibilitar, mensurar e qualificar o adimplemento.*”⁵⁸

Adentrando mais profundamente no terreno do adimplemento, é importante, para a correta transposição dos temas, da obrigação para o adimplemento, observar que a dogmática distingue um do outro, diferença que, segundo Clóvis do Couto e Silva, manifesta-se clara em todos os códigos de origem romanística, que dedicam títulos especiais tanto à obrigação como ao adimplemento.⁵⁹ Para o autor, a “distinção é de direito material e, muitas vezes, absoluta, de sorte que o adimplemento pode surgir totalmente desligado da série de atos que o antecederam, situado no plano do direito das coisas, como nas transmissões abstratas de propriedade.”⁶⁰ Por essa razão, a satisfação que decorre da prestação do credor,

⁵⁷ MARTINS-COSTA, 2006, v. 5, t. 2, p. 33, grifo do autor.

⁵⁸ Id., 2009, v. 5, t. 2, p. 33, grifo do autor.

⁵⁹ COUTO E SILVA, 1976, p. 43.

⁶⁰ COUTO E SILVA, loc. cit.

que no plano contratual está localizada ao final do conjunto de atividades dos contratantes, deve ser objeto de análise pontual, apartada da fase que a precede, uma análise objetiva (aspecto objetivo de que trata Emílio Betti, em alusão à *utilidade* da prestação) como resultado final.

Ainda, para o referido autor,⁶¹ o processo obrigacional supõe duas fases, tão somente: a fase do nascimento e do desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Há quem veja, a nosso ver equivocadamente, o momento pré-contratual como uma fase da vida de um contrato.⁶²

A visão segmentada da relação obrigacional permite observar nitidamente que ela se comporta como um verdadeiro organismo vivo⁶³ e dinâmico, enquanto o adimplemento se apresenta como um dado objetivo final, de *natureza satisfativa e liberatória*. Permite, ainda, analisar com maior clareza dois aspectos fundamentais do adimplemento, no que diz respeito à imperiosa observância do princípio da “boa fé”, algo que, como será visto, exige o respeito aos deveres anexos. Essa análise há de ser realizada à vista das condutas dos contratantes. O primeiro aspecto, vai ao encontro da lição de Emílio Betti, na qual ganha destaque a *conduta de cooperação* e, que retrata o *momento subjetivo do adimplemento*. De outra banda, o segundo aspecto trata da “satisfação objetiva dos interesses do credor”, que diz respeito, efetivamente, ao dever de prestação (obrigação principal), à *utilidade* que dela resulta, e que nos remete ao *momento objetivo do adimplemento*.

Ampliando o foco sobre adimplemento, importa observar que ele, enquanto cumprimento espontâneo (pagamento), não é uma mera modalidade de extinção das obrigações, semelhante às demais; ele é mais do que isso - possui maior relevância, maior densidade jurídica - sendo, por excelência o meio esperado para a extinção do contrato.⁶⁴ Para Jorge Cesa Ferreira da Silva, o adimplemento é o meio

⁶¹ COUTO E SILVA, 1976, p. 44.

⁶² DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1, p. 267-269), após afirmar que a doutrina tradicional identifica três fases, ou momentos principais, na vida de um contrato, a saber, “*la generación*”, também chamada de “*fase de gestación*”, que corresponde ao período preparatório; “*la perfección*”, que corresponde ao nascimento do contrato, e “*la consumación*”, que é a fase de cumprimento do contrato, acaba concluindo, na p. 269, que em verdade existem apenas duas fases: “*Sin embargo, una observación atenta enseguida nos hace comprender que más que existir tres fases o etapas en el iter del contrato hay tan sólo dos, que se encuentran separadas por un punto o momento. Son la fase anterior a la celebración del contrato y la fase posterior. A la primera puede llamársele fase de preparación o de formación del contrato. A la segunda se le puede llamar fase de ejecución.*”

⁶³ Karl Larenz refere que a própria “ordem jurídica é algo vivo” (LARENZ, 1958, t. 1).

⁶⁴ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 325. Tradução da edição francesa de 1824: “*Es evidente que aquel que há satisfecho su obligación*

mais corriqueiro, que menos onera e que melhor realiza não só os interesses objetivos das partes, como também o interesse da sociedade na fluidez do tráfego jurídico.⁶⁵ É por essa razão, repita-se, que a obrigação não apenas gravita em torno do adimplemento, mas para ele converge naturalmente. Clóvis do Couto e Silva⁶⁶ explica o fenômeno afirmando que “o adimplemento *atrai* e polariza a obrigação”; que o adimplemento é “o seu fim”. O efeito atrativo que o adimplemento exerce, se dá porque o vínculo obrigacional é sempre concebido para extinguir-se naturalmente por meio dele, adimplemento (frise-se, sinônimo de pagamento); é “o seu fim” natural porque ninguém, ao menos de boa-fé, contrata visando o descumprimento.

Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se pelo procedimento a alguém em seu favor,⁶⁷ enquanto o adimplemento determina o afastamento, a *liberação* desse mesmo vínculo. Nesse ponto, é interessante observar que, em Savigny, a essência da obrigação está relacionada às pessoas do credor e do devedor, sendo que para o primeiro a obrigação constitui uma extensão da liberdade, o domínio sobre uma vontade estranha, enquanto que para o devedor a obrigação representa uma *restrição da liberdade, a submissão a uma vontade estranha*.⁶⁸

No entender de Savigny, a necessidade de um ato imposto⁶⁹ à pessoa do devedor forma a essência da obrigação^{70,71} e, sendo assim, considerando que nas obrigações recíprocas ambas as partes são devedoras, uma frente à outra, a relação contratual representa para todos os envolvidos uma certa restrição à liberdade. Não se está aqui a acolher o entendimento de Savigny de que o direito de crédito é um direito de domínio do credor sobre o devedor,⁷² pois não se pode aceitar sua

queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación, es la manera más natural de extinguir la obligación.”

⁶⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 6. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 6).

⁶⁶ COUTO E SILVA, 1976, p. 5.

⁶⁷ Ibid.. p. 44.

⁶⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v. 3, p. 174.

⁶⁹ Em verdade, um ato que o próprio devedor se impôs, livremente, vinculando o seu agir a uma conduta que, pela boa fé, dele se espera, e dele pode ser exigida, tendo em vista o resultado prometido.

⁷⁰ Ibid., p. 175.

⁷¹ Essa imposição, que se traduz em uma adstrição a um comportamento, forma a essência da obrigação, como diz Savigny, por que, segundo já referido, ninguém, ao menos de boa-fé, contrata visando o descumprimento. Esse entendimento reforça a visão de que o adimplemento, enquanto previsão estabelecida pelas partes (e não como resultado concreto), é da essência da obrigação.

⁷² “*Il concetto dell’abbligazione venne già da noit altrove definito (a) come una signoria sopra una persona; ma non sulla sua totalità (poiché in questo caso ne resterebbe soppressa la personalità, ma sopra singoli atti della medesima che vengono concepiti come sottratti allà sua liberà e*

conclusão de que “*L’obbligazione infatti limita la libertà naturale della persona, come la servitù limita la libertà naturale della proprietà.*”⁷³ Não se pode chegar a tanto.⁷⁴ A idéia que se recolhe como coerente é a de uma restrição à liberdade no sentido de “não-liberação” (parcial ou total) do devedor de uma vinculação jurídica que se estabeleceu de forma voluntária, até que se opere o adimplemento, de forma voluntária ou não-voluntária. A importância, neste ponto, é quanto à idéia de vínculo jurídico como primeiro elemento da relação obrigacional, e o adimplemento como o elemento final, que irá restituir as partes à libertação plena. Essa conclusão está amparada no fato de que por qualquer ângulo e em qualquer tempo, o adimplemento sempre foi considerado como o objetivo principal de qualquer relação contratual, pois sendo ele o meio normal (desejado, previsto e esperado) de extinção do vínculo, será por ele que “as partes recuperarão sua liberdade individual existente antes da pactuação da liberdade contratual no momento em que decidiram estabelecer o programa contratual.”⁷⁵

Infelizmente, no mundo dos fatos esse efeito do adimplemento contratual não colhe a merecida atenção. Se muitos contratantes refletissem atenta e escrupulosamente sobre as vantagens e, principalmente, sobre os ônus que o vínculo contratual lhes imporá sob a forma de restrições à sua liberdade de conduta e de submissão a uma vontade estranha, inclusive para depois do cumprimento da obrigação principal,⁷⁶ por certo que uma quantidade relevante de conflitos seria evitada, resultando em economia de recursos públicos e privados.

assoggettati al nostro volere.” (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Le obbligazioni**. Traduzione dall’originale tedesco con Appendici di Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912. v. 1, p. 4).

⁷³ Ibid., p. 7.

⁷⁴ Veja-se a crítica de Karl Larenz: “[...] *el acreedor tiene derecho “a” la prestación (a recibirla), mas no que tenga derecho “sobre” la prestación (como lo tiene el propietario sobre la cosa) y que su derecho se dirige “contra”el deudor; pero no es un derecho sobre la persona del mismo, como ocurre con la propiedad sobre la cosa.*” (LARENZ, 1958, t. 1, p. 25).

⁷⁵ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

⁷⁶ DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 85, grifo do autor: “A idéia de responsabilizar uma pessoa após a extinção de uma relação obrigacional, mesmo estando cumprida a prestação, não é recente. Todavia, no plano mundial, a doutrina e a jurisprudência acerca desse tema são extremamente escassas.” “[...] o tema responsabilidade pós-contratual ou, de forma mais ampla, a pós-eficácia das obrigações tem sido enfrentada principalmente pela doutrina e jurisprudência alemãs, criadoras da culpa *post pactum finitum*, seguidas pela doutrina portuguesa. A jurisprudência alemã construiu a teoria da culpa *post factum finitum* a partir de situações em que, mesmo após o cumprimento da obrigação, nos exatos termos do contrato, continuavam a existir para as partes certos deveres laterais, acessórios ou anexos, que deveriam persistir mesmo posteriormente à extinção da relação jurídica. Esses deveres, segundo a doutrina e

Ainda considerando a realidade da vida, é forçoso reconhecer que a noção correta do que seja efetivo *adimplemento* é algo que escapa do conhecimento do homem comum. Antes, quando as trocas se davam predominantemente através de obrigações simples, a noção exata do que significava cumprir o dever assumido era de mais fácil compreensão para o homem médio, assim como as consequências do descumprimento. Nas obrigações simples, as prestações pecuniárias representam a maioria dos casos, sendo reservado ao seu cumprimento o termo “pagamento” que, com o tempo, passou também a designar o cumprimento dos demais tipos de prestações. Procede a crítica de Antunes Varela, em relação ao emprego do termo “pagamento” no Código Civil de 1916, crítica ainda válida para o Código Civil de 2002, ao afirmar que o termo “pagamento” já se encontrava francamente superado, porque ao lado das obrigações pecuniárias, outras tantas obrigações assumiram relevo prático na vida econômica do Brasil.⁷⁷

Em uma realidade econômica mais simples, a percepção comum do que significava “pagar”, se não correspondia exatamente ao seu sentido técnico-jurídico, dele estava muito mais próxima do que hoje se verifica em relação ao verbo “adimplir”, que, por si só, mais afasta do homem comum a percepção do seu conteúdo.⁷⁸ Esse distanciamento decorre do fato de que a sociedade se sofisticou e, com ela, a relação obrigacional. Outros tipos de obrigações surgiram e sofisticaram-se os modos de cumprimento. A prestação de serviços ganhou outras faces, o comércio foi incrementado com o advento de produtos nunca antes imaginados; o devedor passou a ter mais proteção e o credor passou a ter mais deveres; e observou-se, para ambos, a existência de outros deveres (deveres anexos) no bojo da relação obrigacional.

Nesse novo cenário, a simples ligação entre o débito e o crédito, entre pagar e receber, que caracteriza a obrigação simples, já não esgota todo o conteúdo da relação obrigacional, ampliando o espaço por onde pode escapar a plena satisfação

a jurisprudência tedescas, não estariam insertos expressamente num contrato ou num ato jurídico unilateral, mas seriam decorrentes do princípio da boa-fé. Dessa forma, a partir da idéia de uma culpa após o término do contrato, desenvolveu-se a noção de responsabilidade pós-contratual, visto que a responsabilidade pré-contratual (culpa *in contrahendo*) já existia, por construção doutrinária e, posteriormente, jurisprudencial.”

⁷⁷ VARELA, Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2, p. 7.

⁷⁸ VARELA, 1978, v. 2, p. 5, ao explicar que o termo *adimplemento* na Itália, é de emprego freqüente, mas que no Brasil e em Portugal é termo de linguagem erudita, com um significado desconhecido para a maior parte dos leigos. Linhas depois, na p. 7, Varela torna a comentar que a expressão *adimplemento* é inacessível ao comum das pessoas.

do credor. Disso resulta que muitas vezes as partes não sabem ao certo se a conduta do devedor traduz o adimplemento com toda a sua força, no sentido de liberação do vínculo jurídico que as prende.

O abismo se alarga quando ao adimplemento, que já não desfruta de uma percepção clara junto ao homem comum, se acrescentam adjetivos de toda sorte (substancial, parcial, imperfeito, ruim, etc...). E como se não bastasse, ao *inadimplemento* também se acrescentam outros tantos adjetivos (absoluto, relativo, eficiente, “de escassa importância”, etc...).

Mas não só o homem comum deixou de dominar a noção mais exata do que é, hoje, realmente, adimplir, cumprir, solucionar, pagar. São questões atuais: o que exatamente o devedor precisa fazer (que deveres tem de cumprir) para “ficar livre” por completo do credor e lograr o retorno à paz que decorre de não estar submetido à vontade de outrem? É possível responder, tecnicamente, porém recorrendo-se a princípios e teorias, com a necessidade adicional de se “classificar” o adimplemento e o inadimplemento. Em outras palavras, é preciso identificar que tipo de adimplemento, ou de inadimplemento ocorre efetivamente diante de cada caso concreto, o que não tem sido tarefa fácil, pois a nova dimensão do adimplemento não encontra entendimento uniforme entre aqueles que tecnicamente lidam com o tema.

O homem comum se vale da sua noção de justiça, da noção leiga que lhe vem sendo transmitida através dos tempos. Nas obrigações contratuais, a sua noção de justiça passa necessariamente pela noção corrente, em seu tempo, do que é adimplemento; seja no sentido de cumprir aquilo que assumiu perante o credor, seja do credor para com ele. Ocorre que quanto menos essa noção (de adimplemento) corresponder à noção técnico-jurídica, mais conflitos esse divórcio gera, e maior peregrinação acarreta rumo a quem possa solucioná-los. A experiência vem demonstrando, por exemplo, que ainda existe resistência do homem comum à noção de que algo não escrito no contrato pode pertencer ao contrato, tanto quanto como se nele escrito.⁷⁹

É necessário compreender a moderna noção do adimplemento, bem como evitar conclusões, adjetivações, classificações e soluções jurídicas que fomentem incongruências. Evidentemente que não se pode pretender uma visão unitária do

⁷⁹ Como ocorre, por exemplo, com a *publicidade* sob a égide da legislação protetiva das relações de consumo

adimplemento (pagamento), como adverte Jorge Cesa Ferreira da Silva, que salienta a impossibilidade de se estabelecer uma noção que se limite a conceber o adimplemento por meio de um único elemento unificador, exemplificativamente, o “ato” de realizar a prestação, ou o “ato” que satisfaz o credor, ou ainda o “ato” que libera o devedor.⁸⁰ De forma alguma, não é em favor dessa idéia que este trabalho advoga. Busca-se aqui a congruência. Menos importa por onde principie o raciocínio, a definição, desde que a explicação do adimplemento, mesmo que não exaurindo o tema, não leve a incongruências e contradições.

Quanto à denominação, além de *adimplemento*, outros termos foram e são empregados para identificar o cumprimento dos deveres emanados da relação obrigacional.⁸¹ *prestação*, *solutio*,⁸² *pagamento* e *execução voluntária*,⁸³ todos foram, ou ainda são, utilizados para designar a realização da prestação devida.

Conforme Pontes de Miranda, a “prestação” pode ter lugar mesmo quando já não haja obrigação: “Não raro presta o devedor, sem que o credor lho pudesse exigir: deve, não é obrigado; e presta. A dívida extingue-se. Tal ocorre, porque as dívidas podem ser sem obrigação, ou os créditos são sem pretensão, ou sem ação (direitos mutilados).”⁸⁴ Nessa moldura cabem, embora não tenha referido Pontes de Miranda, as dívidas prescritas, por já não conferirem pretensão ao credor. Se o devedor realizar a *prestação*, o faz sem estar obrigado,⁸⁵ de tal sorte que a *prestação* não vem dotada de qualquer efeito liberatório; afinal já não existe obrigação. Com o advento da relação obrigacional complexa, ficou claro que além do dever de *prestação* (dever principal), existem outros, alguns diretamente vinculados à *prestação*, outros não. Desse modo, o termo *prestação* atualmente já

⁸⁰ FERREIRA DA SILVA, 2007a, p. 43.

⁸¹ Ver, também, VARELA, 1978, v. 2, p. 5.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, t. 1, p. 114. “Desde o século XII a palavra *solutio* vinha sendo progressivamente substituída pelo termo “pagamento” que, embora na linguagem comum aplique-se comumente à prestação em dinheiro, indica, no Direito, conceito mais amplo.”

⁸³ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1945. p. 97.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Borsoi, 1984. t. 24, p. 71.

⁸⁵ Em sentido contrário, Karl Larenz: “*Existem, empero, créditos que no cabe ya realizar. Subsistem entonces como tales créditos, es decir, como un derecho a la prestación, pero carecen del carácter de pretensiones. Pensemos principalmente en los créditos prescritos [...] Subsiste em este caso el derecho a la prestación; así, la prestación supone el cumplimiento de una deuda [...] Pero el deudor no puede ya ser condenado a cumplir la prestación; carece el acreedor de la posibilidad de exigir judicialmente [...] su derecho de crédito [...] La excepción de prescripción significa, así, contemplada, el derecho del deudor a excluir la condena a cumplir la prestación, a pesar de que subsista su obligación.*” (LARENZ, 1958, t. 1, p. 29).

não se mostra suficiente para designar a situação em que são atendidos todos os deveres enfeixados na obrigação complexa.

A *solutio*, por sua vez, no Direito romano, era toda dissolução do vínculo obrigacional.

Solvendo, o devedor solvia e liberava-se [...] A liberação era eficácia do ato jurídico da *solutio* [...] Qualquer ato do devedor, ou de outrem, que pudesse desligar a relação jurídica, solvia, porque tinha efeito de liberar. Só posteriormente, *solutio* passou a significar, estritamente, adimplemento.⁸⁶

Em sua clássica obra, Pontes de Miranda abre o capítulo destinado ao adimplemento, ao falar sobre o seu conceito, com a expressão “*solutio* ou adimplemento”⁸⁷, fazendo, em seguida, a afirmação de que “A solução ou adimplemento pode ser definido pelo efeito, é a *solutio* dos textos, a extinção do dever ou da obrigação, somente, liberando [...] Não se leva em conta o conteúdo do dever ou da obrigação.”⁸⁸ Ao dizer que o adimplemento, sinônimo de *solutio*, pode ser definido pelo seu *efeito*, a sua compreensão se estabelece a partir do efeito extintivo do dever, com o desligamento do vínculo obrigacional. Essa noção difere do adimplemento enquanto *fato do devedor*, ou seja, enquanto ato realizado pelo devedor, ou conjunto de atos (conjunto de atividades), destinados ao cumprimento dos deveres que o vínculo lhe submete.

Já o termo *pagamento*, não obstante o seu sentido estrito, de prestação em soma em dinheiro, passou a ter sentido corrente nos principais sistemas jurídicos. “As leis e a doutrina dão o nome de *cumprimento* ou *pagamento* à realização voluntária da prestação debitória, tanto quando procede do devedor, como quando a prestação provém do terceiro (interessado ou não na extinção do vínculo obrigacional).”⁸⁹ Diferente do que se passava ao tempo de Bevilacqua, colhe-se da lição de Antunes Varela que: “O termo *pagamento*, que o Código brasileiro preferiu e que ainda hoje é aceito por boa parte dos autores, tem a grande vantagem de ser a expressão geralmente usada na linguagem comum”⁹⁰, embora, advirta que tem ele o poderoso defeito de andar vulgarmente associado à idéia de cumprimento das obrigações pecuniárias. E por tais razões, associadas a outras que aqui não são de

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 71.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, loc. cit.

⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, loc. cit.

⁸⁹ VARELA, 1978. v. 2, p. 5, grifo do autor.

⁹⁰ Ibid., p. 6.

relevância, Antunes Varela sustenta que em vez de adimplemento, pagamento e outros termos, deveria ser adotado o termo *cumprimento*, porque no idioma nacional é o que com maior propriedade abrange a realização voluntária da prestação devida, seja qual for a modalidade desta.⁹¹

Bevilaqua preferiu a expressão *execução voluntária*^{92,93} para designar o principal modo de extinção das obrigações, valendo notar a identidade de sua noção com a atual noção do adimplemento. Segundo Bevilaqua, a *execução voluntária* ocupa o primeiro lugar entre os modos pelos quais se extinguem as obrigações “por ser o mais natural, o que foi visado no momento de atar-se o vínculo, e o que melhor corresponde à teleologia social.”⁹⁴ Essa, como se vê, é a noção corrente para o *adimplemento*, de modo que em Bevilaqua, embora não o tenha dito,⁹⁵ o *adimplemento* e o “ato” da *execução voluntária* se equivalem, tendo o sentido de “cumprimento, espontâneo ou solicitado, da prestação, que incumbe ao devedor.”⁹⁶ Mas Bevilaqua, sem fazer ressalvas, também refere, no mesmo contexto, na mesma página, que a obrigação extingue-se pela solução, que é uma tradução melhor de *solutio*, do que pagamento, porque (à época aquela) possuía um sentido mais radicado na linguagem comum. Daí que, *execução voluntária* em Bevilaqua, também representava *solutio*, e pagamento, tomando esses dois últimos termos por sinônimos, porquanto, ao se referir ao Art. 930 do Código Civil de 1916, menciona que “poderá validamente *solver* obrigação o devedor, tendo capacidade civil, pessoa por ele encarregada ou qualquer interessado na extinção da dívida, usando, se o credor não se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor.”⁹⁷

Como antes referido, Pontes de Miranda reconhece ao adimplemento duas noções, uma a partir do *efeito*, e outra enquanto *fato*. Definido pelo *efeito*, o adimplemento é a *solutio*, qualquer ato gerador do efeito liberatório do vínculo. De

⁹¹ VARELA, 1978, v. 2, p. 6, grifo do autor.

⁹² BEVILAQUA, 1945, p. 97.

⁹³ Antunes Varela não recomenda o emprego do termo “execução” com o sentido de “cumprimento”, porque a palavra “execução” quando usada nas locuções *execução da obrigação* ou *execução da prestação*, significa a realização coativa, quando falham os meios suasórios normais (VARELA, op. cit., p. 5). É certo que Bevilaqua utilizou a locução “execução voluntária”, o que por si afasta a confusão que Antunes Varela procurou evitar.

⁹⁴ BEVILAQUA, op. cit., p. 97.

⁹⁵ Vale notar que Bevilaqua sequer utilizou o termo adimplemento em sua abordagem sobre o tema.

⁹⁶ BEVILAQUA, loc. cit.

⁹⁷ Ibid., p. 97-98.

outra banda, definindo o adimplemento como *fato*, enfatiza o conteúdo do dever; o “fato de devedor”, sem se ver o resultado do fato, o seu efeito.⁹⁸

Analisemos o adimplemento enquanto *efeito*.

Pontes de Miranda chama a atenção para a circunstância de que a regra do Artigo 930 do Código Civil de 1916 (reproduzida no Art. 304 do Código Civil de 2002) é uma sobrevivência do antigo conceito de *solutio*, ao propiciar ao terceiro interessado o pagamento. Daí que, como o direito de crédito dirige-se coativamente contra o devedor, pois só ele está *vinculado* e só ele pode, em princípio, ser *obrigado*,⁹⁹ eleva-se a conclusão no sentido de que no direito brasileiro pode haver *adimplemento*¹⁰⁰ sem que haja *obrigação*, o que torna importante lembrar a lição de Clóvis do Couto e Silva, de que o *adimplemento* difere da *obrigação*. O adimplemento, ou é “previsão” encartada na fase inicial (nascimento dos deveres), algo ainda hipotético no ato da contratação, ou é “resultado” final, concreto, após a fase de execução.

Para o adimplemento enquanto efeito, a liberação do devedor em relação ao credor é ponto cardial (mira-se a liberdade, o desvencilhar), pois ocorrendo concretamente, a relação obrigacional perderá sua função, não restando outro destino se não a sua extinção; e esse efeito, como já comentado, independe da vontade do devedor, e até pode prescindir de um ato seu. Todavia, mesmo servindo de orientação segura, a *liberação* das partes não pode ser considerada como o ponto a partir do qual se estrutura o adimplemento. Todavia, o efeito liberatório, ou, dito de outra forma, a possibilidade de resolução contratual, pode ser o elemento central para estabelecer a diferença entre as espécies de inadimplemento, conclusão que o adimplemento *imperfeito* do contrato¹⁰¹ vem corroborar, pois em face de sua ocorrência, se admite a liberação das partes em relação ao dever principal de prestar, embora ausente o cumprimento exato. A liberação, em casos de adimplemento imperfeito, se dá em razão da atual noção de adimplemento, para a qual, embora não havendo *satisfação ótima*¹⁰² do credor quanto à prestação, e

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 71.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁰⁰ Para o legislador pátrio, o terceiro, sem vínculo jurídico com o credor, ou seja, não sendo parte da relação obrigacional, pode praticar o ato jurídico que consiste no adimplemento.

¹⁰¹ Será visto adiante o adimplemento *substancial*, e outros aspectos que o direito pátrio leva em conta na identificação do adimplemento imperfeito.

¹⁰² A expressão é aqui adotada a partir da lição de Martins-Costa, quando afirma que “o cumprimento constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, que é **satisfeito pela realização ótima da prestação** [...]” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Rio de

mesmo que o credor se diga insatisfeito, ainda assim, desde que haja substancial adimplemento, portanto, próximo daquele esperado pelo credor, *satisfação* será, juridicamente, enquanto efeito da conduta do devedor.

Desse modo, a *satisfação* do credor pode ser efeito e, depois, causa. É efeito, enquanto resultado do ato de pagamento realizado pelo devedor ou pelo terceiro, ou, ainda, como resultado não do pagamento, mas de outros meios extintivos da obrigação previstos no Código Civil; esse resultado (*satisfação* do credor) vem a se tornar a causa da *liberação* do vínculo (*solutio*) entre as partes. Desse quadro decorre o sentido do adimplemento enquanto *efeito*, cuja sequência segue essa ordem: *satisfação* do credor - *liberação* do vínculo – adimplemento.

Essa noção se afina com a idéia de que o adimplemento, em sentido temporal, configura o momento em que efetivamente é realizado o *interesse do credor*,¹⁰³ ensejando a *liberação* do vínculo.

Se a *liberação* é efeito da *satisfação* do credor, podendo ocorrer mesmo quando esta não atinja o nível máximo (*satisfação* ótima), disso não decorre que qualquer nível de *satisfação* possa produzir o mesmo efeito.

A *liberação* do devedor em relação ao vínculo é dependente da *satisfação* (mesmo que substancial) do credor, mas Pontes de Miranda vai mais longe, ao afirmar que a *satisfação* do credor nem sempre *libera* o devedor, visto que aquele pode vir a deixar de sê-lo, sem que o devedor deixe de dever, citando como exemplo o adimplemento por sub-rogação.¹⁰⁴ Em verdade o vínculo obrigacional originário desaparece, porque o pagamento com sub-rogação (Art. 346 do Código Civil) extingue a obrigação; o programa contratual fenece, deixando de ligar o credor originário ao devedor; nasce uma nova obrigação, agora entre o credor sub-rogado e o devedor, que nunca deixou de ser devedor.¹⁰⁵

Vale grifar que na terceira espécie de inadimplemento existem deveres adimplidos, e também deveres inadimplidos pelo devedor. Daí que, nessa terceira espécie de inadimplemento, a parte adimplida da relação obrigacional prende-se, de alguma forma, ao “fato”; o adimplemento enquanto ato voltado para a extinção da

Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2, p. 105, grifo nosso).

¹⁰³ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 105, com referência ao magistério de João Calvão da Silva.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 83-84.

¹⁰⁵ VARELA, 1978, v. 2, p. 5, fazendo referência explícita à hipótese de sub-rogação, anota: “Há, todavia, diferenças fundamentais de regime entre o cumprimento (da prestação) efetuado pelo devedor (que desonera este e extingue a obrigação) e o cumprimento (do efeito da prestação) por terceiro (que, em regra, não libera o devedor e apenas transmite o crédito, por sub-rogação, para o autor do pagamento: arts. 985 e segs.).”

obrigação. O ato é que é imperfeito. Mais precisamente, o conjunto de atos é que ocorre de *modo* imperfeito; ou, ainda, dito de outra forma, o conjunto de atividade é realizado de *forma* imperfeita.

Analisemos o adimplemento enquanto *ato*.

O Código Civil dedica o Título III ao “*adimplemento*” e à “*extinção das obrigações*”, disciplinando no Capítulo I o “*pagamento*”, sem nele utilizar a expressão adimplemento. Nos capítulos seguintes, o Código Civil rege outros meios de extinção das obrigações (pagamento em consignação, pagamento com sub-rogação, dação em pagamento, novação, compensação, confusão e remissão de dívidas). Resta clara a opção do legislador em considerar pagamento um fato, consistente no “ato” do devedor ou de qualquer interessado na extinção da dívida (*Caput* do Art. 304), e até de terceiro não interessado (parágrafo único do Art. 304); é o ato de pagar, mais exatamente o conjunto de atividades realizadas para cumprir voluntariamente a prestação, seja pelo devedor ou por terceiro.

De regra, os termos *adimplemento*, *cumprimento* e *pagamento* têm o mesmo significado no Direito brasileiro, o qual, segundo Judith Marins-Costa,

[...] é a realização, pelo devedor, da prestação concretamente devida, satisfatoriamente, ambas as partes tendo observado os derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias.¹⁰⁶

Segundo a lição de Pontes de Miranda,¹⁰⁷ existe (i) um *sentido largo* de adimplemento (qualquer liberação ou qualquer satisfação), (ii) um *sentido estreito* (prestação pelo devedor, diretamente, do devido).^{108,109} Ao lado desses, deve ser alinhado (iii) o sentido adotado pelo legislador pátrio (prestação realizada pelo devedor e pelo terceiro). O adimplemento *lato sensu* pode ocorrer por “ato” de *qualquer pessoa* (do devedor, de terceiro e até do Estado) e por *qualquer meio* (não

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 115. A respeito da equiparação ou da distinção dos termos em doutrina, veja-se em particular a nota 7 da mesma página.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 71-76.

¹⁰⁸ FERREIRA DA SILVA, 2007, p. 41, grifo do autor: “Pagamento *stricto sensu* é a realização pontual da prestação pelo devedor, com a conseqüente satisfação pressuposta dos interesse objetivos do credor. É nesse sentido que a idéia de adimplemento é utilizada no texto do art. 580, parágrafo único, do Código de Processo Civil. *Lato sensu*, o pagamento equivale a qualquer realização da prestação satisfativa do credor, podendo ser, portanto, efetuada por terceiro ou até coativamente.”

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 72-73. “Assim, há sentido largo de adimplemento (qualquer liberação ou qualquer satisfação) e sentido estreito (prestação pelo devedor, diretamente, do devido). Ao adimplemento no sentido estreito juntam-se os sub-rogados de adimplemento, os outros meios de extinção satisfativa da dívida, se proveio de ato de alguém (devedor ou outrem).”

apenas o *pagamento*), desde que satisfaça o credor. Quanto ao sentido estreito, Pontes de Miranda assinala que “tem-se pretendido que, quanto ao conteúdo, só o ‘ato’ do devedor seja ‘atuação’ no conteúdo do dever ou da obrigação; mas aí já se torna demasiadamente estrito o sentido.”¹¹⁰

Na visão de Judith Martins-Costa, cabe “distinguir entre a) adimplemento em sentido técnico e restrito, com efeito extintivo; b) adimplemento em sentido amplo; c) outras formas de extinção da relação que não constituem adimplemento; d) adimplemento sem extinção da relação obrigacional”¹¹¹, sendo que as noções alusivas aos dois primeiros¹¹² correspondem, em linhas gerais, àquelas defendidas por Pontes de Miranda.¹¹³

Por outro ângulo, nas obrigações recíprocas, sendo as partes devedoras e credoras uma da outra, e tendo, cada uma, sob o seu ângulo, direitos e deveres, o adimplemento assume uma noção mais abrangente, como bem anota Jorge Cesa Ferreira da Silva, reportando-se à lição de STOLL, segundo o qual o adimplemento se dará quando se realizar (quando forem satisfeitos) o conjunto dos interesses envolvidos na relação.¹¹⁴ Compreendemos que essa concepção conforma outro tipo de “sentido amplo” para o adimplemento, a qual corresponde um “sentido estreito”, preso tão somente à *satisfação* dos interesses do credor. Trata-se, como se percebe, de uma divisão de sentidos baseada exclusivamente na *satisfação* das

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 72.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 122.

¹¹² “Em síntese: em sentido estrito, o termo adimplemento (pagamento ou cumprimento) designa o cumprimento da prestação devida, de modo voluntário e exato, no tempo, lugar e forma convencionados, com a satisfação do credor, desatando o vínculo; sem sentido lato indica qualquer forma de satisfação do credor, inclusive pela execução coativa, em virtude da imposição judicial”. (Ibid., p. 123.)

¹¹³ No que tange ao conceito de adimplemento adotado pelo legislador pátrio, divergem os dois autores. Pontes de Miranda entende que “No Código Civil, pagamento (adimplemento) é (A, B): qualquer interessado na extinção da dívida (portanto, interessado no efeito) pode pagá-la (art. 930)”. (PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 71). Ou seja, a execução pela atuação do Estado não integra o conceito amplo de adimplemento. Em sentido oposto, Judith Martins-Costa considera que a “satisfação coativa, em virtude de imposição judicial”, integra o conceito de adimplemento, pois a noção ampla, que abrange a atuação do devedor, do terceiro e do Estado, foi “o critério expressamente adotado pelo CPC e pelo Código Civil (art. 249).” (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 123-124). Entendemos que a razão está com Pontes de Miranda, que mesmo tendo escrito sob a égide do anterior Código Civil, tem sua posição aplicável ao Código Civil vigente, porque não houve modificação significativa na redação do Art. 930 do Código anterior, em relação à redação do Art. 304 do Código atual, salvo na parte final do seu “parágrafo único” que, para o caso, não é relevante.

¹¹⁴ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 69, grifo do autor: “Por ‘interesses envolvidos na relação’ entende-se – fundamentalmente após STOLL – não só aqueles vinculados diretamente ou indiretamente à prestação, como também os vinculados à manutenção do estado pessoal e patrimonial dos integrantes da relação, advindos do liame de confiança que toda obrigação envolve.”

partes (de todas – *lato sensu*, ou apenas do credor – *stricto sensu*). A observação está voltada para quem recebe, e não para quem paga ou como paga.

Tendo por base tais considerações, resta reforçada a necessidade de, ao se analisar o *adimplemento*, definir por qual perspectiva se está a tratá-lo: se (1) o adimplemento visto sob o ângulo da *satisfação* e, nesse caso, se (1.a) *lato sensu* (das partes) ou (1.b) *stricto sensu* (apenas do credor); ou (2) sob o ângulo de quem realiza o adimplemento, e dos meios empregados para satisfazer o credor; e, nesse caso, (2.a) se em sentido amplo (qualquer pessoa, inclusive o Estado, e por qualquer meio) ou (2.b) em sentido estrito (só o devedor), ou ainda, (2.3) só o devedor ou o terceiro interessado.

Visto isso, considerando que o adimplemento pode ser tomado e estudado como *ato*, ou como *efeito*, abrem-se, a partir daí, dois questionamentos vitais, já direcionados ao tema objeto deste trabalho: considerando que nas hipóteses da terceira espécie de inadimplemento, existe uma parte (deveres) da relação complexa que é cumprida, então (i) esse adimplemento, que é imperfeito, deve ser compreendido, como *ato*, ou como *efeito*? E, depois, (ii) esse adimplemento imperfeito deve ser entendido segundo o sentido largo de adimplemento ou, ao contrário, limitado ao sentido estreito de adimplemento, ou no sentido empregado no Código Civil?

Para o presente estudo, que aborda um tipo de resultado com traços de adimplemento (porque realiza o dever principal, de prestar) e de inadimplemento (por descumprir deveres), a noção de *adimplemento* a ser considerada é aquela que o estrutura como “fato”, enquanto conjunto de atos praticados pelo devedor, tão somente (sentido estreito), visando a realização da prestação e dos demais deveres enfeixados na relação obrigacional complexa.

Para as hipóteses que se encaixam na terceira espécie de inadimplemento, os “atos” praticados por terceiros, ou a atividade coativa do Estado tendentes à satisfazerem o crédito do credor, não configuram um adimplir imperfeito. Pode que o credor não seja plenamente satisfeito pelo ato (pagamento) do terceiro ou do Estado (pela expropriação no patrimônio do devedor), mas assim como tais atos não configuram “mora” do terceiro ou do Estado, também não configuram a terceira espécie de inadimplemento.

Dando seguimento, porém encaminhando a argumentação em outro sentido, reconhecendo que o *adimplemento imperfeito (ruim)*, sinônimo de terceira espécie

de inadimplemento, está localizado em uma zona fronteira entre o *adimplemento* e o *inadimplemento*, e que um dos pontos de amarração (o *adimplemento*) deste estudo já se acha, se não explorado, ao menos avistado, tanto quanto possível, considerando os limites deste trabalho, cumpre nas próximas linhas tratar do *inadimplemento*, antes de finalmente enfrentar o cerne do problema visado.

Lidar com as noções de adimplemento, já vistas, e de inadimplemento, a seguir, não é tarefa fácil. Conforme exposto, para o Código Civil o adimplemento pode ser realizado pelo devedor e pelo terceiro, mas o inadimplemento só pode ser realizado pelo devedor, que, diferente do terceiro (interessado ou não interessado), está obrigado; só ele está vinculado a uma conduta diante do credor. A constatação é sutil, mas deve ser notada, porque o inadimplemento deveria ser logicamente a antítese exata do adimplemento. Contudo, postos frente à frente, constata-se que o inadimplemento não corresponde no Direito brasileiro à imagem que, por congruência, deveria ser contrária à do adimplemento.

Feita essa observação, e adentrando na análise do *inadimplemento*, tem-se com absoluta razão Agostinho Alvim, ao afirmar que o estudo da *infração* pertence ao mundo dos fenômenos, como qualquer patologia, sendo exceção ao estado fisiológico normal.¹¹⁵ A verdade, segundo o autor, é que o homem infringe sem cessar, de tal modo que as infrações aos deveres se repetem, por mais perfeitas que sejam as medidas de prevenção ou política jurídica.¹¹⁶ O casuísmo supera, infinitamente, a capacidade de previsão. As formas de descumprir, de infringir, assumem diversas faces,¹¹⁷ nem sempre passíveis de serem emolduradas pacificamente nos conceitos existentes em cada legislação. O descumprimento contratual é prova viva dessa observação, haja vista que, quanto mais a obrigação se torna complexa, mais se multiplicam as possibilidades de descumprimento dos deveres nela enfeixados. Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que não obstante a idéia de inadimplemento pareça reclamar para si a condição de “auto-evidente”, à medida que seria simplesmente a não-realização da obrigação,

¹¹⁵ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 11.

¹¹⁶ ALVIM, loc. cit.

¹¹⁷ CATALAN, Marcos Jorte. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166-167, reconhecendo que “a idéia de inadimplemento comporta múltiplas facetas”, reporta-se ao magistério de Aguirra Junior, sintetizando que “a expressão pode refletir as idéias de incumprimento subjetivo ou objetivo; violação da prestação ou ofensa a deveres acessórios; cumprimento inexecuto ou parcial e ainda desrespeito temporário ou definitivo [...]”

entendida esta no seu sentido de dever jurídico, essa compreensão, aparentemente simples, porta em si complexidade.¹¹⁸

Como observa Judith Martins-Costa, o Código Civil de 1916 e o atual não regularam diretamente a pretensão do credor ao cumprimento, admitindo-se, até porque seria inimaginável tal lacuna, que o tenham feito indiretamente, a *contrario sensu* (no Artigo 1.056 do Código Civil de 1916 e, depois, no seu equivalente, Artigo 394 do novo Código), resultando, no direito pátrio, em um distinto regime do inadimplemento.¹¹⁹ Em poucas palavras, mas com poderosa síntese, Judith Martins-Costa define que “o inadimplemento é a não-satisfação da prestação devida, quando devida, se devida e na medida em que devida.”¹²⁰

Note-se que não se vê qualquer referência a quem (nem por qual meio) realiza a prestação.¹²¹

A precisão de Pontes de Miranda merece destaque. Segundo ele, “o inadimplemento consiste, de ordinário, em tornar o devedor impossível a prestação, ou em deixar, simplesmente, de prestar.”¹²² Dito de outra maneira, o inadimplemento é a situação na qual não há e nem haverá o resultado (a satisfação do credor; a utilidade prevista) que o credor legitimamente espera da conduta do devedor prevista contratualmente.

Objetivamente, no plano da lei, o *inadimplemento* encontra disciplina no Código de Processo Civil, no Artigo 580,¹²³ que abriga regra de conteúdo material, ao tratar do inadimplemento “do devedor”, especificamente (e não de outra pessoa

¹¹⁸ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b. p. 30. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 7). E arremata: “Aceita simplesmente como o descumprimento da obrigação, a noção remete para a concepção da obrigação adotada, que pode ser mais ou menos abrangente. Acolhida como não-realização da prestação, a idéia deixa ao desabrigo os deveres laterais. Por isso, mostra-se fundamental para a compreensão do inadimplemento, partir-se de uma negação da sua aparente simplicidade.”

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 107: “Para tal, apreende-se o termo ‘forma’, constante da mencionada regra, para subentender-se o modo de realização da prestação devida, o que constitui relevantíssima particularidade do Direito Privado brasileiro, distinto, nessa matéria, de seus congêneres, tudo resultando num peculiar e distinto regime do inadimplemento, uma vez que, entre nós, a mora não está cingida ao aspecto temporal.”

¹²⁰ Ibid., p. 108.

¹²¹ A propósito, veja-se em Antunes Varela que “só há não-cumprimento quando, persistindo a obrigação, a prestação devida não é efetuada, nem pelo devedor, nem pelo terceiro.” (VARELA, 1978, v. 2, p. 50).

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 2, p. 239.

¹²³ Seção I (Do Inadimplemento do Devedor) do Capítulo III (Dos Requisitos Necessários para Realizar Qualquer Execução) do Título I (Da Execução em Geral) do Livro II (Do Processo de Execução).

qualquer), ligando sua noção também à “satisfação”.¹²⁴ O Código Civil, por seu turno, disciplina o *inadimplemento* no Título IV do Livro I da Parte Especial, vinculando-o à conduta do devedor,¹²⁵ tão somente, estabelecendo, também, sua relação direta com a *satisfação* do credor, ou, mais especificamente, à ausência de satisfação.

O Código Civil não conceitua o adimplemento nem o inadimplemento, assim como o Código de Processo Civil não conceitua o inadimplemento, o que fez Agostinho Alvim afirmar, em referência alusiva ao Código Civil de 1916, mas aplicável ao atual, que o legislador parte do pressuposto de uma obrigação não cumprida, para disciplinar unicamente as conseqüências do não cumprimento,¹²⁶ de modo que o legislador não cogita do inadimplemento sem si, mas do que acontecerá, uma vez que se verifique.¹²⁷

Quanto às modalidades de inadimplemento, cada autor cuida de apresentar sua visão especial, segundo vários critérios. De uma até quatro modalidades, a restrição ou a amplitude variam de autor para autor. Variação tão generosa certamente decorre do fato de que “as graves deficiências da lei na sistematização da matéria tornam mais delicado, mas ao mesmo tempo mais útil, o esforço da doutrina na distinção e classificação das várias situações típicas que abrangem o não cumprimento da obrigação.”¹²⁸

Em uma progressão, principia-se com a classificação apresentada por Jutih Martins-Costa,¹²⁹ que elege apenas um critério, certamente por ser o mais relevante, qual seja, o critério do *interesse violado*, do qual também se ocupa Jorge Cesa Ferreira da Silva, como será visto adiante, e que conforma três modalidades: (1) a *mora*, (2) o *inadimplemento definitivo* e, (3) a *violação positiva do crédito (violação positiva do contrato)*. Na sequência, Antunes Varela, apresenta duas variações para

¹²⁴ Art. 580. A execução pode ser instaurada caso **o devedor** não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

¹²⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde **o devedor** [...] (ver também os Artigos 390 e 391) Art. 394. Considera-se em mora **o devedor** que [...] Art. 395. Responde **o devedor** pelos prejuízos [...]

¹²⁶ Essa conclusão de Agostinho Alvim chancela o entendimento exposto no presente estudo, de que o *adimplemento* e o *inadimplemento* são efeitos jurídicos, e não fatos jurídicos; ou, aproveitando as palavras do próprio Agostinho Alvim, são “conseqüências” (efeitos jurídicos) do “não cumprimento” (fato jurídico). A observação também vem abono à ideia de que não se deve empregar no Direito brasileiro os termos *adimplemento* e *pagamento* como sinônimos (ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949).

¹²⁷ ALVIM, 1949, p. 9.

¹²⁸ VARELA, 1978, v. 2, p. 52.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 108-109.

o *não-cumprimento*;¹³⁰ (1) uma tendo por critério a *causa* da falta da prestação; enquanto a outra (2) considera o *efeito* (principal) do não-cumprimento.¹³¹ Alargando o espectro, a classificação do inadimplemento por Jorge Cesa Ferreira da Silva apresenta três critérios, eleitos pelo autor como os mais relevantes: (1) o que considera a atuação do devedor; (2) o que separa as hipóteses conforme a possibilidade de realização dos interesses do credor; e (3) o que leva em conta o interesse violado.¹³² Por fim, Ruy Rosado de Aguiar Júnior apresenta classificação fundada em quatro critérios: (1) quanto à *causa*, (2) quanto aos *efeitos*, (3) quanto ao *conteúdo da violação* e, (4) tendo em vista o *interesse do credor*.^{133,134}

Dessa análise resulta o consenso a respeito da classificação mais importante para o tema *inadimplemento*, que, independentemente do critério nomeado, subdivide o inadimplemento em três subespécies: *inadimplemento absoluto*, *mora* e *adimplemento defeituoso (imperfeito)*.

Seja sob o prisma do *interesse violado* (para Judith Martins-Costa e Jorge Cesa Ferreira da Silva), ou do *efeito do não-cumprimento sobre a vida da obrigação*

¹³⁰ Importa observar que Antunes Varela se vale do termo “não-cumprimento”, que reflete a tradição do direito português, incorporada ao Código Civil daquele país; ao passo que os doutrinadores brasileiros mais utilizam o termo *inadimplemento* (VARELA, 1978, v. 2, p. 51-52).

¹³¹ *Ibid.*, p. 53. Afirmado que a *causa* prende-se à existência ou à falta de culpa do obrigado, sendo de importância capital saber a quem é imputável a *causa* do não-cumprimento, Antunes Varela apresenta quatro hipóteses para essa modalidade, a saber: (1) fato imputável ao devedor, (2) fato imputável a terceiro, (3) fato fortuito ou de força maior e, (4) fato imputável ao credor (*op. cit.*, p. 54/55). Em relação a segunda modalidade, Antunes Varela enfoca o “efeito do não-cumprimento sobre a vida da obrigação” (*Ibid.*, p. 56), alinhando quatro hipóteses: (1) o *não-cumprimento definitivo*, (2) a *mora*, (3) o *simples retardamento* e (4) o **cumprimento defeituoso da obrigação, que também identifica como violação contratual positiva**.

¹³² FERREIRA DA SILVA, 2007, p. 33-35. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 7): Enquanto (1) “atuação do devedor”, o inadimplemento pode ser classificado em (1.1) *subjetivo*, quando ele decorre de ato do devedor, conectando-se à culpa deste e (1.2) *objetivo*, quando independe do devedor, como, por exemplo, ditado por eventos da natureza. Já quanto (2) a “possibilidade de realização dos interesses do credor”, a classificação “discrimina os casos de inadimplemento que ainda admitem a satisfação dos interesses do credor e aqueles nos quais essa satisfação não se faz mais possível”. A terceira, e mais importante classificação, segundo o próprio autor, (3) se ocupa dos *interesses violados*, que são classificados em (3.1) inadimplemento absoluto, (2) *mora* e, (3) violação positiva do contrato.

¹³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 94-95. Quanto ao primeiro critério (1), a *causa*, como em Antunes Varela, embora mais detalhada naquele autor, é dividida em (1.a) imputável, ou (1.b) imputável. No que respeita ao segundo critério (2), quanto aos *efeitos*, a modalidade se divide em (2.1) incumprimento definitivo, (2.2) incumprimento não-definitivo, (2.3) cumprimento defeituoso. A terceira modalidade, (3) guiada pelo critério do *conteúdo da violação*, “o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória – contratualmente prevista e exigível -, ou de dever secundário de conduta, decorrente da boa-fé.” A quarta e última modalidade tratada por Aguiar Júnior, (4) responde pelo critério do *interesse do credor*, pelo qual (4.1) o incumprimento pode se dar “com a satisfação do interesse do credor” ou, então, (4.2) “sem a satisfação do credor”.

¹³⁴ Cumpre ainda observar que a classificação do inadimplemento quanto à *possibilidade de realização dos interesses do credor*, desenvolvida por Jorge Cesa Ferreira da Silva confere, em linhas gerais, com a classificação de Aguiar Júnior sob o critério do *interesse do credor*.

(em Antunes Varela), ou, então, simplesmente, quanto aos *efeitos* (por Aguiar Júnior), todos esses critérios, ao fim e ao cabo, conduzem à mesma tríplice divisão, cujas variações terminológicas não interferem em seus conteúdos. A partir dessas três espécies de descumprimento contratual, notadamente do *adimplemento imperfeito*, é possível antever, ou ao menos cogitar, que existe a possibilidade de ocorrer *um tipo de inadimplemento* e, ainda assim, se verificar um nível de *satisfação* juridicamente relevante dos interesses do credor; ou, por outro lado, ocorrer um tipo de resultado que, mesmo contendo uma certa expressão de *adimplemento*, traz consigo um inadimplemento relevante o suficiente para classificá-lo como tal, ou seja, como uma espécie de *inadimplemento*. Porém,¹³⁵ disso não decorre que o *inadimplemento* possa satisfazer o credor, por mais que ele seja “economicamente eficiente”, tema que pela relevância atual merece algumas considerações no presente estudo. Cumpre, então, primeiramente esclarecer o que se entende por *inadimplemento eficiente* do contrato no plano da doutrina atual, tendo presente o fato de que se trata de uma teoria forjada pela Econômica, e não uma teoria jurídica, porém com pretensões de influir no estabelecimento de um fundamento jurídico nela calcado.

De acordo com Almeida Prado Filho,¹³⁶ foi Robert Birmingham, em artigo de 1970 (“*Breach of contract, damage measures, and economic efficiency*”, in *Rutgers Law Review*, 24/273), que sugeriu pela primeira vez, sob o ângulo da teoria econômica, a existência de uma quebra eficiente de contrato; sete anos depois, o termo *theory of efficient breach* foi introduzido por Charles Goetz e Robert Scot para batizar o novo campo (“*Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach*”, in *Columbia Law Review* 77/554). Fernando Araújo,¹³⁷ por sua vez, destaca a influência de Oliver Wendel Holmes na formulação da idéia de inadimplemento eficiente, que Richard Posner haveria de celebrar.

Em síntese, para a teoria da quebra eficiente do contrato (*efficient breach theory*) o descumprimento de um contrato aumenta o bem-estar social se os benefícios que a quebra contratual garante ao devedor são maiores do que as

¹³⁵ E eis uma advertência que cabe, notadamente nos dias atuais, em que se vê um forte movimento da Análise Econômica do Direito.

¹³⁶ ALMEIDA PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de. A teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*) e os custos de transação. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 151/152, p. 240-255, jan./dez. 2009. p. 240.

¹³⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 738.

perdas geradas para o credor.¹³⁸ Ou seja, *se o custo para o devedor cumprir o contrato for maior do que o lucro a ser auferido pelo credor, então o cumprimento do contrato não será socialmente desejável*,¹³⁹ desde que, obviamente, o credor seja integralmente indenizado.¹⁴⁰

Para a análise econômica, *a priori* valerá mais a pena para as partes cumprirem o contrato, do que descumpri-lo,¹⁴¹ conclusão que, porém, não é absoluta, pois essa *eficiência* deverá ser *confirmada*, para que, só então, o contrato (e o seu adimplemento) seja *exigível*. No *inadimplemento eficiente*, ou o devedor ainda não iniciou a execução da obrigação que lhe cabe pelo contrato, ou, se já iniciou-a, ainda não concluiu. Sua obrigação ainda não está vencida, ou então, se já está, ainda não foi o devedor constituído em mora (quando esta não for automática). Note-se que por esse viés já se abre relevante dissenso, porque para o Direito é estranho um inadimplemento de uma obrigação que menos ao menos esteja vencida. Então, em tal hipótese, o devedor poderia fazer um juízo de conveniência, e lhe seria dado ponderar sobre os interesses em jogo, analisando as alternativas, estritamente sob a ótica econômica, para decidir entre cumprir ou descumprir o contrato. Certo que, na hipótese de optar por descumprir, teria que indenizar a parte inocente, em todos os aspectos das perdas e danos que gerar. Mas a indenização sucede a resolução, devendo ser apartadas para o bom entendimento: o descumprimento com resolução, e a indenização como sua consequência. Em síntese, visando a *resolução* do contrato, o devedor pode, pela teoria do inadimplemento eficiente, fazer um acordo com o credor ou simplesmente *inadimplir* sua obrigação, sujeitando o seu comportamento à resposta judicial.¹⁴² A aceitação

¹³⁸ LINZER 1981 apud, ALMEIDA PRADO FILHO, 2009, p. 240.

¹³⁹ ALMEIDA PRADO FILHO, loc. cit.

¹⁴⁰ ARAÚJO, 2007, p. 735: “se o devedor inadimplente (com ou sem <terceiro cúmplice>) ganhar com o incumprimento e o credor originário não perder – porque foi perfeitamente indenizado pelo devedor – então os requisitos da maximização do bem-estar de acordo com os padrões paretianos estarão *literalmente* preenchidos”.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 100: “[...] o contrato só se forma se incentivarem mutuamente [...] nem que o façam somente através de um encontro de vontades declaradas que propicie às partes a percepção dos ganhos totais que resultarão, com elevada probabilidade, do cumprimento do contrato, assente na confiança que ambas formarão quanto à idoneidade da intenção revelada pela contraparte.

- Por exemplo, numa compra e venda o comprador tem que evidenciar uma disposição de pagar que permita formar um preço superior à disposição mínima de vender; e o vendedor tem que evidenciar que esta disposição mínima permite a formação de um preço inferior à disposição máxima de pagar do comprador (ambos têm que evidenciar reciprocamente uma certa disposição de acordarem num preço aceitável).”

¹⁴² COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. p. 264: “Quando as circunstâncias mudam, não cumprir uma promessa pode ser mais eficiente do que cumpri-la.

dessa solução pelo Direito é o maior ponto de discórdia entre os defensores e os opositores da abordagem econômica à Teoria do Contrato, porque para muitos tratar-se-ia do encorajamento de condutas irresponsáveis,¹⁴³ um convite para que fossem menoscabados os princípios que sustentam o Direito Contratual e um atentado perigoso à segurança jurídica.

Para Fernando Araújo,¹⁴⁴ no entanto, não assiste razão aos que resistem a essa solução, porque sua aplicação privilegia e eficiência sem sacrificar a ética contratual. Acrescenta o autor, ainda, o caráter instrumental do contrato (um meio para um fim) e a visão de que os compromissos não podem ser considerados eternos e irreversíveis, razão pela qual os contratos não se prestariam a ser convertidos em prisões, apenas em homenagem a formulações anacrônicas.

É preciso que se diga que em Direito e Economia, os doutrinadores reconhecem o peso das *promessas* para a formação dos contratos, como espirituosamente exemplificou Robert Cooter,¹⁴⁵ ao referir que as pessoas fazem promessas constantemente: os vendedores prometem a felicidade; as pessoas que amam prometem casamento; os generais prometem vitória; e as crianças prometem que irão se comportar melhor. A lei se envolve quando alguém procura fazer com que uma promessa seja cumprida. Armando Castelar Pinheiro, afirma que interessa ao sistema legal não apenas a formalização dessas promessas por meio de instrumentos conhecidos como contratos, mas também a garantia de que os direitos poderão ser plenamente exercidos.¹⁴⁶ A percepção do contrato em Direito e Economia, a partir das *promessas* e da forma como desencadeiam o relacionamento entre as partes, passando pela vinculação das mesmas (contrato), até, por fim, chegarem à obtenção da satisfação (ou outro caminho, em caso de frustração), também demonstra uma concepção dinâmica, sob a forma de um verdadeiro processo,¹⁴⁷ que vai de uma fase à outra. Essa noção do contrato, como um acordo

Nessas circunstâncias, o descumprimento ocorre de duas formas. Em primeiro lugar, o promitente pode descumprir o contrato quebrando sua promessa, o que os teóricos chamam de 'descumprimento eficiente'. Em segundo lugar, as partes podem renegociar e modificar o contrato para permitir o descumprimento da obrigação original."

¹⁴³ ARAÚJO, 2007, p. 736.

¹⁴⁴ Ibid., p. 736-737.

¹⁴⁵ COOTER; ULLEN, 2010, p. 200.

¹⁴⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 112.

¹⁴⁷ Ibid., p. 113: "Podemos, assim, alargar a expressão desse "acordo de vontades" como um processo de oferta, de contrapartida, de aceitação e liquidação de direitos que são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos. É nisso que consiste, de fato, um contrato."

de vontades, tem sua acepção econômica em três fases diferentes: (1) a oferta e a contrapartida da oferta, (2) a aceitação da oferta e da contrapartida, e (3) a liquidação da promessa.¹⁴⁸ A “contrapartida” e a “liquidação” referidas em economia, significam, respectivamente, o “preço” e o “pagamento” em termos contratuais. Até aqui, juristas e economistas não divergem.

Para o Direito e para a Economia parece plenamente satisfatória a síntese convergente apresentada por Armando Castelar Pinheiro: o contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre agentes econômicos.¹⁴⁹ A dissidência de opiniões entre juristas e economistas se faz sentir quando uma das partes decide que o contrato não lhe é mais *útil*, quando não lhe traz mais interesse a sua manutenção, em razão de eventos surgidos após a sua formação, e que não foram previstos (porque imprevisíveis). Tais situações desafiam que se estabeleça o que realmente é justo para as partes nesse novo momento, concreta e objetivamente. É preciso discutir exatamente o conceito de justo ou injusto,¹⁵⁰ e é precisamente nesse ponto que juristas e economistas se apartam.

A Teoria do Contrato, para Fernando Araújo,¹⁵¹ está em larga medida dominada pela análise econômica, o que suscita grande desconfiança entre os juristas, preocupados com o perigo de que o critério da *eficiência econômica* do contrato passe a ser mais relevante que o *adimplemento* contratual. O critério puramente econômico (da Análise Econômica), ao eclipsar a orientação jurídica, resultaria no esmaecimento, senão na obliteração completa do princípio da segurança jurídica, que é tão caro para o Direito por permitir a estruturação e a manutenção das relações civis e comerciais.

No intuito de superar esse impasse, os defensores da Análise Econômica sustentam que ela não veio para se sobrepor ao Direito, mas para atuar de forma conjunta, oferecendo outra perspectiva para a solução dos conflitos de interesses entre os contratantes. Dentre esses defensores, Fernando Araújo, destacadamente, refere que duas questões básicas suscitam a análise econômica dos contratos, e que particularmente interessam ao estudo do inadimplemento: (1) saber que acordos

¹⁴⁸ PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 112.

¹⁴⁹ Ibid., p. 114.

¹⁵⁰ PINHEIRO, loc. cit.

¹⁵¹ ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 98

devem ser *validados* em termos de *exigibilidade plena*, e (2) definir quais devem ser os meios de reação ao incumprimento de contratos válidos. A perspectiva oferecida pelo autor português introduz outros elementos, não previstos na dogmática tradicional dos contratos, a serem investigados na dimensão da “validade” do negócio jurídico. Assim, ampliando a idéia do mestre lusitano, além de (1) agente capaz, (2) objeto lícito, (3) forma prescrita ou não defesa em lei, (4) e de outros requisitos específicos que a lei possa impor em determinados casos, deverão, pelo ângulo da Análise Econômica dos contratos, ser investigadas e analisadas, sempre *a posteriori*, outras circunstâncias, estas de natureza puramente econômica, que condicionariam a “validade” do negócio jurídico.

Ocorre que essa proposição a respeito da validade e da exigibilidade das obrigações não favorece a penetração da análise puramente econômica no contexto das soluções dos conflitos decorrentes do *inadimplemento* ou do *adimplemento imperfeito* do contrato. Na favorece, porque o entendimento do mundo jurídico em muito se estrutura a partir da divisão dos fatos jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia, independentemente de qualquer orientação econômica.

Sendo assim, a Análise Econômica parece pretender antecipa-se a qualquer abordagem jurídica, de modo a reorientar as partes, induzindo-as a contornarem o *inadimplemento absoluto* mediante o *descumprimento antecipado* do contrato. A análise proposta pela Economia observa e considera a natural *imprevisibilidade* dos eventos futuros no momento da formação do contrato, em razão das partes não terem condições, de forma absoluta, de preverem *ex ante* todos os eventos possíveis. Mas, por outro lado, observa e considera, objetivamente, a *previsibilidade* do que poderá ser mais vantajoso economicamente para o devedor. A eficiência econômica do descumprimento contratual poderia, então, por essa razão, *motivar* uma das partes à decisão de não cumprir suas obrigações, preferindo o desfazimento à manutenção do contrato.

Sob o pavimento de tais idéias, deve ser considerado que em nível jurídico a atividade jurisdicional se dá de forma limitada ao pedido da parte demandante que, por sua vez, encontra limitações no elenco de possibilidades que o direito oferece. Mais especificamente, diante do comportamento unilateral do devedor, que descumpra culposamente a sua obrigação ou a cumpre em desacordo com o previsto originalmente, o atual desenho do ordenamento jurídico brasileiro propicia três soluções a respeito do destino do contrato: (1) a resolução, por inadimplemento

absoluto do contrato; (2) a manutenção do contrato, quando o credor exige o cumprimento da obrigação do devedor (prestação específica) e, (3) a manutenção do contrato, em razão de *cumprimento imperfeito* (ruim). Em qualquer das hipóteses, pode ser cumulado o dever de indenizar. Posta a questão desta forma, o que a Análise Econômica propõe, seria uma quarta via. A resolução por *descumprimento eficiente* do contrato. Ou seja, um descumprimento antecipado, renunciado e comunicado ao credor, portanto, manejado **de forma ética e responsável** (não-oportunista, não-predatória), antes do vencimento da obrigação (antes dela se tornar exigível pelo credor), antes da *mora* e, assim, antes do *inadimplemento absoluto* do contrato. Na verdade, é isso o que os teóricos da Análise Econômica estão tentando ver reconhecido juridicamente, e que, ao menos para o direito brasileiro, não está claramente colocado, pois que sem observar as características do nosso sistema.

E não está clara, porque os defensores da teoria do *inadimplemento eficiente do contrato* buscam conferir ao devedor um “*direito de incumprir*”¹⁵² e, para admitir essa “*válvula de escape*”,¹⁵³ Fernando Araújo sustenta que as normas devem se limitar a incentivar o cumprimento exclusivamente naquelas situações em que o cumprimento, e não o descumprimento, é a solução contratual mais eficiente.¹⁵⁴ Isso permitirá, segundo ele, o estabelecimento de um novo caminho: “verificada pelo devedor a oportunidade de incumprir eficientemente, ele possa fazê-lo sem ter que renegociar com o credor.”¹⁵⁵

Ao assim formularem tal solução, os teóricos da Análise Econômica reduzem a questão, colocando-a como uma escolha eficiente do devedor, a ser feita entre a prestação específica a que está obrigado (cumprimento do contrato) e a indenização do credor (desfazendo o contrato por descumprimento eficiente).^{156,157} Não fossem

¹⁵² ARAÚJO, 2007, p. 742.

¹⁵³ Ibid., p. 739.

¹⁵⁴ Ibid., p. 742.

¹⁵⁵ ARAÚJO, loc. cit.

¹⁵⁶ ALMEIDA PRADO FILHO, 2009, p. 244 “A moldura teórica básica para analisar a adequação de remédios jurídicos foi estabelecida de forma brilhante por Guido Calabresi e Douglas Melamed, que ofereceram uma abordagem integrada para definir qual o remédio jurídico eficiente na proteção de posições jurídicas e na solução de problemas relativos aos usos incompatíveis de direitos. Calabresi e Melamed sugerem que as posições jurídicas atribuídas pela ordem jurídica aos particulares podem ser protegidas de duas formas diferentes: a primeira delas, intitulada pelos autores *property rules*, significa uma proteção plena da atribuição original, garantindo o seu titular contra qualquer violação por parte de terceiros; a segunda, nomeada *liability rules*, permite que a posição jurídica seja violada, mas garante à parte inocente o direito de ser indenizada pela violação. Determinar o remédio mais adequado para proteger cada uma das posições jurídicas criadas e atribuídas pela ordem jurídica é uma decisão que deverá ser tomada com base nos custos de transação pertinentes.”

suficientes as dificuldades já apontadas, ainda assim, de tal proposição não decorre seja possível, ao menos em nosso sistema jurídico, ao devedor evitar a interferência judicial. Desse modo, por uma visão eminentemente pragmática a teoria econômica já não seduz, porque não se vislumbra vantagem efetiva em sua implantação, haja vista que a sua grande contribuição, ao menos é o que se percebe, estaria em suprimir a obrigatória renegociação do contrato (acordo entre as partes) e a interferência judicial (demanda judicial) para fins ensejar o *descumprimento eficiente*¹⁵⁸ e conseqüente resolução.¹⁵⁹ Mas se essa teoria econômica não é capaz, posta a realidade atual do direito brasileiro, de evitar ou diminuir os *custos de transação*, então, na prática, ela se faz inaplicável entre nós.

Abordada a importância da noção de obrigação complexa para o presente estudo, bem como observados o adimplemento e o inadimplemento, este inclusive pela ótica da análise econômica, como pontos cardeais ao desenvolvimento da investigação aqui proposta, adentrar-se-á, no tópico seguinte, no tema que desafia a análise deste estudo: a imperfeição no cumprimento contratual; na sequência, será visto o tratamento que ela vem recebendo em jurisprudência, tomando-se por universo de amostragem as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e, por fim, será apresentada uma idéia de adimplemento imperfeito para a realidade do Direito brasileiro.

De toda forma, neste item que se encerra já é possível observar a presença de um tipo de resultado das atividades do devedor que, embora sendo classificada como inadimplemento, é denominada por alguns doutrinadores como adimplemento adjetivado (adimplemento imperfeito, adimplemento defeituoso).

¹⁵⁷ COOTER; ULLEN, 2010, p. 265. “Quando o descumprimento é mais eficiente do que o cumprimento, o que determina se A irá romper o contrato ou renegocia-lo? Segundo o Teorema do Coase, as partes irão renegociar sempre que os custos transacionais forem baixos. Ao renegociar, as partes dividirão o excedente resultante da substituição do contrato original por um mais eficiente. As condições do contrato renegociado dependerão do poder de barganha das partes, que, por sua vez, depende do remédio jurídico na eventualidade de que a barganha fracasse.”

¹⁵⁸ Esse “direito de incumprir”, por ser incontestável, poderia ser francamente manejado como pressuposto para a resolução do contrato.

¹⁵⁹ Aberto o livre caminho para a resolução contratual, inexorável, toda a solução seria remetida para a via indenizatória, onde as partes encontrariam o re-equilíbrio econômico, com maior eficiência do que a que decorreria do cumprimento estrito do pacto.

B – CLASSIFICAÇÃO DO INADIMPLEMENTO

A vida é pródiga em situações nas quais os direitos, os interesses e as expectativas do credor não são satisfeitos integralmente no âmbito das relações contratuais, seja por atuação de uma das partes, de ambas, ou pela superveniência de um fato impeditivo e não previsível (caso fortuito ou força maior). Na primeira e na segunda hipóteses, há o abandono do projeto contratual inicialmente traçado, enquanto que na última o projeto não terá condições de ser concretizado independente da vontade das partes. E também pode que a satisfação plena do credor seja solapada após o adimplemento, como ocorre nos casos dos vícios redibitórios.

Sobrevindo alguma *imperfeição no cumprimento* de quaisquer dos deveres que se entrelaçam para formar a relação obrigacional complexa, sejam principais, secundários ou anexos, indubitavelmente se estabelece uma relação de tensão entre a porção adimplida e a porção inadimplida dessa relação, que deverá ser solucionada em favor daquela que apresentar maior densidade, ou seja, maior relevância jurídica, econômica e social, respeitados os interesses das partes, em especial do credor, à vista dos fatos concretamente considerados, o que nem sempre se revela fácil. Da mesma forma, quando a imperfeição (defeito) atingir a própria coisa, no curso de prazo relativamente exíguo, que a lei estabelece para determinadas situações, ainda que o devedor não tenha obrado com culpa, o Direito não fica indiferente, e oferece soluções para tentar neutralizar os efeitos nocivos que tal imperfeição (defeito) introduz na vida do credor, por gerar desequilíbrio entre as prestações co-respectivas.

Sendo a imperfeição (defeito) uma imposição da própria natureza humana, porquanto, à luz da razão, a perfeição não pertence a este mundo, não é difícil concluir que o defeito acompanha o direito desde sempre. A imperfeição (defeito) leva a uma reação jurídica, que deve, todavia, ser proporcional, embora nem sempre tenha sido assim. Então, como introdução às idéias que estão por vir, é importante referir, mesmo que rasamente, que, considerando que a resolução contratual consiste na mais drástica das medidas em caso de descumprimento, e observando-se, ao longo do tempo, que a estreiteza da noção de adimplemento fomentava situações abusivas por parte dos credores, o acesso livre à ruptura do vínculo contratual passou a ser visto com reservas. Em linhas gerais, de acordo com Araken

de Assis, à jurisprudência francesa coube o primeiro movimento no sentido de abrandar os rigores resolutivos, principalmente se o inadimplemento alcançar porção ínfima da prestação, substituindo-a pelas perdas e danos. O direito inglês, por seu turno, desenvolveu a teoria da *substantial performance*, enquanto o direito italiano passou a excluir a resolução se o inadimplemento ostentar escassa importância.¹⁶⁰ Tais soluções surgiram a partir de análises valorativas do descumprimento do contrato, o que determinou o reconhecimento de que a conduta do devedor pode produzir um resultado que apresenta duas faces; uma porção adimplida (paga, cumprida, prestada) e outra inadimplida, um resultado gerador de conseqüências próprias, que não se identificam com o cumprimento ótimo da prestação, nem com o descumprimento definitivo, e por vezes nem mesmo com a mora, principalmente quando entendida em sua noção clássica, restrita apenas ao sentido de retardo.

A doutrina alemã, mais por necessidade, em face das lacunas flagradas no seu código civil, vislumbrou um tipo de resultado decorrente da conduta do devedor que, não obstante realizar a prestação, não a cumpre como legitimamente espera o credor. Trata-se da doutrina da violação contratual positiva.

A esses pontos se retornará oportunamente, restando por ora apenas reconhecer ser incontroversa a complexidade das situações nas quais embora a prestação seja realizada, ainda assim, não resulte a plena satisfação do credor, em face de determinada imperfeição (defeito).

Ainda transitando em terreno preliminar, observe-se, em linhas gerais, que no âmbito do direito brasileiro, sequer existe unanimidade sobre como se referir com exatidão a tais situações. Apenas para exemplificar, Pontes de Miranda faz uso do adjetivo “ruim”, Werter R. Faria, de “imperfeito” e “inexato”; Ruy Rosado de Aguiar Júnior chama-o de “imperfeito, incompleto ou defeituoso”; Orlando Gomes, apenas de “defeituoso” e, por último, Araken de Assis, que a ele se refere como “ruim, defeituoso e insatisfatório”. Percebe-se que a identificação não é uniforme, porquanto, em um rasante, de cinco juristas recolhe-se cinco adjetivos diferentes.

Entre os juristas estrangeiros de matiz ibérico, Mário Júlio de Almeida Costa trata, no âmbito do Direito português, trata do “cumprimento defeituoso” ou

¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 116.

“imperfeito”;¹⁶¹ Aurora Gonzáles Gonzáles,¹⁶² no Direito espanhol, refere-se a “*cumplimiento defectuoso*”.

Partindo da denominação, passando pelo conteúdo e chegando às conseqüências, essas situações que envolvem imperfeições (defeitos) desafiam melhores esclarecimentos no Direito brasileiro, visto que, com a denominação de *adimplemento imperfeito* (ruim, defeituoso, etc...), os tribunais tratam de casos de *mora*, de vícios redibitórios, de *inadimplemento absoluto*, como será visto no tópico seguinte, o que leva a reconhecer, primeiro, a existência de uma idéia geral de imperfeição no cumprimento dos contratos, uma imperfeição em sentido amplo (*lato sensu*), que pode se abater sobre quaisquer dos deveres enfeixados na relação obrigacional, em qualquer intensidade, gerando todo tipo de efeitos, antes ou depois do adimplemento. Em segundo, o fato de que uma parte da doutrina reconhece a existência de um tipo específico de inadimplemento fundado em um tipo, senão vários, de imperfeição (defeito), e que levaria ao reconhecimento de uma espécie de imperfeição em sentido estreito (*stricto sensu*), capaz de propiciar a conformação de uma espécie de inadimplemento, por alguns denominado de adimplemento imperfeito (defeituoso), em que pese outros¹⁶³, mesmo reconhecendo tal categoria, evitem recorrer a adjetivos, preferindo identificá-la como violação (quebra) positiva do contrato, o que será detalhado no curso deste trabalho. É necessário um olhar mais atento para essas noções de imperfeição no cumprimento contratual.

O primeiro passo nesse caminho, é reconhecer, como já feito, a existência de aspectos que mudaram a dimensão do adimplemento contratual ao longo da história, e que o fizeram transcender a barreira do simples atendimento formal da prestação principal. “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”¹⁶⁴, razão pela qual, mesmo diante do adimplemento do dever principal, ainda assim será possível perdurar a relação jurídica em razão de algum dever secundário independente¹⁶⁵ que, enquanto permanecer desatendido, ou mal atendido, impedirá a completa satisfação dos interesses do credor, impedindo, por efeito, a completa

¹⁶¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1058.

¹⁶² GONZÁLES GONZÁLES, Aurora. **La resolución como efecto del incumplimiento em las obligaciones bilaterales**. 1. ed. Barcelona: Bosh, 1987. p. 39.

¹⁶³ Por exemplo: FERREIRA DA SILVA, 2002.

¹⁶⁴ COUTO E SILVA, 1976, p. 10.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 9.

desvinculação das partes.

A imperfeição, o defeito, o mal-fazer, a insuficiência, o vício, todos esses termos, para efeito de adimplemento ou inadimplemento, são situações reais, do mundo dos fatos, supervenientes à formação da relação obrigacional, para as quais o Direito atribui determinadas conseqüências, disciplinando não em um único ponto, título ou capítulo, mas de forma pulverizada na legislação.

Para pronto esclarecimento do tipo de imperfeição (defeito) de que se está a tratar aqui, calha oportuno chamar a atenção para o fato de que o Código Civil utiliza o termo “defeito” em dois sentidos; tanto para identificar situações concomitantes à formação dos deveres, com situações supervenientes.

Quando o problema ocorre na formação dos deveres, concomitantemente à contratação, o Código Civil de 2002 trata como *defeitos* “dos negócios jurídicos” (Capítulo IV, Título I, Livro III da Parte Geral), substituindo à expressão *vícios* “de vontade” então presente no Código Civil de 1916, valendo notar que o diploma anterior era informado por uma noção centrada na autonomia da vontade. Seja como “vício” ou como “defeito”, a ilicitude ocorre na fase de formação dos deveres que irão compor a relação obrigacional complexa, mais exatamente na formação da vontade de uma das partes, que restará “viciada”. O *defeito* é do negócio jurídico, e o *vício* é da vontade de uma das partes.

Algo diverso se dá quando o vício ou defeito for verificado posteriormente, já na fase de desenvolvimento (cumprimento) dos deveres (note-se: deveres que não padecem de qualquer vício em sua origem), ou mesmo após o adimplemento, como nos vícios redibitórios, onde há o defeito, mas não há a infração a um dever como elemento essencial para a configuração daquele tipo jurídico. Em ambos os casos se estará diante de uma *imperfeição* superveniente, que pode ocorrer sobre o cumprimento de algum dos deveres, inclusive sobre o dever de prestação, ou ,independentemente da valoração desses deveres, macular a própria coisa, no caso dos vícios redibitórios.

A diferença entre (i) o defeito do negócio jurídico, (ii) o defeito no cumprimento do contrato e (iii) o defeito da coisa (objeto da prestação) é relevante, notadamente no que respeita às conseqüências. No primeiro caso, o defeito conduz à anulação, ou revisão (lesão, prevista no Art. 157, parágrafo segundo do Código Civil de 2002); no segundo caso o defeito pode conduzir à resolução, e no terceiro caso o defeito poderá ensejar a redibição ou o abatimento do preço (ou, ainda, a substituição do

produto, no caso das relações de consumo). A indenização pelas perdas e danos é cabível em qualquer hipótese, a depender da situação fática, salvo nos vícios redibitórios quando o credor não tinha conhecimento do defeito (Art. 443 do Código Civil de 2002).

Esse é o espectro vasto da *imperfeição* em sentido amplo. Contudo, a imperfeição da qual se ocupa com mais detalhe o presente estudo, é aquela verificada em momento posterior à formação dos deveres, depois da formação do negócio jurídico.

Como se percebe, a imperfeição (defeito) produz efeitos de diferentes ordens, configurando patologias que afetam a relação obrigacional complexa de formas variadas. O sistema jurídico pátrio não despreza essas diferenças, valorando e disciplinando aqueles efeitos de acordo com o tipo de imperfeição (defeito).

É preciso, portanto, investigar a qualidade dessa *imperfeição no cumprimento* contratual, imperfeição que, volta-se a enfatizar, vem servindo para batizar, genericamente, um tipo de resultado da conduta do devedor: *adimplemento imperfeito* (também chamado de *ruim*, *insatisfatório*, *defeituoso*, etc...). Nessa senda, flagra-se há algum tempo a preocupação crescente de aferir-se a seriedade do adimplemento, visto que o resultado inverso, em termos absolutos, é condição para o remédio resolutório, o qual deve ser evitado sempre que possível, razão porque, com maiores cuidados, impõe-se, “tanto no cumprimento parcial da obrigação principal, como no tocante às obrigações acessórias, determinada suficiência.”¹⁶⁶

A *imperfeição no cumprimento* do conjunto de deveres entrelaçados na relação obrigacional complexa conduz a um resultado que está localizado, considerando-se uma linha imaginária, entre o *adimplemento ótimo* e o *inadimplemento que traduz a perda total de interesse do credor na prestação malfeita*. Sua localização, no entanto, sempre refletirá as circunstâncias de cada caso concreto.

Portanto, esse tipo de *resultado* da conduta do devedor, que cumpre e que também descumpre, tem em sua gênese elementos do *adimplemento* e, também, do *inadimplemento*, o que lhe confere riqueza de conteúdo, pois indubitavelmente abarca uma faixa bem maior de possibilidades, comparativamente aos resultados pontuais e extremos, que o balizam. A *imperfeição* (defeito) pode ser ínfima, ou

¹⁶⁶ ASSIS, 2004, p. 116.

enorme; pode estar mais próxima de levar à perda total do interesse do credor na prestação defeituosa, ou mais próxima do adimplemento ótimo (pleno).

A *imperfeição* (o defeito) de que padece o resultado final da conduta do devedor conforma, isso é certo, a parcela inadimplida da obrigação complexa; uma parcela que poderá ser menor ou maior que a parcela perfeitamente adimplida. Portanto, a *imperfeição* poderá não impedir o adimplemento definitivo¹⁶⁷ e, sob esse prisma, é de interesse saber em qual moldura de *adimplemento* e de *inadimplemento* esse tipo poderá ser enquadrado?

De pronto, não se pode deixar de considerar que é no mínimo inapropriado classificar o *adimplemento imperfeito* (defeituoso) como “inadimplemento”. Ou seja, uma das categorias do inadimplemento seria, em verdade, um tipo de adimplemento (defeituoso, imperfeito, etc...). Essa constatação revela, tudo indica, certa incongruência. Portanto, parece importante observar a *imperfeição* (defeito) sob as duas perspectivas; do *inadimplemento* e do *adimplemento*.

Antes de qualquer outro esforço, é importante dotar o estudo com algum ferramental básico mais específico. Assim, serão analisadas três situações nas quais o adimplemento (o pagamento, o cumprimento, a prestação) é verificado, mas, também, certas *imperfeições* ou *defeitos*, que exercem reflexos importantes sobre os interesses das partes, primordialmente econômicos. São elas, (i) o adimplemento substancial, a (ii) violação positiva do contrato e a categoria dos (iii) vícios redibitórios. Todavia, como se tratam de situações que envolvem noções de adimplemento e de inadimplemento, é essencial adentrar por primeiro em certos aspectos do princípio da boa-fé, que naturalmente as precede; não só as esclarece, mas preside e orienta.

Uma passagem pelo princípio da boa-fé, permitirá melhor entender as situações jurídicas supra referidas, estas que, vistas em sequência, naturalmente ficarão em contraste, tornando mais clara a observação das suas hipóteses, que abrigam tipos diferentes de imperfeições (defeitos), algo que será útil para a decisão final de se aceitar, ou não, um tipo específico de inadimplemento, com adjetivação de imperfeito, defeituoso, ruim, ou qualquer outro complemento.

¹⁶⁷ Quando for de menor importância. Nesses casos, o resultado final da conduta do devedor, em face do conjunto de deveres que lhe cabe na obrigação complexa, tem “efeito” de adimplemento. Para ser considerado “inadimplemento”, a parcela descumprida da obrigação complexa deverá ser de maior densidade e relevância.

Consoante a sempre segura lição de Clóvis do Couto e Silva, a boa-fé exerce uma tal influência na formação dos institutos jurídicos que não é possível admitir seja negligenciada, menos ainda desprezada e, algo absurdo, desconhecida. E se assim era no tempo antigo, pois a importância da boa-fé via-se contemplada no Direito romano, onde os seus magistrados, em sua atividade criadora, valorizavam grandemente o comportamento ético das partes, então, com muito mais razão na modernidade, à medida que a importância da boa-fé é reconhecida nos sistemas jurídicos atuais, com a recepção das chamadas cláusulas gerais que a consagram como princípio.¹⁶⁸

Na intenção de dotar essa abordagem com um mínimo entendimento histórico, recorre-se aos estudos de Judith Martins-Costa,¹⁶⁹ no ponto em que a autora estabelece a tríplice raiz da boa-fé; no Direito romano, na cultura germânica, e a boa-fé canônica. Destas, no presente trabalho, serão vistas apenas as duas primeiras, em face da relevância para o tema em estudo.

A noção de boa-fé no direito proveio do mundo romano, no qual teve notável expansão. À idéia inicial de *fides*, foi agregado o qualificativo *bona*,¹⁷⁰ formando a idéia de uma

[...] *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas ao próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo um valor externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio concreto

¹⁶⁸ COUTO E SILVA, 1976, p. 27-28.

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 110-133.

¹⁷⁰ Martins-Costa refere que: "A indicação da presença da *fides* em dois setores diversos da experiência romana, a instituição da clientela e a dos contratos internacionais ou de direito interno, conduz à constatação do nascimento de duas vertentes que fariam riquíssima história: uma delas a *fides* se apresenta como núcleo da relações internas de uma coletividade, o que Paolo Frezza denomina de relações intrasubjetivas, vale dizer, as relações de clientela; na outra, se aloja numa esfera que, por tratar de relações entre sujeitos pertencentes a coletividades entre si distintas, se pode chamar de relações intersubjetivas. Em ambas é diversa a sua função. Nas relações intrasubjetivas tem função de autolimitação (*fides* promessa) e intento protetivo. Já nas relações intersubjetivas a função é a da garantia do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*). Observa-se aí a transmutação do campo semântico, de um prisma primeiramente conotado à esfera das relações de clientela às relações negociais privadas...". Somente depois, na esfera das relações negociais, com (i) a difusão dos contratos consensuais, dentre os quais a compra e venda e, posteriormente, a locação e a sociedade, que, sendo exceção, não fundamentavam a sua validade na observância de uma fórmula, mas sim na idéia garantia do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*), bem como (ii) diante da própria inexistência da formalidade, é que a *fides* (já no sentido de *fides* não-formal) foi agregado o qualificativo 'bona', transmutando-se definitivamente em *bona fides*." (Ibid., p. 114-115).

intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer.¹⁷¹

Pela limitação do presente estudo, não se oferece possível maior aprofundamento, passando, na sequência, a uma mirada no sentido de boa-fé na cultura germânica.

Diferente do direito romano, a boa-fé obrigacional na cultura germânica “ao invés de denotar a idéia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções de *fides romana*, traz as idéias de lealdade (*Treu ou Treue*) e de crença (*Glauben ou Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados”; daí a fórmula *Treu und Glauben*, que demarca o universo da boa-fé obrigacional da cultura germânica.¹⁷² Em Menezes-Cordeiro, a evolução da boa-fé germânica deu-se em razão de um instituto tipicamente medieval, qual seja, o *juramento de honra*, cujo papel jurídico prende-se com a questão do conceito e estrutura da relação obrigacional, na fórmula bipartida de *débito* e “*respondência*”.¹⁷³ O juramento de honra seria um negócio de “respondência”, constituindo ou reforçando a relação de “respondência” pessoal.^{174,175} Note-se que a doutrina dualista da *Schuld und Haftung* do mesmo Direito alemão, porém do final século XIX, decompunha a obrigação em dois momentos distintos, a *Schuld*, ou débito, e a *Haftung*, responsabilidade, ou sujeição, ou ainda garantia, de modo que se visualiza a existência de uma distinção analítica entre a dívida (*Schuld*) e a garantia (*Haftung*) conferida ao seu

¹⁷¹ Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 2000, p. 115, grifo do autor), citando a lição de Paolo Frezza (1975). E, ainda, em outra passagem, com expressa referência ao mesmo referido autor: “No contexto das relações negociais entre os privados, fundamentalmente as relações mercantis, a *fides* atuava como o ‘elemento catalisador’ do conteúdo econômico dos contratos, porque, funcionalmente, constringe as parte a ter claro e presente qual o conteúdo concreto dos interesses que se encontram no ajuste, clarificação essa necessária para ‘vincular os contraentes ao leal adimplemento das obrigações assumidas: tanto mais intensa é a necessidade privada de constringimento quanto menor a força do Estado para constringir externamente os contraentes ao cumprimento das obrigações assumidas.” (Ibid., p. 116). Cumpre observar que a conotação de *fides bona* no campo dos negócios jurídicos modificou-se com o tempo no direito romano; tal noção, assentada no período clássico, como norma de comportamento no tráfego negocial foi totalmente modificada no Império (Ibid., p. 124)

¹⁷² MARTINS-COSTA, loc. cit.

¹⁷³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 170-171.

¹⁷⁴ Ibid., p. 172.

¹⁷⁵ Judith Martins-Costa, na nota nº 126 da p. 127 de sua excelente obra, **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. (MARTINS-COSTA, op. cit.), destaca que a expressão “respondência”, utilizada por Menezes Cordeiro, equivale a “afetação” ou “responsabilidade”, este último termo mais corrente no Direito brasileiro. De fato, o ilustre autor lusitano à página 171 (*op. cit.*) faz expressa referência à noção polarizada pelo débito (*Schuld*) e pela “respondência” (*Haftung*), daí a noção de “débito e responsabilidade” (*Schuld und Haftung*), que, aliás, daria lugar a outra fórmula bipartida.

cumprimento, daí nascendo a relação de responsabilidade.¹⁷⁶ Em que pese o próprio autor reconheça não haver unanimidade quanto aos efeitos jurídicos daquele juramento, enfatiza que a boa-fé germânica relaciona-se com ele, visto que “o contato existiu e foi determinante: a boa fé assumiria o conteúdo do juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada.”¹⁷⁷

Em síntese, dita fórmula, *ligando a lealdade à crença*, ofereceu o parâmetro geral para a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como regra de conduta social, necessária ao estabelecimento da confiança geral. Desse substrato cultural, geral, a fórmula adquiriu, no campo das relações comerciais, o conteúdo de cumprimento exato dos deveres assumidos.¹⁷⁸ Essa foi uma grande contribuição do direito germânico antigo, porque, como explica Menezes Cordeiro, “a ideia do cumprimento exacto dos contratos e a de, no exercício dos direitos de cada um, se ter em conta o interesse da outra parte, não correspondem, nem à bona fides clássica, nem à versão diluída que se depreende do *Corpus Iuris Civilis*.”¹⁷⁹

No que tange à boa-fé canônica, para não passar *in albis*, cabe referir que ela é vista como a ausência de pecado, em noção que se contrapõe à má-fé, porque a Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, pois a mentira é um pecado; e sendo assim, quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, razão porque todo acordo obrigava, e todo formalismo era supérfluo.¹⁸⁰

Forçando uma passagem no tempo e aportando no século XIX, tem-se um quadro no qual se viu a predominância do princípio da autonomia da vontade, cujo conceito de *pacta sunt servanda* foi a sua máxima expressão, redundando em uma profunda restrição do princípio da boa-fé. Como os juristas fundamentavam as mais diversas instituições com base na vontade (real ou presumida), o espaço para a aplicação do princípio da boa-fé de viu reduzido fora do Direito das Coisas, e que,

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, 2006, v. 5, t. 1, p. 21-23.

¹⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 173. Complementa o autor: “Nesta linha evolutiva, a boa fé germânica traduziria, ainda, a confiança ou crédito cristalizados em certa pessoa, evoluindo, depois, para a segurança geral, inspirada nessa confiança, estabelecida a nível de comunidade jurídica e, por osmose, para a regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento dessa confiança. No comércio, em especial, revestiria o conteúdo de cumprimento exacto dos deveres assumidos.” (Ibid., p. 173-174).

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, 2000, p. 126.

¹⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 175.

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 129-130.

mesmo aí, ficava limitado à teoria da usucapião e à aquisição dos frutos.¹⁸¹ O mundo jurídico daquela época “era concebido como algo fechado, no qual não havia lugar para os conceitos que não fossem perfeitamente definidos, principalmente os de natureza ética, como o da boa-fé”.¹⁸²

Chegado o século XX, dentre as codificações europeias, destacou-se, por “sua importância, o Código Civil germânico, que teve a característica de conter o § 242, este que, mais tarde, deveria constituir o elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional.”¹⁸³ Porém, como adverte Menezes Cordeiro “o mérito da boa fé atual, entendida, designadamente, como princípio geral de Direito, informando a conduta das pessoas no tráfego, pareceria recair na boa fé germânica”, da Idade Média, mas “não é assim”.¹⁸⁴ Segundo o mesmo autor,

[...] o contributo fundamental da boa fé germânica da Idade Média foi antes – num reflexo setorial do seu contributo para a cultura do Ocidente – ter introduzido, no domínio da boa fé, um conjunto de valores novos, que perduraria até a codificação alemã e, a partir daí, se radicaria nas outras codificações romanísticas.¹⁸⁵

No Direito alemão, como explica Teresa Negreiros,

Os diferentes aspectos da boa-fé são designados com expressões distintas: *Treu* e *Glaube*, para a boa-fé objetiva; e *guter Glaube*, para a boa-fé subjetiva. No Código Civil Alemão – o BGB - , a vertente objetiva da boa-fé está consagrada na cláusula geral do célebre § 242: ‘O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfego.’¹⁸⁶

A respeito do princípio da boa-fé no Direito germânico, Karl Larenz explica que a sua incidência

¹⁸¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34.

¹⁸² Ibid., p. 36.

¹⁸³ COUTO E SILVA, loc. cit. Cabe esclarecer que, segundo o mesmo autor, “o § 242 não significava outra coisa senão mero reforço ao o § 157, no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé”

¹⁸⁴ MENEZES CORDEIRO, 2007. p. 175.

¹⁸⁵ Ibid., p. 175-176. Como observa o autor, “A boa fé germânica actual teria, de qualquer modo, sempre como elemento de base, a bona fines romana. Não seria, no entanto, de desconsiderar, também, uma certa influência puramente germânica [...]” (Ibid., p. 175).

¹⁸⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 124, grifo do autor.

[...] significa que cada uno debe guardar 'fidelidad' a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabia esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes o participando en el en virtud de otros vínculos jurídicos¹⁸⁷

Tal é a importância desse princípio, que o jurista tedesco sustenta a sua atuação como uma *função limitadora* de outros princípios, pois se trata de um “princípio supremo” de Direito das relações obrigacionais, de modo que todas as demais normas deverão ser mensuradas tendo-o por referência e, quando com ele estejam em colisão, ou por alguma forma a ele se oponham, deverão elas ceder, como regra geral.¹⁸⁸

No Brasil, na vigência do Código Civil de 1916 o princípio da boa-fé não contava com um artigo específico, incidindo, todavia, como “*proposição jurídica, com significado de **regra de conduta***”, que devia ser observada por todos quantos tivessem contato com a relação obrigacional,¹⁸⁹ ou, no dizer de Karl Larenz, “vinculação jurídica especial, individual”.¹⁹⁰ Nesse ponto, é importante estabelecer, na precisa lição de Mário Júlio de Almeida Costa, que a “boa fé objetiva ou em sentido objetivo, quer dizer, como **norma de conduta**” enquanto que “a boa fé subjetiva ou em sentido subjetivo, quer dizer, como consciência ou convicção justificada de se adoptar um comportamento conforme o direito”^{191,192} Acompanhando o autor, parece ainda mais claramente essa distinção quando aparta o *princípio* da boa-fé (sentido objetivo da boa-fé), do *estado* ou *situação* de boa-fé (seu sentido subjetivo), referindo que, enquanto *princípio*, trata-se de regra jurídica, princípio normativo, “como intenção, orientação ou fundamento de efectivas

¹⁸⁷ LARENZ, 1958, t. 1, p. 142.

¹⁸⁸ Ibid., p. 146.

¹⁸⁹ COUTO E SILVA, 1976, p. 27.

¹⁹⁰ LARENZ, op. cit., p. 144.

¹⁹¹ ALMEIDA COSTA, 2008, 119-120. O autor lusitano refere na nota nº 2 das páginas 119-120, que alguns autores preferem, embora com eles não concorde, dividir a boa fé em (i) *sentido ético* (apenas a ignorância ou o erro que seja estritamente não culposo ou desculpável alicerça a boa fé), que corresponderia a boa-fé objetiva, e (ii) em sentido psicológico (qualquer tipo de ignorância ou de erro, independentemente da sua causa e da situação que o motivou, pode servir de base à boa-fé), que corresponderia à boa-fé subjetiva.

¹⁹² NEGREIROS, 2006, p. 120: “A dita boa-fé objetiva, muito além de um critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta.” E, ainda, nas p. 121-122, refere a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, a partir de suas vertentes, “conforme seja o âmbito de atuação de uma ou de outra, ora o âmbito das relações de apropriação, ora o âmbito das relações de cooperação” (citando Regis Fichtner Pereira, na nota 185 da p. 122).

soluções disciplinadoras”¹⁹³, que se expressa na ordem positiva através de *cláusulas gerais*, que não fornecem ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos.¹⁹⁴

Embora na legislação brasileira não exista distinção terminológica quanto às noções de boa-fé, subjetiva e objetiva, ao contrário do que sucede no Direito alemão,¹⁹⁵ foi no sentido objetivo que ela entrou, como cláusula geral, no direito positivado pátrio; primeiro, na Lei nº 8.078 de 11.09.1990 (Art. 51, inciso IV) e, depois, diferente do que se passava sob a vigência do Código Civil anterior, no qual “os sistemas de obrigações foi construído com base nas obrigações principais e raramente aquele diploma legal fazia alusão à existência de deveres secundários”,¹⁹⁶ no Código Civil de 2002, notadamente com o Art.422, que abriga verdadeiro mandamento de conduta aos partícipes da relação obrigacional.

“O acolhimento, por uma norma jurídica de um modelo ideal de conduta, de um *standard* ou padrão ético-jurídico, mercê da sua indeterminação deliberada, levanta o problema de uma contínua *concreção* ou *concretização*.”^{197,198} Num sistema com lacunas, e não concebido com um sistema fechado não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático.¹⁹⁹ Por tais razões, esse “ideal de conduta”, consagrado através de uma cláusula geral, carece de uma mediação concretizadora”^{200,201} Trata-se, como afirma

¹⁹³ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 120.

¹⁹⁴ ALMEIDA COSTA, loc. cit.

¹⁹⁵ Como anotado por Teresa Negreiros (NEGREIROS, 2006).

¹⁹⁶ COUTO E SILVA, 1976, p. 38.

¹⁹⁷ ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 122.

¹⁹⁸ LARENZ, Karl. 1958, t. 1, p.143: “[...] *el enjuiciar la ‘buena fe’ precisa y es perfectamente susceptible de una más exacta concreción, que ciertamente se há de manifestar según se configure la realización del contenido objetivo general de este principio, teniendo em cuenta las especiales circunstancias del caso enjuiciado.*”

¹⁹⁹ COUTO E SILVA, op. cit., p. 42.

²⁰⁰ ALMEIDA COSTA, op. cit., p 122. Neste ponto, explica o autor: “O legislador enuncia um princípio, estabelece um projecto ou plano de regulamentação que envia ou comete ao juiz. E este deverá partir das exigências fundamentais da ética jurídica, que se exprimem na virtude de manter a palavra e a confiança, de cada uma das partes proceder honesta e lealmente, segundo uma consciência razoável, para com a outra parte, interessando as valorações do círculo social considerado, que determinam expectativas dos sujeitos jurídicos. Nessa tarefa concretizadora ou de preenchimento do <espaço vazio> da cláusula, não se podem desconhecer ou esquecer o conteúdo do princípio da boa-fé objetivado pela vivência social... assim como a estrutura da hipótese em apreço. Fornecerão mais ou menos luz as anteriores concretizações da cláusula.” (ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 122-123). Ao fazer referência às “anteriores concretizações”, o autor menciona a importância da jurisprudência (nota 1 da página 123, da referida obra).

²⁰¹ COUTO E SILVA, op. cit., p. 36: “O dever que se cumpre, ou se descumpre, é dever para com uma pessoa determinada. As relações que se estabelecem com essa pessoa são, também, determinadas. A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a

Karl Larez, “de um módulo ‘necesario de concreción’, que únicamente nos indica la dirección em que hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál sea la conducta exigible en determinadas circunstancias.”²⁰²

Ainda sobre a boa-fé como norma (regra) de conduta, Judith Martins-Costa explica que a noção de boa-fé herdada da cultura germânica, baseada nas idéias de “lealdade” (*Treu ou Treue*) e de “crença” (*Glauben ou Glaube*), sintetizadas na fórmula *Treu und Glauben*,

É de fundamental importância para a compreensão da boa-fé objetiva em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge a **adstrição ao comportamento**, segundo a boa-fé, como regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao ‘alter’ ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra.²⁰³

Por essas observações já possível notar que o princípio da boa-fé, com relação ao Direito das Obrigações,

[...] manifesta-se como **máxima objetiva que determina o aumento dos deveres**, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.^{204,205}

O ordenamento jurídico, conforme Mário Júlio de Almeida Costa, acolhe a boa fé sob diferentes ângulos e atribui-lhes efeitos diversos, dentre os quais, e que

boa fé é, por igual, verificável apenas ‘in concreto’, examinando-o o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado.”

²⁰² LARENZ, 1958, t. 1, p. 143. Complementa o jurista, afirmando que essa concretização do princípio da boa-fé, para determinar a conduta devida no caso concreto, não ocorre como se o princípio fosse uma regra com aptidão para ser simplesmente “aplicada” a cada caso particular, e para que se pudesse nela ler uma solução para o caso quando concorressem determinados pressupostos, mas, sim, deve ser entendido que em cada caso se exige um juízo valorativo, ou seja, que o julgamento do caso deverá ajustar-se às “exigências gerais vigentes da justiça”, segundo o critério que reflita a consciência jurídica do povo ou do setor social no qual estejam envolvidos os contratantes (tradução nossa).

²⁰³ MARTINS-COSTA, 2000, p. 126

²⁰⁴ COUTO E SILVA, 1976, p. 29. Ainda com o autor: “O princípio da boa fé contribui para determinar ‘o que’ e o ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação” (Ibid., p. 30).

²⁰⁵ De modo geral, vistos por pelo ângulo de sua intensidade, “os deveres derivados da boa fé ordenam-se em graus, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam, podendo até constituir o próprio conteúdo dos deveres principais” (Ibid., p. 31); vistos pelo ângulo da concepção desses deveres, segundo o mesmo autor, “a boa fé cria deveres que podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade” (Ibid., p. 32); e, para tanto, esclarece que “a prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade” (Ibid., p. 36) e os “os deveres resultantes do princípio da boa fé são denominados de deveres secundários, anexos ou instrumentais.” (Ibid., 35), muito embora tais deveres possam derivar também da lei e de cláusula contratual (ver Ibid., p. 77).

interessam mais de perto a este estudo, (i) como causa ou fonte de deveres especiais de conduta, exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade visada pelas partes, e (ii) como causa de limitação do exercício de um direito subjetivo ou de qualquer outro poder jurídico.²⁰⁶ Teresa Negreiros faz semelhante colocação, porém sobre o prisma da funcionalidade, ao referir que “a abrangência do princípio é contornada mediante uma tripartição de funções da boa-fé, quais sejam: (i) cânon interpretativo-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.”²⁰⁷ Como causa ou fonte de deveres especiais de conduta (criando deveres jurídicos), a importância dessa função da boa-fé será sentida pela criação de novos deveres, denominados instrumentais ou anexos (dentre outras denominações), que não se identificam o dever principal de prestação, e que tem especial importância para o presente estudo, porque estão na base da teoria da violação positiva do contrato, esta assume grande relevo no estudo do adimplemento imperfeito.

Como causa de limitação do exercício de um direito ou de um poder jurídico (norma de limitação), essa função da boa-fé terá importância para este trabalho à medida que, com base nela, é possível impedir o exercício abusivo do direito formativo de resolução contratual, pelo credor, em situações que não se justifiquem. Ou seja, o efeito mais drástico do inadimplemento contratual é limitado por essa função da boa-fé.

Como já anotado, ao lado dos *deveres de prestação (principais e secundários)* existem os *deveres laterais*²⁰⁸ (*Nebenpflichten*), também chamados anexos ou fiduciários,²⁰⁹ que normalmente são identificados com o princípio da boa-fé; mas que também podem derivar de uma cláusula contratual e de dispositivo de lei. Estes deveres já não interessam diretamente ao cumprimento da prestação, mas ao exato processamento da relação obrigacional, ou, em outras palavras, à exata

²⁰⁶ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 118.

²⁰⁷ NEGREIROS, 2006, p. 118-119. Com expressa referência à lição de Judith Martins-Costa. Em sua obra, *A boa-fé no direito privado*, de 2000, na p. 427, Judith Martins-Costa explica que tais funções são imputadas à boa-fé “objetiva”. É igualmente interessante observar o complemento dessa idéia em Teresa Negreiros (*ibid.*, p. 140), onde refere que “A tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em ‘tipos ideais’. Na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular.”

²⁰⁸ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 77.

²⁰⁹ BUSSATA, 2007, p. 9.

satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa.²¹⁰

Conforme explica Mário Júlio de Almeida Costa de acordo com a classificação de Siebert/Knopp, isolando, de certa forma, o conteúdo dos deveres anexos, assumem eles as seguintes categorias de condutas: 1) cuidado, previdência e segurança; 2) aviso e esclarecimento; 3) informação e prestação de contas; 4) cooperação; 5) proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte e (6) omissão. Em verdade, esclarece o jurista que essa última categoria já está compreendida nas anteriores, mas tem sua autonomia justificada para maior clareza.^{211,212}

Karl Larenz, ao tratar especificamente a respeito da criação de particulares deveres de conduta, esclarece que

[...] das exigências da boa-fé derivam para todos os participantes em uma relação obrigacional determinados deveres de conduta que se referem à preparação da prestação propriamente dita, à forma de sua execução, à cooperação necessária e à consideração que cada parte pode esperar da outra em semelhante relação, segundo a equidade.²¹³

Tendo sido visto o princípio da boa-fé, se faz possível analisar agora duas soluções jurídicas importantes, surgidas da experiência em outros sistemas, e que dizem respeito ao cumprimento do contrato, porém com algum tipo de imperfeição; a primeira, imediatamente abordada, referente ao *adimplemento substancial*, traz um tipo de solução que visa privilegiar o sentido do adimplemento, a fim de evitar injustiças, quando ocorra alguma imperfeição (defeito) de menor envergadura; a segunda, trata da violação (quebra) positiva do contrato.

Um esclarecimento preliminar é importante. Nesta parte do presente estudo serão vistas as duas teorias em suas noções tradicionais, como concebidas em suas origens, com algumas observações específicas à teoria da violação positiva do

²¹⁰ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 77.

²¹¹ *Ibid.*, p. 77-78: Na página 78 o autor também faz referência a outra classificação: “Também minuciosa se apresente a catalogação de Weber [...] que abrange: (1) deveres de cuidado em sentido estrito (guarda, depósito, conservação); (2) deveres de proteção em sentido estrito; (3) deveres de informação; (4) deveres de esclarecimento (exibição, comunicação e esclarecimento); (5) deveres de colaboração; (6) deveres de assistência.” E, ainda, linhas depois, na mesma página, explica que “a esta tipologia [...] refere-se na literatura jurídica portuguesa Menezes Cordeiro [...] o qual veio posteriormente a admitir que pode conseguir-se uma panorâmica satisfatória com recurso à tripartição entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, devidamente adaptados.”

²¹² Ver, também, MARTINS-COSTA, 2000, p. 439-440.

²¹³ LARENZ, 1958, t. 1, p. 151.

contrato no direito português e espanhol, sendo que o contato das mesmas com o sistema brasileiro será visto ao longo da segunda parte deste estudo.

Em linhas gerais, como introdução ao tema, pode se dizer que o *adimplemento substancial* trata-se de efetivo *adimplemento*, no sentido de prestação positivamente realizada, mas que não chega a satisfazer plenamente o credor, senão substancialmente. Nesses casos, o *inadimplemento* ocorrido (a parte da relação complexa que é desatendida) não demonstra ter maior relevância que a parte da prestação que chegou a ser adimplida, razão porque esse tipo de descumprimento não pode ser considerado como inadimplemento definitivo (absoluto), e nem poderá vir a sê-lo, por “conversão” (característica natural da *mora*), ensejando como solução apenas a via indenizatória. Impede-se, assim, a resolução do contrato, medida drástica, com fundamento no fato de que a parte da prestação foi realizada de forma *substancial*.

A doutrina do *adimplemento substancial* foi construída na Inglaterra, no século XVIII (portanto, muito anterior à teoria da violação positiva do contrato observada no Direito alemão), “quando as Cortes de Equity perceberam as injustiças que um formalismo estrito ou um apego exagerado ao dogma da absolutização dos direitos poderiam provocar.”²¹⁴ É apontada como sua origem o caso *Boone v. Eyre*, julgado por Lord Mansfield em 1779, quando enfrentada a questão acerca das consequências decorrentes das infrações às cláusulas contratuais dependentes (*conditions*) e às independentes (modernamente, *warranties*). Na explicação de Anelise Becker,

As *conditions* são cláusulas essenciais, constituindo a própria substância do contrato, cujo cumprimento é imprescindível à manutenção do sinalagma. As *warranties*, por sua vez, correspondendo àquelas ‘obrigações independentes’, estão em uma segunda ordem de importância e seu descumprimento, portanto, não afeta o equilíbrio contratual (*consideration*).²¹⁵

Tal distinção serve como parâmetro, no Direito inglês, para determinar o grau de importância do inadimplemento, embora a referida distinção não seja mais o único fator a influenciar na decisão do juiz diante do caso concreto, pois o julgador

²¹⁴ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-79, out. 1993. p. 60.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 62, grifo do autor.

deverá valer-se de um critério objetivo, que consiste em verificar se o inadimplemento é ou não fundamental. Ou seja, a conclusão judicial a respeito da ocorrência ou não do adimplemento substancial passa pela observação do tipo de obrigação violada (se essencial – *condition*, ou não), mas, para além, será preciso verificar a gravidade da lesão.

Pelas peculiaridades do Direito inglês, para que uma parte pudesse exigir da outra a sua contraprestação, deveria ela adimplir integralmente a sua obrigação. Não adimplindo, resolvia-se o contrato e ela perdia o que havia pago. Da observância rigorosa de tal regra floresceram abusos, totalmente incompatíveis com o princípio da boa-fé. A solução encontrada foi no sentido de se admitir que um outro tipo de adimplemento também impedisse a resolução do contrato, e propiciasse à parte faltosa o recebimento da sua contraprestação. O desequilíbrio econômico decorrente da imperfeição no cumprimento da obrigação essencial encontraria solução nas perdas e danos.²¹⁶

Ganha relevância nesse contexto a noção de obrigação fundamental, ou seja, essencial (*condition*), que

[...] consiste em um conceito de origem inglesa, que encontra raízes na teoria da *deviation* e da *fundamental breach*, sendo definida, no sistema anglo-saxão, como uma obrigação intensificada, cuja existência e execução são essenciais à sobrevivência do contrato e às legítimas expectativas da partes.²¹⁷

Todavia, essa noção de obrigação fundamental não é aplicável à concepção de obrigação defendida por Clóvis do Couto e Silva,²¹⁸ mas para o direito inglês e, também, para o direito francês.

Indo por essa senda, há dificuldade em se definir qual obrigação é fundamental e imprescindível para o contrato, haja vista que, sob o ângulo de qualquer concepção, a relação obrigacional abriga um feixe de deveres distintos

²¹⁶ Couto e Silva assinala que: “O princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres, podendo inclusive restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução.” E desse modo, prossegue o autor, “em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor.” (COUTO E SILVA, 1997, p. 55).

²¹⁷ FERNANDES, Camila Vicenci. A obrigação fundamental. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 66, grifo do autor.

²¹⁸ FERNANDES, 2011, p. 66.

funcionalmente. Por força de tal dificuldade, é igualmente difícil estabelecer um conceito preciso de obrigação fundamental, o que levou a doutrina e a jurisprudência francesas a tomar o caminho, na maioria das vezes, no sentido de realizar caso a caso, e assim, “elegendo as obrigações fundamentais dentro do âmbito de cada contrato, ou seja, aquelas obrigações sem as quais o contrato perde seu significado e sua razão de ser.”²¹⁹

Por outro lado, no âmbito da concepção da obrigação polarizada pelo adimplemento, de natureza finalista, estruturalmente complexa e totalizante, composta por deveres de prestação (principal e secundários), deveres anexos, ônus, sujeições, direitos formativos, etc..., e que prevalece no Direito brasileiro, a investigação a respeito de uma *obrigação fundamental* deverá observar a *localização* da infração no espectro dos deveres enfeixados nessa relação obrigacional complexa, e a *gravidade* dessa infração. Deverá ser investigada a correlação entre o que efetivamente foi cumprido pelo devedor e a *totalidade* dos deveres presentes na relação obrigacional. Em síntese, também sob o prisma da relação obrigacional complexa e totalizante, defendida por Clóvis do Couto e Silva, deve ser levada em conta, na verificação do adimplemento substancial, a análise do tipo de dever descumprido e a gravidade desse descumprimento.

É a análise do caso concreto que definirá o que é fundamental, mais precisamente, o que é essencial para que o contrato atinja a sua finalidade, para que o programa obrigacional sejam preservado e, assim, posto a salvo da resolução abusiva por uma das partes. À medida que se defina, no caso concreto, a identidade da obrigação fundamental, ou de mais de uma, seja sob a forma de um só dever de prestação, ou como resultado da conjugação de mais de mais de um dever (principais, secundários e anexos), esse núcleo vital há de ser tutelado de forma especial pelo sistema jurídico, pois é esse núcleo vital que se mantém firme e direcionado ao adimplemento (mesmo que não mais de forma integral, mas, ainda assim, substancialmente), que é, como já exaustivamente visto, a razão de ser de todo o complexo obrigacional.

²¹⁹ FERNANDES, 2011, p. 67: E nas linhas seguintes, continua a autora: “Assim, a compreensão do instituto da obrigação fundamental exige o exercício de um raciocínio em concreto, baseado na análise, caso a caso, dos contratos celebrados pelas partes. Em cada um deles haverá uma obrigação, cuja importância é tamanha que, caso ela seja suprimida ou reduzida, será o contrato privado de seu conteúdo e de seu sentido para as partes. Esta obrigação que constitui o âmago do contrato, será a sua obrigação fundamental.”

Partindo da idéia de *obrigação fundamental*, chega-se agora na noção de *inadimplemento fundamental*, o qual, de forma inversa, está na base da teoria em apreço, porque onde ele ocorra, não poderá coexistir um *adimplemento substancial*. As idéias são, pois, excludentes.

Estabelece a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, em seu Art. 25, que: “Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental, quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente naquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto”. Essa noção é aplicável ao sistema jurídico pátrio, conforme Vera Fradera²²⁰ e, decididamente não remanesçam dúvidas a respeito da aplicação da teoria no atual quadro do Direito brasileiro, por força da incidência do princípio da boa-fé, consagrado no Art. 422 do Código Civil. Na observação de Teresa Negreiros, é no exercício da sua função de limitar o exercício de direitos subjetivos em nome da preservação do sinalagma que a boa-fé serve como fundamento para a teoria do adimplemento substancial.²²¹

Se o Art. 422 do Código Civil abriga a cláusula geral, para aplicação do princípio da boa-fé, o Art. 475, por sua vez, determina que a parte lesada pelo inadimplemento “pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento.” Como se percebe a opção que o legislador colocou nas mãos do credor poderia gerar abusos, caso não fosse o rigor legal temperado pelo princípio da boa-fé. É por essa janela que se contempla, no Direito brasileiro, o *adimplemento substancial*, incidindo, daí em diante, outros dispositivos legais, como os Artigos 187, 421 e 884 do Código Civil.²²²

²²⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no Art. 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 11, p. 55-66, 1996. p. 55-66.

²²¹ NEGREIROS, 2006, p. 145: “De acordo com esta teoria, ainda que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de a prestação ter sido substancialmente satisfeita veda ao credor, de acordo com os ditames da boa-fé, o exercício do direito de rescisão. Isto pois a substancialidade do adimplemento, apurada conforme as circunstâncias, e em vista da finalidade econômico-social do contrato em exame, garante a manutenção do equilíbrio entre as prestações correspectivas, não chegando o descumprimento parcial a abalar o sinalagma.”

²²² Ver também MEDEIROS FRANCISCO, Luiz Felipe Miranda de; CARDOSO FRANCISCO, Carolina. Adimplemento substancial e resolução dos contratos: necessidade de fixação de um critério unificador. In: In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 477.

Colocada dessa forma, resta indagar se, no Direito brasileiro, há no adimplemento substancial apenas uma *imperfeição no adimplemento* do contrato, ou, para além dela, haveria um tipo de *inadimplemento*, enquanto espécie autônoma? A resposta, para o presente estudo, está em acolher a primeira opção. O *adimplemento substancial* não é um tipo de inadimplemento, embora nele se flagre algum descumprimento.

Não se trata, portanto, de um tipo de *adimplemento imperfeito*, entendido em sentido estreito, como terceira espécie de inadimplemento, que a doutrina coloca ao lado do da mora e do inadimplemento absoluto

Trata-se, sim, de um tipo de *adimplemento*, embora abrigue uma imperfeição, localizada ou não em uma parte fundamental da relação complexa, imperfeição que se manifesta de forma mínima, de menor importância (critério da gravidade da imperfeição), se comparada com os deveres que foram atendidos pelo devedor.

Evidentemente que, do ponto de vista dogmático, a questão não é assim tão simples. Menezes Cordeiro, após abordar a teoria da *violação positiva* do contrato (com essa identificação),²²³ passa a tratá-la como *cumprimento imperfeito*,²²⁴ subdividindo-a em duas grandes áreas de incidência, uma referente à violação dos deveres acessórios e outra alusiva à “realização inexata da prestação principal”. Porém, já tratando especificamente do que ele chama de *cumprimento inexato* da prestação principal, Menezes Cordeiro oferece um exemplo que nitidamente se trata de um caso de *adimplemento substancial*; veja-se: “se Antonio, obrigado a entregar a Bento € 100, nada entrega, no prazo da prestação, não há qualquer cumprimento. Se, porém, entregar € 80, podemos falar de cumprimento inexato. Existe, no entanto, uma zona de fronteira onde se podem suscitar dúvidas de qualificação.”²²⁵ Partindo da constatação de que em Menezes Cordeiro o *cumprimento inexato* é um tipo de *cumprimento imperfeito*, e que este é sinônimo de *violação positiva*, e ainda, considerando o exemplo oferecido pelo autor, supra transcrito, chega-se, por lógica, à conclusão de que haveria casos de *violação positiva* que também seriam de *adimplemento substancial*.

O que se extrai da lição de Menezes Cordeiro é que haveria uma superfície de contato entre essas duas teorias, *adimplemento substancial* e *violação positiva*,

²²³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4, p. 189-197.

²²⁴ *Ibid.*, p. 199-203.

²²⁵ *Ibid.*, p. 200.

uma do direito inglês e outra do direito continental; haveria um conteúdo comum a ambas, mesmo que parcial. Como chegou a se estabelecer essa identidade, já que foram concebidas em sistemas jurídicos distintos, que emergiram de experiências diferentes, é questão árdua, cuja resposta requer um esforço que se encontra além dos limites deste estudo. No entanto, é importante lembrar que Clóvis do Couto e Silva já defendia a existência dessa comunicação entre os dois sistemas jurídicos (o inglês e o alemão), porque para ele,

[...] um aspecto não suficientemente salientado é a circunstância de a aplicação do princípio da boa-fé, com a criação ou compreensão científica dos deveres secundários ou anexos, aproximar o conceito de relação obrigacional vigente no Direito germânico com o da *common law*.²²⁶

Segundo o autor, começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé, no direito alemão, uma fonte autônoma de direitos e obrigações, circunstância que veio a transformar a noção de relação obrigacional, à medida que nela passaram a se manifestar elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento; tendo sido fundamental para essa transformação a teoria de Staub, e que, ao ver de Clóvis do Couto e Silva “revela a aplicação no Direito germânico do conceito da *common law* de *anticipated breach of contract*. Trata-se da recepção de um conceito no Direito continental, que haveria de contribuir decisivamente para uma nova concepção da relação obrigacional.”²²⁷ A forma como a teoria do adimplemento substancial vem sendo recepcionada no Brasil será analisada na segunda parte deste estudo.

Aproveitando-se dessa superfície de contato entre os dois temas, passe-se à análise da teoria da *violação positiva* do contrato, com seu significado no sistema jurídico onde concebida. Essa teoria tem sua origem no direito alemão, nos primeiros anos do século XX, quando Hermann Staub, advogado em Berlim, percebeu que o Código Civil alemão não contemplava qualquer regramento para as hipóteses de descumprimento contratual que escapassem às molduras da *impossibilidade* da prestação e da *mora*.²²⁸ Calha apropriado alertar, com apoio em

²²⁶ COUTO E SILVA, 1997, p. 37.

²²⁷ COUTO E SILVA, loc. cit.

²²⁸ Staub publicou seu estudo, sob o título “*Die positiven Vertragsverletzungen*”, em 1902, cuja denominação, em que pesem as críticas que se seguiram, atravessou os anos e se consagrou no meio jurídico. É importante observar que Vera Maria Jacob de Fradera chama a atenção para o fato de que a origem dessas novas concepções é mais recuada, precisando-as nos estudos de Rudolf von Ihering sobre a responsabilidade pré-contratual, onde é abordada a boa-fé na celebração dos

Antonio Carlos Lemos Bastos, que em 1º de janeiro de 2002 entrou em vigor no direito alemão a Lei de Modernização do Direito das Obrigações, que modificou o código civil daquele país, introduzindo alterações na disciplina do inadimplemento contratual.²²⁹ Desse modo, são as normas do direito alemão anteriores à dita reforma que interessam ao presente estudo, porquanto, não obstante hoje superadas naquele ordenamento, são elas que efetivamente interessam para fins de comparação com o regramento do Direito brasileiro.²³⁰

A tese desenvolvida por Hermann Staub é de enunciado simples, como explica Menezes Cordeiro:

O BGB, versão inicial, regula, no § 280, a obrigação do devedor de indenizar o credor cuja prestação impossibilite e no § 286, a de indenizar o credor pelos danos advenientes de mora sua, na redação inicial. O que é dizer: o devedor responde pela não realização da prestação.²³¹

Disso resultou, segundo o mesmo autor, que o BGB nada referia quanto aos casos nos quais o devedor viole o contrato mediante uma atuação positiva, fazendo o que devia omitir ou efetuando de modo imperfeito a conduta devida; ou seja, o Código Civil alemão havia esquecido as violações contratuais positivas. O problema, segundo Hermann Staub, deveria ser solucionado pela aplicação analógica do regime da mora (§ 326 do BGB)²³², e assim, em face da presença de danos, caberia o seu ressarcimento, algo que, todavia, não se achava previsto naquela codificação. Sustentou Hermann Staub que deveria ser reconhecido à parte leal ao contrato a possibilidade de escolher uma dentre três alternativas possíveis: (i) manter o contrato e exigir uma indenização em face de cada violação singular; (ii) exigir uma indenização geral pelo incumprimento do contrato, ou (iii) rescindi-lo.²³³

contratos nulos e anuláveis. (ver FRADERA, Vera Maria Jacob de. Quebra positiva do contrato. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 44, p. 153-165, 1988. p. 145).

²²⁹ BASTOS, Antonio Carlos Lemos. Violação positiva do contrato. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 356. Segundo o autor, tais mudanças, até aqui muito pouco estudadas entre nós, “tiveram duplo objetivo: adequar o ordenamento germânico a Diretiva da Comunidade Européia sobre Vendas ao Consumidor e realizar uma série de modificações na regência do Direito das Obrigações alemão que já vinham sendo estudadas e preparadas há décadas, com vistas à sua simplificação, com a introdução da figura unitária da ‘quebra de dever’.”

²³⁰ *Ibid.*, p. 357.

²³¹ MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 189.

²³² *Ibid.*, p. 190.

²³³ MENEZES CORDEIRO, loc. cit.

Na formulação da teoria desenvolvida por Hermann Staub estão agrupadas figuras de diferentes tipos, cujos traços comuns são (1) a presença de um tipo específico de danos, que Karl Larenz chama de “danos suplementares” ou “danos complementares”,²³⁴ os quais são diferentes daqueles decorrentes da impossibilidade no cumprimento da prestação, bem como diferentes dos danos que diretamente decorrem do retardo no cumprimento da prestação; e, ainda (2) a falta de enquadramento legal dessas situações, em face não correspondência entre elas e as clássicas violações— impossibilidade e mora. Muito provavelmente em razão da sua experiência como advogado, Hermann Staub construiu a teoria a partir de problemas concretos, cotejando-os com a disciplina legal disponível em sua época, para daí desenvolver seu esforço unificador em prol da criação de um terceiro tipo de inadimplemento, autônomo em relação aos demais previstos no Código Civil alemão.²³⁵ Como se vê, na base da teoria esta a necessidade concreta de se reger o dever do contratante faltoso, de indenizar o credor naquelas referidas situações, lacuna do Código Civil alemão que encontrou solução na teoria de Hermann Staub que, conforme lição de Karl Larenz, formulou um

[...] principio geral de que o devedor está obrigado à indenização dos danos que o credor sofra em seu patrimônio ou em outros bens jurídicos seus, em razão de uma infração imputável ao devedor; infração que pode adotar a forma de impossibilidade da prestação principal, de mora (no sentido apenas de ‘demora’), cumprimento defeituoso, ou outras infrações.²³⁶

Essa é noção geral da teoria. Veja-se agora, com mais detalhes.

Segundo Vera Fradera, Staub teria observado que o BGB, em seu § 280, impõe ao devedor a *obrigação de indenizar* o credor, quando a prestação se torne *impossível* em razão de um fato imputável àquele.²³⁷ Trata-se da hipótese de inadimplemento com sentido de descumprimento definitivo, com assento no código civil alemão: a *impossibilidade (Unmöglichkeit)*; que, segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva,²³⁸ é equiparável no direito brasileiro ao *inadimplemento absoluto*, uma vez que a doutrina alemã e o BGB não se utilizam de expressão semelhante. Assim, a

²³⁴ LARENZ, 1958, t. 1, p. 362-363: “[...] que no supone daño por incumplimiento – pues el cumplimiento de la prestación es posible y puede ser repetido – ni por retraso, sino outra clase de daños, que precisamente han sido causados por la infracción em la forma prevista (‘adecuada’).” (LARENZ, 1958, t. 1, p. 363).

²³⁵ LARENZ, 1958, t. 1, p. 362.

²³⁶ LARENZ, 1958, t. 1, p.366.

²³⁷ FRADERA, 1988, p. 146.

²³⁸ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 10.

hipótese em que a prestação não poderá ser realizada por ninguém, entre nós denominada de *inadimplemento absoluto*, para o direito alemão é simplesmente “impossibilidade”.²³⁹ A segunda hipótese de inadimplemento é tratada pelo BGB no § 286, onde determina que o devedor *deve indenizar* o credor pelo prejuízo causado por sua *mora*²⁴⁰ (*verzug*), e aqui, lembrando, a mora no direito alemão é limitada ao aspecto temporal, com o sentido de retardo, de demora. Ocorre que nessas duas hipóteses o devedor responde (indenizando o credor) pela não-realização da prestação, sem que haja previsão no BGB para os casos nos quais a violação, o inadimplemento, se dá por uma atuação positiva; sendo esta, precisamente, a lacuna flagrada por Staub, para a qual indicou como solução a aplicação da disciplina da mora, mediante interpretação analógica do § 326 do BGC.²⁴¹

Pontes de Miranda,²⁴² ao tratar da “violação positiva por ato ilícito negativo”, faz expressa referência ao adimplemento “ruim” e à “quebra da promessa” do devedor. Para o autor, nos casos abrangidos pela teoria concebida por Staub, a violação da relação jurídica por ato ilícito relativo não provém somente do não-adimplemento, havendo, sim, a “violação negativa” e a “violação positiva”. O devedor “paga, porém mal, causando dano à pessoa, ou ao seu patrimônio”.²⁴³ Em tais casos, Pontes de Miranda enfatiza que “não se está em exame a impossibilidade superveniente da prestação, nem o atraso em ser feita: o adimplemento foi defeituoso, ou, melhor, ruim.”²⁴⁴ Note-se que os dois termos, *defeituoso* e *ruim*, são sinônimos no magistério do ilustre jurista, o que sinaliza a necessidade em se verificar, atualmente, se ambos significam *adimplemento imperfeito* apenas no sentido amplo, ou se conformam um tipo específico de *adimplemento imperfeito stricto sensu*.

²³⁹ FERREIRA DA SILVA, 2002 p. 10.

²⁴⁰ FRADERA, 1988, p. 146.

²⁴¹ FRADERA, loc. cit.: “Segundo este § 326, quando ocorre a mora em um contrato sinalagmático, a parte prejudicada pode fixar à outra um prazo razoável, declarando-lhe que, após esse prazo, ela recusará aceitar esta prestação. Este prazo escoado, ela terá o direito de pedir perdas e danos pela inexecução ou resolução do contrato, se a prestação não teve lugar em tempo útil; o direito de pedir a execução é excluído.”

²⁴² PONTES DE MIRANDA, 1983, t. 2, p. 242-245.

²⁴³ Ibid., p. 239) oferece exemplos de violações positivas em duas passagens de sua obra, na primeira, cita: “o devedor remete a coisa defeituosa, ou animal doente, cuja doença se contagia ao rebanho; o mandatário afasta-se das instruções recebidas” E, depois, em outro grupo de exemplos: “[...] se tem de pagar a quem vai viajar, ao cais, alta quantia, e o faz em notas de um ou dois cruzeiros, ou se paga à porta do banco A, como se estipulara, mas no momento exatamente em que se fechava a porta, ou se, tendo de pagar um milhão de cruzeiros, pretende que se recebam dólares, ainda que, facilmente, dêem aquele preço, ou mais.” (PONTES DE MIRANDA, 1983, t. 2, p. 242).

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, loc. cit.

Ainda em Pontes de Miranda, é encontrada a explicação de que “deve-se a E. Zitelmann a expressão *adimplemento ruim*, que, segundo o autor, é melhor do que *adimplemento defeituoso*, porém, menos abrangente do que a ‘violação positiva do contrato.’”²⁴⁵ Tal conclusão decorre do fato de que Staub pretendeu criar outra classe de violação positiva, ao lado do *adimplemento ruim*, que seria o inadimplemento antecipado do contrato, situação em que o devedor previamente comunica ao credor de que irá adimplir sua obrigação.

Eis um aspecto bastante relevante, porque segundo Pontes de Miranda o *adimplemento ruim* seria uma espécie de violação positiva do contrato, e não a sua exata correspondência. Em síntese, na teoria de Staub, segundo Pontes de Miranda, a *violação positiva* não abriga um único tipo de descumprimento contratual. O autor brasileiro faz referência a dois desses tipos; (1) *adimplemento ruim*, sinônimo de *defeituoso* e (2) *inadimplemento antecipado*; de tal sorte que a noção de *violação positiva* é mais abrangente que a noção de *adimplemento ruim*.

O fato é que o *adimplemento ruim*, referido por Pontes de Miranda, coincide com o *adimplemento defeituoso*; são expressões diferentes para a mesma situação jurídica, tornando evidente que esse tipo de violação contratual é uma parte, claramente definida, em relação ao âmbito total da teoria da violação positiva do contrato. Essa diferença será melhor vista mais adiante, quando for abordado, modo específico o *adimplemento defeituoso* (ruim, imperfeito). De plano, no entanto, é possível aceitar como correta a explicação clara de Menezes Cordeiro, quando afirma que

Deve considerar-se como integrando as hipóteses de violação positiva do contrato, os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilidade de prestações secundárias e de violação de deveres acessórios. Os regimes aplicáveis nestas hipóteses – o direito a indenização pelos danos, a possibilidade de recusar legalmente a prestação e a de mover a exceção do contrato não cumprido – justificam, pela sua uniformidade de princípio, a manutenção da violação positiva como figura unitária.²⁴⁶

É difícil lidar com um tema no qual muitas idéias se entrelaçam e muitas denominações proliferam. No caso em estudo, a frequência com que a expressão *adimplemento defeituoso* aparece na doutrina estrangeira, vinculada à violação

²⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, 1983, t. 2, p. 243.

²⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 196-197.

positiva, impõe uma observação mais atenta em relação a tal expressão e a sua correspondência com aquela teoria.

A análise principia a partir da lição segura de Karl Larenz, ao tratar, modo específico, do “*cumplimiento defectuoso y otras formas de infracción de la obligación*”,²⁴⁷ o que chama a atenção, já em um primeiro olhar, para a diferença de situações jurídicas. Explica o autor, que o devedor está obrigado a cumprir a prestação de forma diligente; se cumpre de “modo negligente e se dessa sua negligência, do seu descuido, decorrem danos adicionais ou suplementares ao credor, deverá responder por esses danos.”²⁴⁸ A prestação não se torna impossível, nem o dano verificado é decorrente do atraso no cumprimento da prestação. Sendo assim, é fácil notar que em tais hipóteses já se estará nos domínios da teoria da violação positiva do contrato, porém, como será visto, a noção desta é mais ampla.

A noção, específica, de *adimplemento defeituoso* no Direito alemão, ao tempo da formulação da teoria da violação positiva do contrato, está ligada à noção de “*negligência*” (descuido do devedor no cumprimento do contrato), mais precisamente, ao “modo”, à “forma” como o devedor cumpre a obrigação, disso decorrendo que os danos causados pelo *adimplemento defeituoso* tem origem em uma infração do devedor, que não cumpre a sua obrigação “pela forma prevista (adequada)”.²⁴⁹ Após realizar a análise da casos, Karl Larenz esclarece que no *cumprimento defeituoso*, existe uma execução negligente da prestação, negligência que se abate sobre a diligência que se impunha ao devedor no caso concreto. Ainda assim, o foco está na prestação principal, na infração do dever principal de prestação. Mas, prossegue o autor alemão, o prejuízo do credor pode decorrer não só da infração do devedor ao dever de prestação (dever de cumprir diligentemente a prestação), mas também de outro dever, qual seja, do *dever de conduta* derivado da relação obrigacional.²⁵⁰ Dessa divisão entre infrações a diferentes deveres, surgirá a especificação, cabendo ao *adimplemento defeituoso* uma área determinada dentro do amplo espectro da teoria da violação positiva.

²⁴⁷ LARENZ, 1958. t. 1, p. 363.

²⁴⁸ LARENZ, loc. cit. (tradução nossa). Destaca o autor, que nesses casos é prescindível que o credor esteja ou não plenamente satisfeito, em relação à prestação.

²⁴⁹ LARENZ, loc. cit.: O autor refere que o “*daño suplementario – que excede del interés en la prestación – fué ocasionado por la ejecución negligente de la prestación misma, por lo cual se puede hablar en estos casos de un perjuicio del acreedor causado por cumplimiento defectuoso.*”

²⁵⁰ LARENZ, loc. cit.

Como visto anteriormente, a violação positiva do contrato não coincide exatamente com o campo restrito às infrações de deveres acessórios, e agora, com mais detalhes, observa-se também que ela não se restringe às violações verificadas na prestação principal (desde que não levem à impossibilidade e à mora), de modo que ambas as hipóteses estão compreendidas na teoria da violação positiva, mas não a esgotam, conforme lição de Menezes Cordeiro, já citada.²⁵¹

É relevante observar que em Karl Larenz o próprio *cumprimento defeituoso* não se esgota em uma só hipótese, conclusão que expõe a partir da simulação de casos a seguir transcritos, modo sintético. Primeiro caso: o carpinteiro “A” é contratado por “B” para realizar o conserto do telhado da casa deste. Acontece que “A” realiza mal a reparação do telhado e, com as primeiras chuvas, as águas causam danos consideráveis no imóvel. Sucede que “A” realiza nova reparação do telhado, com a repetição da prestação que não havia realizado completamente. Todavia, isso não faz com que o dano originado ao credor, decorrente da primeira prestação defeituosamente realizada, seja apagado.²⁵² Percebe-se que o defeito ocorre na realização da prestação; a execução da prestação é que, por negligência (ou imperícia), faz com que o cumprimento seja defeituoso. Existe aí uma objetividade na aferição do conteúdo do defeito, razão porque Karl Larenz a ele se refere como *cumprimento defeituoso de caráter objetivo*; idéia que se aparta do *cumprimento defeituoso de infração de um dever de conduta*.²⁵³

No *cumprimento defeituoso de caráter objetivo* ocorre um dano que ultrapassa o interesse do credor na prestação em si mesma considerada. Não é o dano “por incumprimento”, porque a prestação ainda é possível, podendo ser repetida; nem é dano pelo retardo na realização da prestação principal. É uma outra classe de danos, causados por infrações do devedor “à obrigação de cumprir diligentemente a prestação na forma devida (adequada).”

De outra banda, o *cumprimento defeituoso de infração de um dever de conduta*,²⁵⁴ no direito alemão, pode ser encontrada em outro exemplo dado também por Karl Larenz, alterando em alguns aspectos o primeiro exemplo. Veja-se: O carpinteiro “A” foi contratado por “B” para realizar o conserto do telhado da casa deste. Dessa vez, “A” realizou corretamente a reparação do telhado (prestação realizada na

²⁵¹ MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 196.

²⁵² LARENZ, 1958, t. 1, p. 363-363.

²⁵³ Ibid., 1, p. 365.

²⁵⁴ LARENZ, loc. cit.

devida forma e totalmente concluída). Significa que “A” cumpriu sua prestação, exata e completamente. Porém, antes de deixar a casa cujo telhado fora por ele consertado, “A” decidiu fumar um cigarro, acendendo-o no sótão, onde, descuidadamente, jogou o fósforo ainda aceso, produzindo um incêndio que consumiu o telhado recém consertado. Percebe-se que a infração não é na execução da prestação. A imperfeição é de outra natureza, e está fixada em outro dever de conduta derivado da relação obrigacional. Neste segundo exemplo, pode se dizer que a prestação foi cumprida, sim, mas apenas no sentido de ter sido executada, e não no sentido de ter sido entregue ao credor. A realização da prestação que o Direito requer, exige e tutela, possui uma noção mais elaborada; é aquela que deve ocorrer “segundo o sentido do contrato e da relação de confiança existente entre os contratantes, de se conduzirem de modo que não causem danos previsíveis e evitáveis ao contratante”(no exemplo, o dono da obra).²⁵⁵

Com isso, fica claro, na lição de Karl Larenz, que o *adimplemento defeituoso* é “um tipo de” violação positiva do contrato, quando vinculado diretamente à prestação em si mesma considerada, mas não é “a” violação positiva do contrato, não podendo servir de sinônimo desta.²⁵⁶

Essas noções, de *violação positiva* e de *cumprimento defeituoso*, são encontradas no direito português. Cumpre apenas observar que alguns autores utilizam a expressão *cumprimento imperfeito* em vez de *violação positiva do contrato*. É o caso de Menezes Cordeiro: “a violação positiva do contrato pode ser usada como uma referência dogmática de ordem geral, portadora de vários progressos jurídico-científicos. Para efeitos de exposição do Direito vigente, usaremos a fórmula consagrada *cumprimento imperfeito*.”²⁵⁷

Por conseqüência, para aqueles que tomam a *violação positiva* do contrato como *inadimplemento imperfeito*, será necessário admitir que este é uma espécie autônoma de inadimplemento, a terceira, ao lado da impossibilidade e da mora. O *adimplemento imperfeito* não seria um tipo isolado, confinado a uma hipótese específica de incidência, como ocorre com a noção de *adimplemento defeituoso*, acima destacada na lição de Karl Larenz, disso decorrendo que, para tais autores,

²⁵⁵ LARENZ, 1958, t. 1, p. 364.

²⁵⁶ Isso fica ainda mais claro quando analisada a seguinte passagem da obra de Karl Larenz: “*También el problema de si el deudor responde por cumplimiento defectuoso (de carácter objetivo) o de la infracción de un deber de conducta há de resolverse según los §§ 276-278.*” (Ibid., p. 365-366).

²⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 199.

adimplemento imperfeito é uma noção mais ampla do que *adimplemento defeituoso*. Em síntese, não serão sempre a mesma coisa; o *adimplemento defeituoso* será sempre um *adimplemento imperfeito*, mas nem todo *adimplemento imperfeito* será obrigatoriamente *adimplemento defeituoso*.

Ainda no Direito português, Mário Júlio de Almeida Costa apresenta uma noção ligeiramente diferente, ao identificar a terceira espécie de inadimplemento como “*violação do crédito por cumprimento defeituoso ou imperfeito*”, fazendo crítica à doutrina alemã, que estaria a designá-la, “sem rigor”, como violação positiva²⁵⁸. Esse autor considera que a violação do crédito por cumprimento defeituoso ou imperfeito traduz a ocorrência de infração que se abate sobre a “qualidade” da prestação, mas não sobre a sua “quantidade”, razão pela qual cabe distinguir a inexecução *quantitativa*, tutelada pela regra da integralidade do cumprimento, da inexecução *qualitativa*, sendo que esta última é que reflete uma diversidade da prestação, ou um *vício, deformidade* ou *falta de qualidade*²⁵⁹ e, ainda, sendo a esta hipótese que o autor, em especial, analisa como *cumprimento defeituoso*.

Como se verá mais adiante, a noção de *adimplemento inexato* em Mário Júlio de Almeida Costa confere com aquela defendida por Menezes Cordeiro, para quem, em tais hipóteses, não se verifica a “exata” correspondência entre a “prestação realizada” e a “conduta devida”.²⁶⁰

Modo sintético, pode se dizer que Mário Júlio de Almeida Costa entende que o problema só adquire autonomia efetiva quando ocorram “danos típicos”, porque a *violação do crédito por cumprimento defeituoso ou imperfeito* teria um papel “residual”, e que, para a sua configuração, atuaria como “elemento individualizante” a tipicidade dos danos causados ao credor, danos esses que o credor “não sofreria se o devedor de todo não houvesse efetuado a prestação; ou seja, tais danos não seriam ocasionados pelo incumprimento definitivo (impossibilidade) ou pela mora.²⁶¹ Se o credor nada tivesse prestado, ou se apenas tivesse prestado após o prazo, esses “danos típicos” que caracterizam o *adimplemento defeituoso*, não ocorreriam. Essa é uma síntese bastante interessante, servindo de critério para delimitar o

²⁵⁸ ALMEIDA COSTA, 2008. p. 1058.

²⁵⁹ Ibid., p. 1060: O autor estabelece que, assim, tal infração constitui “uma das espécies da figura genérica do cumprimento inexato, quer dizer, aquele em que a prestação efetuada não tem os requisitos idôneos a fazê-la coincidir com o conteúdo do programa obrigacional, tal como este resulta do contrato e do princípio geral da correção e boa-fé.

²⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 200.

²⁶¹ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 1060.

adimplemento defeituoso no âmbito da *violação positiva*, até porque esse “danos típicos” coincidem com os “danos suplementares” ou “complementares” referidos por Karl Larenz.

Contrasta com essa objetiva abordagem de Mário Júlio de Almeida Costa a análise apresentada por Menezes Cordeiro, para quem o *cumprimento imperfeito*, na tradição da violação positiva do contrato, abrange duas grandes áreas: a violação dos deveres acessórios e a realização inexata da prestação principal;²⁶² ambas diretamente ligadas à prestação. Nesse ponto, entre em cena outro adjetivo que passa a ser vinculado por Menezes Cordeiro ao cumprimento: o adjetivo “inexato”. Mas tal adjetivo não tem aplicação para o descumprimento de todo e qualquer dever, senão apenas o de realizar, exatamente, a prestação principal. Para o autor português, nessa hipótese, o *cumprimento* significa *prestação*, de modo que *cumprimento inexato* significa apenas *prestação inexata*. Assim, sua hipótese fica inequivocamente restrita àqueles casos em que chegado o prazo para a execução “da prestação”, esta seja efetivada (não há mora, no sentido de retardo), mas não conforme legitimamente se esperava, não havendo “exata” correspondência entre a “prestação realizada” e a “conduta devida”, enfatizando o autor que a não correspondência pode advir de vários fatores, dentre os quais: (1) insuficiência; (2) má qualidade, e (3) não correspondência do comportamento realizado, face à atitude devida.²⁶³

Mas há que se ter cuidado no laborar com o tema. Isso porque, primeiro, Menezes Cordeiro diz que “como ponto de partida, deve ficar claro que o cumprimento *imperfeito* é um incumprimento”, porque quando ocorre, desencadeia todos os mecanismos previstos perante a inobservância das obrigações.”²⁶⁴ Porém, na página seguinte, afirma que “para que um cumprimento *defeituoso* possa, ainda, merecer o epíteto de cumprimento, necessário é que ele tenha um mínimo de correspondência com a atitude devida.”²⁶⁵ Ou seja, da junção das duas afirmações, surge a proposição de que o cumprimento *imperfeito* é “incumprimento”, e que o cumprimento *defeituoso*, ao contrário, pode ser “cumprimento”, algo que, no

²⁶² MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 199.

²⁶³ Ibid., p. 200. Note-se que em passagem anterior da mesma obra, o referido autor afirma que deve considerar-se como integrando as hipóteses de violação positiva do contrato, os casos de (1) cumprimento defeituoso *da prestação* principal, de (2) incumprimento ou impossibilidade *de prestações* secundárias e de (3) violação de deveres acessórios (Ibid., p. 196-197). As duas primeiras dizem respeito, claramente a infrações sobre a prestação.

²⁶⁴ Ibid., p. 199.

²⁶⁵ Ibid., p. 200.

conjunto, e sem maiores explicações, pode levar a não-compreensão dessa ordem de idéias e, pior, à falsa conclusão de que haveria nela uma obrigatória contradição lógica. Porém, não é exatamente assim. Já se viu que cumprimento *imperfeito*, em Menezes Cordeiro, é sinônimo de *violação positiva*; é, portanto, uma espécie de “incumprimento”; daí estar correta a primeira parte daquela proposição. Já o cumprimento *defeituoso*, “pode ser”, ou seja, não é necessariamente um resultado a ser tomado como “descumprimento”, da mesma hierarquia que a *impossibilidade* e a *mora* na classificação geral do inadimplemento. Nem mesmo como hipótese de *violação positiva* o *adimplemento defeituoso* (sinônimo de *cumprimento inexato*) necessariamente será, senão apenas quando não haja mínima correspondência entre a conduta devida e aquela efetivamente prestada; nesse último caso, sim, o *cumprimento defeituoso* (inexato) será, efetivamente “incumprimento”.

O cumprimento defeituoso pode ser “cumprimento” (adimplemento) ou pode ser “incumprimento” (inadimplemento), a depender das particularidades do caso concreto. No primeiro caso, será um defeito irrelevante, uma imperfeição sem importância. No segundo, o defeito no prestar revela um *status* de maior gravidade, acomodando-se, por essa razão, como hipótese de *violação positiva* e, assim, dentro da terceira espécie de inadimplemento.

Inegavelmente, o excessivo recurso às adjetivações dos descumprimentos dos deveres enfeixados na relação obrigacional, formando várias expressões, colabora para turvar as idéias. *Violação positiva*, *adimplemento imperfeito*, *adimplemento defeituoso* e *adimplemento inexato*, todas essas expressões são encontradas na mesma lição de Menezes Cordeiro. Porém, com o mais elevado respeito, parecem carecer de uma sistematização mais clara, com atribuição exata do conteúdo a cada uma, e a eliminação de expressões sinônimas, que nada contribuem. Desse modo, no intuito de aclarar o tema, seguindo a visão de Menezes Cordeiro, é necessário admitir que: (1) *Violação positiva* é espécie de incumprimento (inadimplemento), ao lado da *impossibilidade* e da *mora*; (2) *violação positiva* é o mesmo que *cumprimento imperfeito*; (3) o *cumprimento inexato* é um tipo de *cumprimento imperfeito*, portanto, um tipo de *violação positiva*; (4) o *cumprimento inexato* diz respeito às infrações relacionadas com a prestação principal, e não com os deveres acessórios; (5) *cumprimento inexato* é o mesmo que *cumprimento*

defeituoso objetivo, mais precisamente, ao que Karl Larenz chama de *cumprimento defeituoso objetivo*.²⁶⁶

Como visto, aquelas duas idéias²⁶⁷ não são colidentes, e a nota que as esclarece, está no fato de que o *adimplemento defeituoso* “pode vir a ser” um tipo de violação positiva (inadimplemento), mas também pode não chegar a configurá-la.

De tais observações resulta que, o *adimplemento defeituoso* (de menor importância) que não configure inadimplemento, inadimplemento será e, assim sendo, obrigatoriamente conformará um tipo de inadimplemento diferente do inadimplemento ótimo (pleno), um tipo de inadimplemento que, segundo é defendido neste trabalho, corresponde àquele que é encontrado no *adimplemento substancial*.

Importante contribuição sobre a teoria da violação positiva do contrato no direito português é dada por Pedro Romano Martinez em obra destinada ao estudo do inadimplemento defeituoso. Explica que, com base nos estudos de Staub e nos que seguiram, é possível afirmar que o campo de incidência da teoria recobre sete grupos de situações: (1) violação de deveres de omissão, como o de não estabelecer concorrência (p.ex.: não abrir loja em determinada rua); (2) violação aos deveres de cuidado e proteção (p. ex.: o vendedor entrega maçãs estragadas, que contaminam outras do comprador); (3) violações a deveres laterais, como o de informação, conselho, segredo, etc... (4) nos casos de contratos sucessivos, quando é desrespeitado um só dever de entrega (ex.: contratos de fornecimento); (5) nas situações em que o devedor declara categoricamente que não cumprirá a prestação (quebra antecipada do contrato); (6) nas hipóteses de culpa *post pactum finitum*, que se caracterizam pela violação de deveres laterais, que subsistam após o cumprimento do dever principal; e (7) hipóteses de cumprimento defeituoso.²⁶⁸

Pedro Romano Martinez afirma que em Portugal existe regimento para o *cumprimento defeituoso*, bem como para as demais situações que seriam enquadráveis pela teoria da violação positiva, e que, por essa razão, não se mostra necessária a importação da mesma para o domínio do direito português, entendendo, ainda, que ela sequer tem tido aceitação fora do espaço jurídico

²⁶⁶ LARENZ, 1958, t. 1, p. 365.

²⁶⁷ Em Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4) a saber: (1) que o cumprimento *imperfeito* é um “incumprimento” (Ibid., p. 199), e que (2) o cumprimento *defeituoso* pode vir a configurar hipótese de “cumprimento” (Ibid., p. 200).

²⁶⁸ MARTINEZ, Pedro Romano. **Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada**. Coimbra: Livraria Almedina. 2001, pp. 61-64.

alemão;²⁶⁹ a única concessão feita pelo autor, é de que a expressão “violação positiva do contrato” seria aceitável se usada como sinônimo de *cumprimento defeituoso*, mas, ainda, assim, seria enganadora, devendo concluir-se pela sua irrelevância, por ser realmente supérflua no ordenamento jurídico português, de modo que se mostra desnecessário delimitar a sua atuação em relação ao *cumprimento defeituoso*.²⁷⁰ No que tange à configuração da própria teoria, Pedro Romano Martinez a critica pelo fato de ser aplicada a uma pluralidade de situações heterogêneas, realidades muito distintas que não conformam uma unidade, não permitindo que se estabeleça um regime jurídico aplicável com segurança, e que, por isso, a melhor solução é a adotada pelo direito português, que lança mão do regime jurídico mais apropriado para cada uma daquelas situações, em vez de um regime geral.²⁷¹ Em sentido oposto, Menezes Cordeiro entende que a teoria da violação positiva do contrato, como figura de referência, mantém interesse e atualidade, e que o regime aplicável (a indenização pelos danos; a possibilidade de recusar a prestação e de invocar a exceção do contrato não cumprido) justificam a sua permanência como figura unitária.²⁷²

No direito espanhol, a teoria da violação positiva do contrato tem relação direta com estudo do cumprimento defeituoso, pois também naquele sistema o inadimplemento é dividido entre o descumprimento definitivo, a mora e o cumprimento defeituoso (inexato). Vale observar que no sistema jurídico espanhol a doutrina confere diferentes significados para a mora e para o simples retardo, este último não sendo portador de maiores consequências, o que não apresenta relevância para o presente estudo.

Tal qual na codificação brasileira, o Código Civil espanhol não define o que é inadimplemento, pois o seu Artigo 1.124²⁷³ apresenta uma disciplina para as

²⁶⁹ O referido autor entende que na Alemanha, em face da deficiente regulamentação do seu Código Civil, é admissível o recurso à violação positiva do contrato, mas não no direito português, “*em que o Código Civil, de forma mais avisada, primeiro estabeleceu um princípio geral de responsabilidade civil (art. 483.º) e, depois, admitiu a figura do não cumprimento em sentido amplo (arts. 798.º ss.)*” MARTINEZ, 2001, p. 65.

²⁷⁰ Ibid., p. 66.

²⁷¹ Ibid., p. 60, 65.

²⁷² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 602.

²⁷³ “**Artículo 1124:** La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

conseqüências, carecendo de um efetivo conceito do que seja inadimplemento e sua extensão, fazendo o tema de difícil precisão, notadamente diante da falta de adjetivação para o não-cumprimento. Assim como no Código Civil brasileiro, o Código Civil espanhol, no precitado artigo, não difere entre descumprimento total e descumprimento parcial.

Para Diez-Picazo, o adimplemento defeituoso se trata de um fenômeno que a doutrina tradicional não havia contemplado de forma rigorosa; por vezes equiparado ao não-cumprimento definitivo, outras vezes reduzido ao puro casuísmo de concretas prescrições legais para determinados contratos. Foi a partir da construção da figura das “lesões positivas do crédito” que, segundo o autor, a doutrina mais moderna levou a cabo uma análise mais rigorosa, que ainda não se poderia considerar acabada, mas que permite separar tais violações e fazê-las objeto de um tratamento especial.²⁷⁴

Desse modo, as violações positivas, ou seja, quando o devedor cumpre a prestação, mas não da forma devida, são tratadas pela doutrina espanhola como *cumprimento defeituoso*, cabendo diferenciá-lo do *cumprimento parcial*, ao menos para um melhor esclarecimento dogmático, por que no que respeita às conseqüências, ambos conduzirão ao mesmo tratamento jurídico. Nesse ponto, Aurora González González refere que ambos são conceitualmente semelhantes, até por que, ambos produzem algum tipo de descumprimento; porém o *cumprimento parcial* é mais fácil de delimitar, até por que geralmente ocorre nos pagamentos em prestações.²⁷⁵ Tal observação remete a limitação do *cumprimento parcial* à idéia de quantidade, no âmbito da prestação principal, por óbvio. Já o *cumprimento defeituoso*, por seu turno, diz respeito às infrações quanto ao *modo, tempo e lugar* estipulados no contrato.²⁷⁶ E aqui não se pode deixar de notar a co-relação existente com o conceito de *mora* no Direito brasileiro. Em outras palavras, a partir da lição de Aurora González González, a noção de *adimplemento defeituoso* no Direito espanhol é a mesma que desfruta a *mora* no Direito brasileiro.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.”

²⁷⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid. Civitas, 1996. v. 2, p. 666.

²⁷⁵ GONZÁLES GONZÁLES, Aurora. **La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales**. 1. ed. Barcelona: Bosh, 1987. p. 42.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 77.

Em Diez-Picazo a noção, em princípio, parece a mesma, pois o *cumprimento defeituoso* (inexato), em termos gerais, ocorre sempre que o comportamento solutório levado a cabo pelo devedor não se ajusta aos pressupostos que o pagamento (previsto) reclama para produzir plenos efeitos liberatórios (do devedor) e satisfativos (do credor), razão pela qual, o cumprimento defeituoso diz respeito às inexatidões que se referem a cada uma das condições ou a cada um dos requisitos que regulam o pagamento (no caso concreto).²⁷⁷ Segundo o mesmo autor, tais inexatidões dizem respeito, em sentido amplo, a (1) à *pessoa* do credor, como, por exemplo, no caso do pagamento a incapaz; (2) *ao objeto* da prestação (identidade e integridade do pagamento); (3) *ao lugar* da prestação e (4) *ao tempo* da prestação.²⁷⁸

No entanto, e aí limitando a noção de *cumprimento defeituoso*, Diez-Picazo anota que de todas essas hipóteses de *cumprimento defeituoso* (inexato), somente a segunda delas (objeto da prestação) requer um tratamento especial, porque todos os demais casos encontram solução, no Direito espanhol, dentro das normas previstas para o pagamento.²⁷⁹

O *cumprimento defeituoso* enquanto *violação positiva* é expressamente reconhecido por Diez-Picazo, ao diferenciá-lo do descumprimento definitivo e da mora, embora o aludido autor não refira qualquer importação da teoria da violação positiva, do Direito alemão, para o Direito espanhol. No *cumprimento defeituoso* “existe um comportamento positivo do devedor dirigido a cumprir, que, entretanto, não se ajusta aos termos do programa estabelecido no ato de constituição da relação obrigacional”, o que o diferencia do descumprimento definitivo e da mora, porque nestes “se terá produzido uma omissão total de prestação”.²⁸⁰

Em síntese, no Direito espanhol, a *violação positiva* haverá de ocorrer, para configurar *cumprimento defeituoso* com disciplina especial, em relação à prestação, mais exatamente sobre o objeto da prestação, no tocante à sua identidade e à sua qualidade.

Quanto ao Direito brasileiro, a importação da teoria da quebra positiva do contrato não pode ser automática, visto que a mora entre nós contempla hipóteses diversas, oferecendo um espectro bem mais amplo, abrangendo violações

²⁷⁷ DIEZ-PICAZO, 1996, v. 2, p. 666.

²⁷⁸ DIEZ-PICAZO, loc. cit.

²⁷⁹ DIEZ-PICAZO, loc. cit.

²⁸⁰ DIEZ-PICAZO, loc. cit.

contratuais relativas ao tempo, modo e lugar, razão pela qual não é difícil concluir que o terceiro tipo de inadimplemento, pra o Direito brasileiro, não guarda exata identidade com aqueles casos identificados por Staub no Direito alemão.

Nos tópicos seguintes, após expostos aspectos controvertidos em jurisprudência e em doutrina quanto ao reconhecimento do terceiro tipo de inadimplemento, seu conteúdo e efeitos, será analisado em que pontos a teoria da violação positiva do contrato é recepcionada pelo direito brasileiro, bastando por ora reconhecer a sua influência. Em especial, nesse ponto, é importante lembrar, em primeiro plano, que a Teoria decorre da aplicação do princípio da boa-fé; todavia, e aí avançando um nível, é preciso compreender que no século XIX tal princípio foi obliterado pelo princípio da autonomia da vontade, como consequência do liberalismo, àquela época em seu vigor. Pouco espaço foi deixado para a aplicação do princípio da boa-fé, para isso também contribuindo o reduzido poder criador da Jurisprudência em razão do respeito à doutrina da separação dos poderes professada por Montesquieu.²⁸¹ Em face desse contexto histórico é que o Código Alemão do início do século XX se sobressaiu em importância, ao trazer o princípio da boa-fé como cláusula geral no § 242, dispositivo que, mais tarde, segundo Clóvis do Couto e Silva, constituiria o “elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional.”²⁸² Pela recepção do princípio da boa-fé enquanto cláusula geral (que hoje desfruta de assento legal no sistema jurídico pátrio, no Art. 422 do Código Civil), foi possível admitir, sem possibilidade de resistência, a existência de outra classe de deveres, que se estabelecem paralelamente à obrigação principal e, com isso, tal princípio foi guindado ao *status* de fonte autônoma de direitos e obrigações, transformando a relação obrigacional, agora mais complexa, pela introdução de “elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento.”²⁸³

Fato é, que a teoria da violação positiva do contrato se estende sobre deveres acessórios, implícitos e instrumentais, que se acham ao lado da obrigação principal, de tal sorte que o adimplemento imperfeito, defeituoso em sentido mais estreito (ruim, na expressão cunhada por E. Zietlemann), decorre da imperfeição que se abate sobre tais deveres. Esta é, em linhas gerais, a influência da teoria da violação

²⁸¹ COUTO E SILVA, 1997. p. 35.

²⁸² *Ibid.*, p. 37.

²⁸³ COUTO E SILVA, *loc. cit.*

positiva no âmbito do inadimplemento no Direito brasileiro, a qual se retornará mais adiante.

Vejamos, então, se é possível encontrar no estudo dos vícios redibitórios alguma hipótese classificável na terceira espécie de inadimplemento.

No Direito brasileiro, quando a *imperfeição* se verificar no *bem*, no próprio objeto material da prestação, ou seja, na “coisa”²⁸⁴ que o credor recebe em decorrência de contrato comutativo, se estará diante da situação jurídica que o legislador disciplina como *vícios redibitórios*. Prontamente se vê que a *imperfeição* não é encontrada no aspecto temporal, nem na forma e nem no lugar em que a prestação é realizada, mas, sim, na própria *coisa*, em si mesma considerada, ou seja, no objeto da prestação já realizada. A *imperfeição* assume a forma de “vícios” ou “defeitos” que se abatem sobre a coisa entregue ao credor, não sendo a conduta do devedor relevante para configurar o vício redibitório. Por exemplo, o conhecimento prévio do devedor a respeito dos vícios não é essencial para a sua configuração.

A matéria vem disciplinada nos Arts. 441 a 446 do Código Civil de 2002 (no Código Civil de 1916, Arts. 1.101 a 1.106), dos quais resta claro que o legislador conferiu ao credor uma *garantia*, no sentido de que poderá usar a coisa conforme o fim esperado, conforme a sua destinação, ou, então, terá respeitado o equilíbrio das obrigações co-respectivas, seja pelo retorno das partes ao estado anterior (quando a coisa será rejeitada), seja pelo abatimento proporcional do preço. Pode se dizer que a função da proteção legal contra os vícios redibitórios é de garantia do *adimplemento* da prestação (fim esperado, conforme a sua destinação) e, por efeito, de garantia do próprio equilíbrio contratual.

A *imperfeição*, o *defeito*, no vício redibitório (vício grave e oculto ao tempo da transmissão da coisa), se manifesta como *vício de fato*, diferente do que ocorre na evicção, que traduz *vício de direito*, e onde não existe propriamente um defeito, uma imperfeição, porque na evicção a garantia é de que o alienante não tenha prejuízo em caso de perda da coisa para terceiro.

Há quem sustente que a imperfeição (o defeito) que macula a coisa, no caso dos vícios redibitórios, pode traduzir um tipo de descumprimento, de algum dever enfeixado na relação obrigacional (p. ex.: de cuidado, de diligência, de informação),

²⁸⁴ Termo utilizado tanto no Art. 1.101 do Código Civil de 1916, como no Art. 441 do Código Civil de 2002.

fazendo com que, em tais hipóteses, a natureza jurídica dos vícios redibitórios seja o inadimplemento,²⁸⁵ um tipo de inadimplemento diverso da mora e do inadimplemento absoluto.

Por outro lado, pode que, mesmo diante de todo zelo e todo cuidado do devedor, e do seu total desconhecimento sobre o problema, ainda assim, o vício redibitório se manifeste, desequilibrando a relação entre prestação e contra-prestação, e nesse caso, mesmo não tendo violado qualquer dever, será o devedor chamado a “garantir” o credor contra os efeitos deletérios do vício ou defeito.

No Direito pátrio os vícios redibitórios encontram dupla fonte normativa. Para as relações jurídicas ditas comuns, o Código Civil (Arts. 441 a 446), para as relações de consumo a Lei nº 8.079/90 (Art. 12 a 25). O primeiro não conceitua o que é *vício*, nem *defeito*. Já o segundo diploma, conhecido como Código de Defesa do Consumidor, estabelece essa diferença. Em sua Seção II, Arts. 12 a 18, é tratada a responsabilidade *pelo fato* do produto ou do serviço, enquanto que a Seção III, Arts. 19 a 25, trata da responsabilidade *pelo vício* do produto ou do serviço. O Art. 12, *Caput*, da Lei nº 8.079/90, cuida dos danos causados por *defeitos* dos produtos ou por *defeitos* de informações sobre a sua utilização e riscos. O “parágrafo primeiro”, por seu turno, conceitua o que é *defeito*, para aquela Lei, a saber: quando o produto não oferece a *segurança que dele legitimamente se espera*, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, dentre as quais estão aquelas arroladas nos incisos I, II e III. Como se vê, a noção de *defeito* está ligada à segurança da pessoa (do consumidor ou de terceiro). Por outro lado, o Art. 18 da mesma Lei estabelece a noção de *vício*, como sendo a imperfeição do produto que o torne *impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina ou lhe diminuam o valor*, ou a imperfeição decorrente da disparidade entre o produto e as indicações constantes do seu recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária. Além disso, o dispositivo legal classifica os *vícios* em relação à quantidade e à qualidade.²⁸⁶ Como se vê, as noções são bem distintas para *vício* e para *defeito*. Para a configuração do *defeito* é irrelevante saber se o produto é apto ao uso para o qual foi colocado em circulação, porque o importante é verificar o *grau de segurança que apresenta*; o

²⁸⁵ VENOSA, 2004, p. 560.

²⁸⁶ O Art. 14, § 1º da Lei no 8.079/90, refere quando o *serviço* é defeituoso, ao passo que o Art. 20 da mesma Lei, trata da responsabilidade pelo vício do *serviço*

que conta, são os danos que o defeito pode causar.²⁸⁷ Assim sendo, “a determinação do *caráter defeituoso* do produto não deve ser feita em função da inaptidão para certo fim, mas em razão da segurança a que os consumidores poderiam legitimamente esperar”, já o *vício*, diversamente, “é inerente à própria coisa, afetando a sua prestabilidade ou diminuindo-lhe o valor”,²⁸⁸ é imperfeição que afeta a sua qualidade ou quantidade.²⁸⁹

Disso resulta, ainda, segundo Alberto Amaral Junior, a importância da distinção entre *vício* e *defeito* no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, e que está na diferença de regime jurídico aplicável; em relação aos *defeitos*, visou a tutela da *integridade psicofísica* dos consumidores, ao passo que ao tratar dos *vícios*, o objetivo é proteger a *esfera econômica* do consumidor.²⁹⁰

A proteção legal conferida aos consumidores não é o foco do presente estudo, razão porque tais observações são trazidas para que se tenha uma noção mais ampla do sistema jurídico, nesse aspecto, ou seja, atuam para oferecer uma visão melhor do contexto em que se insere o tema.

O próprio Alberto Amaral Junior,²⁹¹ enfatiza que o conceito de *defeito* na Lei nº 8.079/90 se distingue tanto da noção de *vício* do direito tradicional, quanto da noção de *vício* instituída pela Lei nº 8.079/90. O objeto do presente estudo é desenvolvido essencialmente à luz da legislação comum, razão porque para ela se retorna. Sob a égide do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda, escreveu que “vício é qualquer discordância entre a coisa, tal como está, e sua normal utilizabilidade, ou entre a coisa e utilizabilidade prevista no contrato.”²⁹²

Esse vício determina a responsabilidade de quem já adimpliu, porque a prestação deve ser adimplida de modo que não haja vícios²⁹³. Em casos tais, há o adimplemento, sim, mas também a posterior insatisfação do credor em razão do aparecimento do vício oculto. Essa insatisfação pode ser de tal gravidade, que o

²⁸⁷ AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 2), p. 271.

²⁸⁸ AMARAL JUNIOR, 1993, p. 272.

²⁸⁹ Conforme VENOSA, 2004, p. 571: “O âmago da Lei é de inspiração idêntica aos princípios históricos dos vícios redibitórios, apenas o legislador teve que ser mais minucioso, para impedir que escapassem o fornecedor e assemelhados a sua responsabilidade social.”

²⁹⁰ AMARAL JUNIOR, op. cit., p. 272. Na mesma página o autor alinha outros aspectos alusivos a essa distinção, mas que para o presente estudo não se revelam importantes.

²⁹¹ AMARAL JUNIOR, loc. cit..

²⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998, t. 4, p. 256.

²⁹³ PONTES DE MIRANDA, 1998, t. 4, p. 258.

credor opte por rejeitar a coisa, redibindo o contrato. Há relação direta entre os vícios redibitórios previstos no Código Civil e a satisfação do credor. E entre a noção de satisfação do credor, e as concepções de adimplemento e de inadimplemento, há um caminho muito curto. Tanto é verdade, que Pontes de Miranda faz expressa referência à “ação de adimplemento não-satisfatório”,²⁹⁴ citando julgado cujo caso envolvia refrigerador que devia ter determinada capacidade de refrigeração prevista no contrato, mas que não produziu o resultado desejado.

Nos vícios redibitórios há um adimplemento seguido de uma imperfeição (que se mantinha oculta) localizada na própria coisa já prestada, uma imperfeição grave e não de pouca relevância. Todavia, como já se pode intuir, não é desse tipo de adimplemento que o presente estudo se ocupa, tendo sua abordagem, breve, servido para melhor delimitação do *adimplemento imperfeito* objeto deste trabalho.

Em Clóvis do Couto e Silva se verifica que “para que a finalidade do negócio seja atingida”, ou seja, para que haja o adimplemento, “é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor”, sendo que

[...] alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada. Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio, por vezes ligados aos deveres principais e dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.²⁹⁵

Da exposição feita, as três situações jurídicas apresentam hipóteses bem claras de imperfeições que atingem o interesse, do credor em especial, e de todos os contratantes, com um todo. No adimplemento substancial, a imperfeição é no dever principal de prestar (obrigação principal), até o momento da realização da prestação; na violação positiva do contrato sob a forma de adimplemento ruim, a imperfeição ocorre quanto aos deveres que de alguma forma se vinculam à prestação principal, sem com ela serem confundidos, e no caso dos vícios redibitórios, pelo regime do Código Civil, a imperfeição surge no objeto da própria prestação (no bem, na coisa), enquanto que no regime do Código de Defesa do Consumidor a imperfeição pode ser tanto na coisa (produto) como no serviço objeto da prestação, mas essa imperfeição ocorre depois de realizada a prestação, depois do adimplemento. Todas

²⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, 1998, t. 4, p. 257.

²⁹⁵ COUTO E SILVA, 1976, p. 36.

as hipóteses abrigam imperfeições (defeitos), mas de diferentes formas. Os vícios redibitórios possuem disciplina própria, como regramento geral, no sistema jurídico pátrio. Não estão disciplinados positivamente como inadimplemento, e não integram as hipóteses de adimplemento imperfeito como defendida no presente estudo.

Destarte, no *adimplemento imperfeito*, a primeira providência a tomar na abordagem do tema é esclarecer sob qual perspectiva será visto; tudo indica que a análise da *imperfeição* deva passar pela lente da *satisfação* do credor.

Com efeito, quando essa *satisfação* não chegar a ser completamente alcançada pela conduta do devedor, não atingindo o nível ótimo, mas, de outra banda, for considerada uma *satisfação substancial*²⁹⁶ (pelo credor, espontaneamente, ou pelo Judiciário, compulsoriamente), se estará diante, para todos os efeitos, de uma *satisfação* com relevância jurídica. Haverá uma *satisfação* que se revela “suficiente” para caracterizar como *adimplemento* o resultado do conjunto de condutas do devedor visando o pagamento. Trata-se de “um tipo” de adimplemento, sob o ângulo da *satisfação* do credor. Em verdade, um tipo de adimplemento *imperfeito (lato sensu)*.

Essa noção de *adimplemento*, abstraída a *imperfeição*, se harmoniza com aquela que Antunes Varela²⁹⁷ e Jorge Cesa Ferreira da Silva atribuem ao pagamento *stricto sensu*, qual seja, o pagamento realizado pelo devedor, diretamente ao credor, consoante o devido, sendo por essa perspectiva que se desenvolve o presente trabalho. Excluiu-se a possibilidade de ocorrer “adimplemento imperfeito” na consignação em pagamento e na dação em pagamento (pela perspectiva do “meios” de satisfazer o credor), ou na *satisfação* obtida a fórceps pela intervenção judicial com o resultado da praça ou do leilão (pelo ângulo de “quem realiza o ato” de satisfazer o credor).

Avançando sobre outro ponto, Pontes de Miranda preconiza que o *adimplemento* (o pagamento, a solução, a execução) é ato-fato jurídico. Essa é a sua natureza jurídica. Ou houve o adimplemento, ou não houve. Ou o adimplemento surte efeitos, ou não surte. Para Pontes de Miranda, não há plano de validade para o

²⁹⁶ Um nível imediatamente abaixo do nível ótimo.

²⁹⁷ VARELA, 1978, v. 2, p. 4: “Em estrito rigor, só há cumprimento (ou pagamento) quando a prestação que o credor tem o poder de exigir é efetuada pelo devedor. Cumprir é saldar um dever, corresponder a um vínculo, satisfazer um compromisso; e só o obrigado se encontra adstrito ao dever de prestar.”

pagamento. Adimplemento é, ou não é (plano da existência).²⁹⁸ O ato-fato jurídico de solver é que adimple e libera.²⁹⁹

Ainda em Pontes de Miranda, encontra-se a seguinte observação: “Se o devedor prestou, sem ser conforme a sua dívida, por erro, pode repetir a prestação, oferecendo a prestação devida”, de modo que, segundo Pontes, “pagamento repete-se”. Não se pode decretar a nulidade e nem se anula adimplemento.³⁰⁰ Já sintetiza o adágio: “quem paga mal, paga duas vezes” (ou seja, repete).

Com efeito, novamente há de se indagar como ficam os casos que se abrigam sob o manto elástico do denominado adimplemento imperfeito (*lato sensu*) do contrato. Qual a sua natureza jurídica? Devem ser considerados *adimplementos*, ou seriam formas de *inadimplemento* equivocadamente denominadas como adimplemento adjetivados?

Ora! O pagamento não realizado perfeitamente, desde que satisfaça substancialmente o credor, tem a mesma natureza jurídica do adimplemento ótimo. É adimplemento e, por isso, libera, na exata proporção do cumprimento havido. Ou seja, libera o devedor da prestação principal e dos demais deveres que lhe digam respeito concretamente, e que foram observados, restando apenas obrigado (vinculado) ao pagamento de eventuais perdas e danos.

Por outro ângulo, após oferecer um exemplo de *cumprimento inexato*, exemplo que nitidamente se enquadra na teoria do *adimplemento substancial*, Menezes Cordeiro refere a existência de uma zona de fronteira na qual podem ser suscitadas dúvidas de qualificação; afirmando, ainda, que, para que um *cumprimento defeituoso* (no sentido de “inexato”, que o autor emprega) possa ser considerado “cumprimento” (inadimplemento, no direito brasileiro), é necessário que ele tenha um mínimo de correspondência em relação àquela conduta que legitimamente dele era esperada.³⁰¹ Mas disso não resulta, segundo o mesmo autor, que a natureza desse *cumprimento inexato* seja cindível, o que faria com que na parte adimplida a conduta do devedor fosse considerada como ato devido, e na parte inadimplida, um ilícito obrigacional, razões essas que levaram o jurista a repugnar tal cisão, que seria operada no seio de um ato inequivocamente unitário (o

²⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 82. “Não foi sem grandes prejuízos para a ciência que se generalizaram dizeres como ‘pagamento nulo’, ‘pagamento anulável’, ‘não vale o pagamento’. Não há plano de validade para pagamento, ou adimplemento.”

²⁹⁹ Ibid., p. 83.

³⁰⁰ Ibid., t. 24, p. 82.

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 201.

cumprimento inexato é, em um sentido global, um ato ilícito).³⁰² O *cumprimento inexato* seria, portanto, em Menezes Cordeiro, “inadimplemento”, algo que, ao ser confrontado com a realidade, parece não poder ser tomado em sentido absoluto, porque, conforme já anotado anteriormente, *adimplemento substancial* é “adimplemento”, por construção jurisprudencial e doutrinária, mas é inadimplemento, a tanto, que não pode acarretar, tal qual o adimplemento ótimo (pleno) a resolução do contrato.

Tal observação reforça a conclusão de que não existe meio termo; a conduta global do devedor acarreta o inadimplemento ou o cumprimento. Não há terceira via. A zona gris existente, em alguns casos, entre o cumprimento e o inadimplemento, é solucionada em favor de um deles, e não mediante a criação de uma outra espécie jurídica de resultado. A solução está em concluir quão mais próximo está esse resultado do cumprimento, ou do inadimplemento. São os fatos que, na prática, irão solucionar o entrave, como expressamente reconhece Menezes Cordeiro, ao afirmar que “a distinção terá de ser extra-jurídica”.³⁰³

É importante enfatizar que, para este estudo, no *adimplemento imperfeito* (entenda-se: a parte adimplida da relação complexa) dois aspectos são fundamentais: (1) a satisfação do credor e (2) a extinção do vínculo. O cumprimento imperfeito segue, portanto, a ordem lógica que preside a estrutura do cumprimento: satisfaz e libera.³⁰⁴ Pode-se dizer que no *adimplemento imperfeito* se está diante de um “fato” social (o ato de pagar; a conduta do devedor), seguido de uma “avaliação” desse fato (se o pagamento foi suficiente para gerar satisfação substancial do credor), carecendo, todavia, de uma norma positivada que possa incidir sobre tal fato, determinando, ou não, a liberação do vínculo. O Código Civil não disciplina esse tipo de cumprimento (inadimplemento). O que há, é um entendimento baseado na doutrina e na jurisprudência, construído, basicamente, a partir do princípio da boa-fé objetiva.

Do ponto de vista econômico e funcional o *adimplemento imperfeito* é cumprimento, porque satisfaz os interesses do credor e reduz (quando não

³⁰² MENEZES CORDEIRO, 2010, v. 2, t. 4, p. 202-203.

³⁰³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4, p. 200: “um certo comportamento poderá considerar-se como cumprimento, se bem que inexato, quando, à luz do bom senso e de critérios de normalidade social, ele ainda possa ser aproximado do cumprimento devido. Quando tal não suceda, há, pura e simplesmente, incumprimento. Os resultados obtidos desta forma devem, em todo o caso, passar pelo crivo da boa-fé.”

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, t. 24, p. 72.

extingue) a vinculação das partes, que poderão ficar ligadas apenas pelo viés indenizatório. Não se resolve o contrato; anda-se para frente, algo que interessa à fluidez e segurança das relações comerciais, e aos mercados como um todo. Movendo o ângulo de observação e analisando-se o *adimplemento* imperfeito (em sentido amplo) pela lente do *inadimplemento*, verifica-se que nos casos em que o devedor realiza apenas de forma diminuta os deveres que lhe cabe (principais, secundários e anexos), a satisfação do credor não chega a ser atendida de modo relevante, ensejando, assim, o desfazimento do vínculo, porque a relação obrigacional não logrou atingir sua finalidade, perdendo a sua função, a sua razão de ser. Se a consequência é o desfazimento do vínculo, pela via da resolução, a causa que lhe subjaz só pode ser o inadimplemento absoluto. Vê-se aqui o inadimplemento definido pelo efeito, mais precisamente o seu efeito mais drástico, a resolução, à semelhança do que Pontes de Miranda admite, embora para situação diametralmente oposta, em relação ao adimplemento no sentido de *solutio*, ou seja, o adimplemento definido a partir do efeito do desligamento das partes em relação ao vínculo jurídico.

Nesses casos, embora possa haver imperfeição na tentativa de adimplir, não se pode considerar que o devedor tenha adimplido nem de forma imperfeita, pois é o inadimplemento definitivo que prepondera.

Existem dois caminhos: ou a satisfação do credor é substancial, suficiente, com relevância jurídica e econômica³⁰⁵ necessária para mover o fiel da balança na direção do *adimplemento* (mesmo que imperfeito), ou, então, *inadimplemento* será; e com isso, se confirma, com apoio em Pontes de Miranda, em lição já referida, que não existe adimplemento “mais ou menos”; ou é adimplemento, mesmo que por interpretação extensiva em face de uma construção doutrinária moderna, ou é inadimplemento.

Em que pese trivial, é importante atentar para a diferença entre os resultados negativos da conduta do devedor. Os efeitos que decorrem do descumprimento irrelevante de um dos deveres da obrigação complexa (qualquer dever: definição ampla do inadimplemento),³⁰⁶ são necessariamente diferentes dos efeitos

³⁰⁵ Mas a satisfação suficiente e a relevância econômica não abrem caminho para o acolhimento do *inadimplemento eficiente*. São noções diferentes.

³⁰⁶ Em doutrina, o sentido restrito do inadimplemento é a não realização ou a má realização da prestação, como se lê em Jorge Cesa Ferreira da Silva (FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 2, nota de rodapé 5).

resultantes do inadimplemento relevante e global do conjunto desses deveres, ou seja, da própria obrigação complexa como um todo.

O descumprimento, sem maior relevo, de um dos deveres, ou mesmo de vários deveres, não conduz ao “inadimplemento” (definitivo), desde que a dimensão da parte corretamente cumprida da obrigação complexa possa ser traduzida como *adimplemento*. Mas, dependendo do caso concreto, se a imperfeição no cumprimento contratual for grave o suficiente para impedir, mesmo que futuramente, a realização da prestação (impossibilidade), ou acarretar a perda da utilidade da prestação para o credor, o efeito inexorável será o desfazimento do vínculo jurídico, e nesse caso, de *inadimplemento* é que se trata.

A partir desse ponto ganha relevo a classificação do *inadimplemento* no âmbito do Direito brasileiro e, para esse fim, será adotada aquela que parece ser a mais importante, ao menos para o presente estudo, classificação que, considerando o *efeito* mais drástico do não-cumprimento sobre a vida da obrigação (e não causa),³⁰⁷ subdivide o inadimplemento em três espécies, a saber: (1) *inadimplemento absoluto*, (2) *mora*, e (3) *adimplemento imperfeito*. Aguiar Júnior os denomina, respectivamente, de *inadimplemento definitivo*, *não-definitivo* e *cumprimento defeituoso* (quando, segundo o autor, é feita a prestação, mas de modo imperfeito).³⁰⁸ Cada uma dessas espécies será vista separadamente, para que se possa bem identificar o espectro da última, que mais de perto interessa a este estudo. A distinção, sem dúvida, é importante, porque conforme a natureza do inadimplemento, abrem-se ao credor diferentes alternativas legais.³⁰⁹

Neste ponto da exposição, é fundamental chamar a atenção para um aspecto decisivo para a compreensão do tema em estudo: o inadimplemento em suas três espécies é definido a partir do seu *efeito* sobre a vida da obrigação, ou seja, quando o inadimplemento pode acarretar o desfazimento do vínculo jurídico, quando ele tem

³⁰⁷ VARELA, 1978. v, 2, p. 53; USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 149-155.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy 200, p. 94-95, vai mais longe, ao estabelecer que o incumprimento pode ser classificado em quatro categorias: (a) segundo a sua “causa”, quando será imputável ou imputável ao devedor, (b) quanto aos “efeitos”, dividindo-se em (b.1) incumprimento definitivo, (b.2) não-definitivo e (b.3) cumprimento defeituoso; (c) quanto ao “conteúdo” da violação, para a qual o incumprimento pode ser de obrigação principal ou acessória, ou de dever secundário de conduta e, por último (d) tendo em vista o “interesse do credor”, poderá ser (d.1) com a satisfação do interesse do credor, ou (d.2) sem a satisfação deste.

³⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 95.

³⁰⁹ AGUIAR JÚNIOR, loc. cit.

a potencialidade de ensejar o rompimento, e quando não lhe assiste essa possibilidade.

Quanto a primeira espécie, o inadimplemento absoluto (definitivo), em síntese muito apertada pode se dizer que ele decorre de situações extremas, nas quais, por fato imputável ao devedor, o cumprimento não se realizou, não poderá vir a ser realizado ou não é mais do interesse do credor a sua realização.

Na lição de Aguiar Júnior, o inadimplemento que a resolução contratual exige como requisito é apenas o *não-cumprimento definitivo* que decorra da (1) *impossibilidade* superveniente de se cumprir a prestação, desde que imputável ao devedor; ou da (2) *inexigibilidade* da prestação por modificação superveniente das circunstâncias (a prestação é possível, mas não exigível) ou, por fim, (3) quando a prestação não representar mais *utilidade* para o credor (é possível, exigível, mas inútil).³¹⁰ Para o presente estudo, interessa mais de perto apenas a última hipótese, razão porque as duas primeiras serão vistas em linhas gerais.

Quanto à *impossibilidade*, em primeiro plano convém ressaltar que se ela já existente no momento da contratação, então, não conduzirá à resolução, e sim a soluções outras. Quando se mostrar objetiva, ao tempo da contratação, a impossibilidade levará à nulidade absoluta do contrato. E por impossibilidade objetiva entenda-se aquela que seja a mesma para todos. Por outro lado, a impossibilidade subjetiva, ainda ao tempo da contratação, ensejará à nulidade relativa. O traço subjetivo está em que a impossibilidade é simplesmente em relação ao devedor, e nesse caso, ela não vicia o negócio, não liberando o devedor.³¹¹ Como se vê, o regime da impossibilidade concomitante à formação do pacto é diverso do que impossibilidade superveniente.

Se de um lado a impossibilidade concomitante à contratação não tem importância para o tema atinente à resolução, por outro, a impossibilidade superveniente tem, porém sem despertar maior interesse a este estudo, porque onde houver impossibilidade de prestar o que é devido, não haverá qualquer tipo de adimplemento, sequer de forma imperfeita.

³¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 94-95

³¹¹ Ibid., p. 97-98. Nessa passagem, Aguiar Júnior alerta que a impossibilidade relativa não deve ser confundida com a simples dificuldade econômica do devedor para realizar a prestação.

No que diz respeito ao incumprimento definitivo que decorra da *inexigibilidade da prestação por modificação superveniente das circunstâncias*,³¹² tal hipótese igualmente não desperta maior interesse ao presente estudo. Em tais casos, é possível ao devedor adimplir, mas, dadas as circunstâncias, dele não é exigível a prestação. Sendo assim, se o devedor deixa de cumprir o contrato definitivamente, não haverá qualquer tipo de adimplemento, tornando sem relevância analisar a hipótese sob o ângulo do adimplemento imperfeito do contrato. Ademais, a hipótese pressupõe que a resolução seja postulada não pela parte inocente (até porque não haverá parte culpada), mas pelo contratante que se encontra em situação jurídica que lhe permita deixar de cumprir.

Por fim, aporta-se na hipótese do inadimplemento definitivo decorrente da superveniente *inutilidade da prestação para o credor*. Como já visto, a concretização da prestação respeita três aspectos, quais sejam, a *possibilidade*, a *exigibilidade* e a *utilidade*, restando evidente que na hipótese ora tratada a crise na relação obrigacional está localizada no último aspecto. A prestação é possível, pode ainda ser exigida, mas se tornou inútil para o credor, seja porque não foi efetuada no tempo devido, ou porque malfeita (modo e lugar).³¹³ Esse tema, diferente das demais hipóteses de *inadimplemento definitivo*, interessa sobremaneira ao estudo do *adimplemento imperfeito* do contrato, por estar intimamente ligado à investigação da permanência, ou não, do interesse do credor na manutenção do vínculo obrigacional, em razão do nível da sua satisfação decorrente do resultado final da conduta do devedor.

Como se percebe, a *possibilidade*, a *exigibilidade* e a *utilidade* da prestação são aspectos que fornecem importantes elementos para a compreensão dos diferentes níveis de inadimplemento, e que conduz à superação da concepção dicotômica - inadimplemento absoluto e mora, facilitando a visualização da terceira categoria, que a doutrina denomina de *cumprimento imperfeito*.

Excluídas as hipóteses de “impossibilidade” superveniente da prestação e de sua “inexigibilidade” por alteração superveniente das condições, que se mostram

³¹² AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 109: “Os casos de resolução de obrigações por modificação das circunstâncias do negócio (onerosidade excessiva, imprevisão, teoria da base do negócio, etc.) têm por fundamento o princípio da inexigibilidade da conduta estabelecida no contrato, por ausência de reprovabilidade na ação do devedor, tanto que, nesse caso, é ele quem está autorizado a pleitear a resolução.”

³¹³ VARELA, 1978, v. 2, p. 56: “São casos de não-cumprimento definitivo, ou de inadimplência definitiva, em que a prestação já não é possível ou perdeu o interesse que tinha para o credor.”

questões peremptórias, graves o suficiente para que se abandone o potencial adimplemento e, modo direto, se admita o inadimplemento definitivo, certo é, que o mesmo não se passa com as hipóteses de descumprimento que assumem os trajes da *mora*.

Para que se configure o “estado de mora”, a obrigação deve estar não só vencida, mas, para além disso, ser *exigível*. Orlando Gomes, ao abordar os pressupostos da mora, e fiel ao seu sentido clássico (não adotado pelo legislador pátrio), coloca em posição de primazia o *vencimento* da dívida, o atraso no pagamento, fazendo pressupor, logicamente, segundo o autor, a existência de crédito judicialmente exigível.³¹⁴ Todavia, o vencimento nem sempre anda de mãos dadas com a exigibilidade e, por essa senda, é possível descortinar que a inexigibilidade da prestação funciona como elemento a diferenciar dois tipos de inadimplemento relativo, aqui identificados como inadimplemento relativo em *sentido estrito* (prestação vencida, mas ainda não exigível) e o inadimplemento relativo *qualificado pelo “estado de mora”*, ou, simplesmente, *mora* (prestação vencida e exigível). As características particulares da mora no direito brasileiro fazem prova nesse sentido.

Nas obrigações com vencimento determinado vige a regra *dies interpellat pro homine* (o termo interpela em lugar do homem – credor), exposta no *caput* do Artigo 397 do Código Civil de 2002, segundo o qual, “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”. Nesses casos, a *mora* (*ex re*) surge sem prévia passagem pelo inadimplemento relativo em sentido estrito. Diferentemente, quando o contrato não prevê vencimento determinado, se faz necessária a interpelação - parágrafo único do mesmo artigo - para que o obrigado seja lançado no estado de mora, que se denomina *ex persona*. No plano temporal, uma vez atingido o termo previsto no contrato (expressão do Artigo 397 do Código Civil de 2002) ou o *prazo* fixado na interpelação (parágrafo único do mesmo dispositivo legal), o *vencimento* e a *exigibilidade* da prestação ocorrem simultaneamente.

³¹⁴ GOMES, 1988, p. 103-104: Coloca-se entre parênteses que, por essa razão, concluiu o ilustre jurista que se deve proclamar a inadmissibilidade da mora nas obrigações imperfeitas,³¹⁴ mas, aqui, é importante atentar para a circunstância de que Orlando Gomes trata de outro tipo de *imperfeição*. Não se refere à imperfeição quanto ao modo de cumprimento dos deveres, mas à imperfeição como classificação das obrigações em si; e nesse caso, elas seriam obrigações imperfeitas não porque malfeitas, mas porque não são exigíveis. No mesmo sentido, Clóvis do Couto e Silva (COUTO E SILVA, 1976, p. 104).

Mas nem sempre é exatamente assim, porquanto, em certos casos, denominados de negócios privados socialmente relevantes,³¹⁵ até mesmo a mora automática prevista no Caput do art. 397 do Código Civil de 2002 não atua. Araken de Assis observou³¹⁶ o que se passa nos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, em relação à prestação do promitente-comprador, nos quais, por força do Artigo 1º do Decreto-Lei nº 745, de 7.08.69, diante do vencimento da prestação e do seu inadimplemento, ainda assim é exigível a prévia interpelação para que se instaure a mora. Em outras palavras, em vez de ser exigida a ocorrência da mora *ex re*, o legislador impôs, em regime de exceção, a mora *ex persona*. Diverge, no entanto, Werter Faria,³¹⁷ ao analisar situação análoga (Artigo 14 do Decreto-Lei nº 58, de 10.12.1937),³¹⁸ entendendo que nesses casos a simples declaração formal do compromitente constitui o devedor em mora, porque esta preexiste à intimação realizada na interpelação, porquanto, de mora automática é que se trata, haja vista que a obrigação é a termo. A conclusão de Werter Faria parece equivocada, pois em verdade a mora automática não opera nesses casos, por expressa disposição legal, que introduziu no sistema jurídico efetiva exceção à regra. O que existe, nesses casos especiais, ocorrendo o descumprimento da obrigação no prazo assinado no contrato, é simples *inadimplemento relativo stricto sensu*, e não o *inadimplemento relativo qualificado pelo estado de mora*. Esse segundo estágio do inadimplemento, mais grave que o primeiro, advém da constituição em mora pela interpelação.³¹⁹

No *inadimplemento relativo em sentido estrito* se está diante de um não-pagamento que ainda não ingressou no estado de *mora*. Daí a utilidade em se proceder a diferença entre o *inadimplemento relativo em sentido estrito*, sinônimo de dívida vencida, do *inadimplemento relativo qualificado pelo estado de mora*, ou simplesmente *mora*, sinônimo de dívida vencida e exigível.

³¹⁵ ASSIS, 2004. 121.

³¹⁶ ASSIS, loc. cit.

³¹⁷ FARIA, 1981, p. 53.

³¹⁸ Em consulta realizada em 13.03.2012 consta a informação de que o referido diploma legal não foi revogado. Fonte de consulta: <http://legislacao.planalto.gov.br>.

³¹⁹ Art. 1º do Dec-Lei 745, de 7.8.69: “Nos contrato a que se refere o art. 22 do decreto-lei n. 58, de 10.12.1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com 15 dias de antecedência”. No Código Civil de 1916 não havia nenhum artigo dedicado à cláusula resolutiva, expressa ou tácita, o que veio a mudar com o Código Civil de 2002 que, no art. 474 dispõe “que a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

A mesma situação também se verifica no Dec. Lei 70/1969,³²⁰ pelo qual, vencida e não paga (inadimplemento) a dívida hipotecária, no todo ou em parte, e optando o credor por executá-la, deverá formalizar a sua intenção ao agente fiduciário, por escrito, instruindo-a, entre outros documentos, com cópias dos avisos nos quais reclamou do devedor o pagamento da dívida.³²¹ Passo seguinte, o agente fiduciário promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos (mora), concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora. Também nesse caso, não resta dúvida que a dívida possui vencimento a termo, razão porque o seu não pagamento assume a *status* de efetivo inadimplemento, que, porém, em mora ainda não se transmutou. A notificação/interpelação é que abrirá as portas para esse novo estado. Nesses casos, através da interpelação, o inadimplemento relativo *stricto sensu*, cuja prestação ainda carece de exigibilidade, se transformará em mora. Em outras palavras, pode se dizer que o inadimplemento relativo em sentido estrito (noção que vinculamos apenas ao “vencimento” da prestação) será qualificado com a exigibilidade da prestação.

Observa-se aí uma estratificação do inadimplemento *lato sensu*, de acordo com a gravidade do descumprimento, mais precisamente da intensidade dos efeitos do descumprimento em relação à vida (noção de organismo) da relação obrigacional. Por meio dessa noção, também se constata que logo abaixo do inadimplemento absoluto (gerador do efeito mais drástico) está a mora, ou melhor dizendo, o *estado de mora*, cuja característica mais importante, ao menos para o escopo deste estudo, está em seu potencial de transformação, sua aptidão para mudar de “estado” e virar inadimplemento absoluto, característica que Araken de Assis denomina, com muita originalidade, de “caráter transformista”.³²²

Nem o inadimplemento relativo *stricto sensu* (dívida vencida, mas não exigível), nem o inadimplemento verificado pela imperfeição de menor importância

³²⁰ Repercussão Geral reconhecida. *Leading case* ainda não julgado o mérito.

STF. Repercussão Geral 249. Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação. Rel. Min. Dias Toffoli. ATA Nº 22, de 18/08/2011. DJE nº 164, divulgado em 25/08/2011.

Leading Case: STF. RE 627106.

Embora seja discutida a constitucionalidade do referido diploma legal, sua referência nesse estudo tem importância em razão do tema controvertido.

³²¹ Art. 31, *caput* e inciso IV do Dec. Lei 70/1969, com a redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990.

³²² ASSIS, 200m p. 123.

no cumprimento do contrato podem se transformar em inadimplemento absoluto. Carecem, ambos, daquele caráter transformista que só a mora possui, razão porque, ao menos no direito brasileiro, somente ela (*ex persona* ou *ex re*), sob o ângulo da permanência do “interesse do credor”,³²³ poderá vir a ensejar a *resolução* do contrato.

Uma prestação possível, vencida, exigível, porém inútil; esta é a sequência do processo que pode produzir o efeito “desfazimento do vínculo contratual”, em face da perda do interesse do credor em relação à prestação tardia ou malfeita.

Os aspectos atinentes ao vencimento, à exigibilidade e à utilidade da prestação estão inseridos na mora, e nesse particular, adverte Aguiar Júnior que a *simples mora* não é causa de resolução, visto que esta exige a *mora qualificada*³²⁴ pela destruição do interesse do credor.³²⁵ Com isso, e seguindo o esquema proposto neste estudo, o *inadimplemento relativo qualificado pela mora* resultaria em duas subespécies: (1) aquele qualificado pela mora simples (exigibilidade da prestação), e (2) o inadimplemento relativo duplamente qualificado (pela exigibilidade da prestação e pela perda do interesse do credor), somente a última habilitando o caminho resolutório.

Quem pode determinar a manutenção do interesse do credor?

Imune a dúvidas, é o fato de que não se admite *resolução* do contrato sem o seu *inadimplemento absoluto* (não-cumprimento definitivo) e, embora este seja pressuposto daquela, de tal assertiva não se colhe que o *inadimplemento absoluto* tenha sempre que decorrer da *mora*. De fato, não é sempre assim, pois existem casos de inadimplemento absoluto pela impossibilidade da prestação, sem culpa do devedor, ou seja, sem mora; e poderá, ainda, como anota Aguiar Júnior,³²⁶ ocorrer resolução sem mora em casos excepcionais, como as hipóteses dos Artigos 235 e 567 do Código Civil, que, mesmo sendo exceções à regra geral, vêm corroborar a conclusão de que pode haver resolução sem mora. Como se pode intuir, o elemento

³²³ Tanto nos casos de resolução por *impossibilidade superveniente* da prestação, como nos casos de *inexigibilidade da prestação por alterações posteriores das condições*, não se cogita indagar a manutenção do interesse do credor à prestação, porque, configuradas tais hipóteses, ele será juridicamente irrelevante.

³²⁴ AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 120.

³²⁵ *Ibid.*, p. 121: “A resolução exige o pressuposto do incumprimento definitivo, que resulta da demora ou do cumprimento imperfeito com a destruição do interesse do credor.” Linhas depois, na mesma página: “tratando-se, desde o início, de simples retardo ou mora não qualificada, por ser a ofensa de menor gravidade [...]”

³²⁶ *Ibid.*, p. 116-117.

chave, nesse ponto, para o estudo ora desenvolvido, é a “perda do interesse do credor” em relação à prestação não realizada, tardia, ou malfeita.

A natureza transformista da mora, anotada por Araken de Assis, com estas observações ganha novo argumento. A mora não só pode ser *transformada* em inadimplemento absoluto, como ela própria, antes disso, pode ter sido resultado de uma *transformação*, qual seja, a transformação do inadimplemento relativo *stricto sensu* (prestação vencida) em inadimplemento relativo qualificado pela mora (além de vencida, ela se torna exigível), e este, na visão da visão de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, por sua vez, pode ser transformado em mora qualificada (prestação vencida, exigível e inútil). Ressalta-se, como visto, o caráter transformista da mora no direito brasileiro, a partir de uma visão dinâmica, sequencial e complexa do próprio inadimplemento. Essa característica, segundo entendemos, será decisiva para configurar um tipo de inadimplemento vinculado à imperfeição no cumprimento do contrato, em face da realidade do direito pátrio.

Na *impossibilidade* fática (material) definitiva, o inadimplemento já surge absoluto; não há transformação, não há mudança de estado. O *adimplemento imperfeito* expresso na descumprimento de escassa importância (por imperfeição no adimplir), rigorosamente falando, nunca poderá se transformar em inadimplemento definitivo, exatamente por conta da sua agressão de menor importância ao dever violado.

“O que” a *mora qualificada* (e somente ela) “poderá vir a ser”, já se sabe, e não remanescem maiores controvérsias: inadimplemento absoluto.

No entanto, “o que é” mora exatamente, qual o seu conteúdo, são questões que ainda suscitam discussões, dadas as características muito peculiares do nosso direito civil.

A noção tradicional de mora, que pode ser entendida como sua noção estreita, prende-se tão somente ao retardamento culposo (que não decorre de caso fortuito ou força maior), tanto do devedor em pagar o que deve, como do credor em receber o que lhe é devido.³²⁷ Diz respeito apenas ao tempo em que o adimplemento deve ser realizado, e não ao modo e ao lugar, sendo essa a noção

³²⁷ GOMES, 1988, p. 200: “Mora se há de definir, pois, como impontualidade culposa. Verifica-se quando o devedor não efetua o pagamento no devido tempo por fato, ou omissão, que lhe seja imputável.”

herdada dos antigos práticos, como assinala Giorgio Giorgi.³²⁸ E foi com esse sentido que a mora veio acolhida tanto no direito italiano como no direito português.³²⁹ O legislador pátrio, porém, não seguiu pelo mesmo caminho, tanto no Código Civil de 1916 (Artigo 955), como no atual (Artigo 394), ao estender o manto da mora sobre outras hipóteses (descumprimento quanto à forma e ao lugar). Entre nós, não resta dúvida, a noção de mora é mais ampla, conforme anotou Agostinho Alvim³³⁰ em seu clássico estudo sobre o tema, por abranger todas as formas de violações, quanto ao tempo, modo e lugar, desde que não configurem o inadimplemento absoluto. Nesse ponto, afirma o autor, a mora é, antes de tudo, a imperfeição no cumprimento da obrigação,³³¹ e talvez por isso, Agostinho Alvim não refira a existência de uma terceira espécie de inadimplemento, que em doutrina comumente é denominada de “imperfeito”.

Desse modo, embora não tenha professado exatamente assim, a mora seria, em Agostinho Alvim, um tipo residual, que recolheria todas as infrações não apanhadas na malha do adimplemento absoluto, mora que, segundo o autor, também abrangeria todas as formas de imperfeição no cumprimento. A imperfeição estaria contida na amplo espectro da mora.

É exatamente em relação a esse último aspecto que a dimensão da mora ganha maior relevância no âmbito do presente estudo. Se a mora é a imperfeição no cumprimento da obrigação, como assegura Agostinho Alvim, então, não haveria espaço para uma terceira espécie de inadimplemento; porque este, seguindo o rigor da proposição, estaria restrito a duas modalidades, tão somente: inadimplemento absoluto e mora.

Orlando Gomes professa semelhante entendimento, criticando o legislador pátrio e mantendo-se fiel ao conceito clássico de mora.³³² Para ele, as violações

³²⁸ GIORGI, 1890, v. 2, p. 60.

³²⁹ Mario Júlio de Almeida Costa (ALMEIDA COSTA, 2008, p. 1035) menciona que dá-se o nome de mora ao *simples retardamento na prestação*. No mesmo sentido: MARTINEZ, 2001, p. 126-127.

³³⁰ ALVIM, 1949, p. 18.

³³¹ ALVIM, loc. cit.: “Por outro lado, é certo que mora, via de regra, manifesta-se por um retardamento, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma, - art. 955).”

³³² Orlando Gomes apresenta sua crítica nos seguintes termos: “Elemento objetivo da mora é o retardamento. Trata-se de conceito que se prende à idéia 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 à forma do

contratuais vinculadas ao lugar e à forma das prestações efetivamente realizadas não constituem hipótese de mora, mas adimplemento *defeituoso*, embora preconize como solução as próprias regras da mora, mediante aplicação analógica, o que de certa forma esvazia a importância da distinção por esse viés. Assim, o devedor, em casos tais, deverá indenizar o prejuízo a que der causa, ainda que da infração não resulte inadimplemento absoluto ou mora.³³³

Porém, a doutrina mais atual admite não apenas a existência de um terceiro tipo de inadimplemento no Direito brasileiro, mas a sua autonomia no que tange aos efeitos e às soluções.³³⁴

pagamento também responde o devedor, mas, tecnicamente, não configuram mora.” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 200).

³³³ GOMES, 1988, p. 208.

³³⁴ Por exemplo: GAZALLE, Gustavo. **O conceito de mora no código civil de 2002**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008; e MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2.

II – A IMPERFEIÇÃO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E O DIREITO BRASILEIRO.

A – POSICIONAMENTO DO TEMA EM DOCTRINA E EM JURISPRUDÊNCIA.

No prólogo de sua obra, em 1952, Karl Larenz, esclareceu dar especial importância ao estudo da jurisprudência, já que ela dá à lei a interpretação que deve ser considerada como decisiva na “atualidade” e, em face dessa visão, complementou o grande jurista, sintetizando um dos vetores de seu estudo: “*Así creo haber tenido en cuenta lo que más interesa a los juristas dedicados a la práctica del Derecho.*”³³⁵

A idéia e a preocupação que norteiam o presente trabalho vão exatamente no mesmo sentido; levar em conta o que efetivamente interessa àqueles que se dedicam à prática do Direito. E o que efetivamente importa, na prática, ao se lidar com o Direito e com a realidade concreta, como forma de se alcançar mais rapidamente e com menores custos a justiça, o que interessa como fundamental para concretizar o direito e debelar a crise entre as partes, são soluções cientificamente sustentáveis e congruentes, e que, no plano prático, permitam uma compreensão mais rápida e clara dos fenômenos econômico-sociais transportados para o mundo jurídico, estabelecendo uma disciplina nítida, o quanto possível, no tocante ao conteúdo, denominação e classificação. Preencher eventuais lacunas, sem criar novas discussões.

Alcançar a clareza e a segurança jurídica são objetivos que dominam o Direito Contratual, segundo o mesmo Karl Larenz, após enfatizar a missão da jurisprudência na ausência de regulamentação legal adequada.³³⁶

Percorrendo esse caminho, nos tópicos anteriores, primeiro apresentou-se o posicionamento do tema no contexto da evolução histórica; depois, foram analisados aspectos relevantes da obrigação complexa, bem como dos dois resultados extremos da conduta do devedor: adimplemento e inadimplemento. Na sequência, foram abordadas as duas espécies de inadimplemento tradicionalmente

³³⁵ LARENZ, 1958, t. 1.

³³⁶ LARENZ, 1958, t. 1. p. 15: “[...] cuando falte una reglamentación legal adecuada incumbe a la jurisprudencia la misión de velar por que se tomen em consideración las normas de justicia que están por encima de los intereses individuales, así como los principios de la lealdad del tráfico y de la conservación de la confianza. Junto a estos grandes principios [...] domina el derecho contractual la aspiración hacia la claridad y la seguridad jurídica.”

reconhecidas e que conformam a sua noção dicotômica, o inadimplemento absoluto e a mora, bem como foi exposta a existência de uma terceira espécie, que vem merecendo crescente reconhecimento da doutrina, e da qual se ocupa esta segunda parte do presente estudo. Justamente por que esse tipo de inadimplemento não se enquadra exatamente no conceito dos dois primeiros, é que a doutrina vem considerando-o como uma terceira via, embora ainda não se tenha chegado a um consenso a respeito do seu conteúdo.

Foi igualmente explicado que esse tipo de resultado da conduta do devedor foi flagrado nos sistemas jurídicos da Europa ocidental e, depois, no Brasil. Ocorre que a importação pura e simples das doutrinas e das experiências alienígenas nem sempre coincide com a realidade social e jurídica já implantada e arraigada no sistema jurídico que as recebe. O enquadramento à força, ou inadvertidamente, sem a necessária reflexão, produz resultados indesejados, sendo necessária uma discussão profícua, de modo a permitir uma visão mais clara do fenômeno (as repercussões da imperfeição no cumprimento do contrato), para, assim, encaminhar as soluções jurídicas que a realidade atual do direito brasileiro comporta.

No quadro do direito brasileiro contemporâneo, a doutrina, inadvertidamente, por vezes contribui para não esclarecer o exato significado jurídico do adimplemento que ela mesma identifica como *imperfeito*, *defeituoso*, *ruim*, *insatisfatório* dentre outras denominações. O emprego de adjetivos variados e a referência nem sempre unívoca às categorias dos deveres que compõem a relação complexa, e aos diferentes efeitos que podem decorrer do não cumprimento exato desses deveres, são fatores que contribuem para tal situação.

Ainda no tópico antecedente, foram mencionados vários adjetivos que os autores nacionais utilizam para identificar esse tipo de inadimplemento contratual, diverso da mora e do inadimplemento absoluto: Pontes de Miranda (*ruim*), Werter R. Faria (*imperfeito* e *inexato*), Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*imperfeito*, *incompleto* ou *defeituoso*),³³⁷ Orlando Gomes (*defeituoso*) e Araken de Assis (*ruim*, *defeituoso* e *insatisfatório*).

Ampliando o espectro, além desses autores, Antunes Varela primeiro identifica-o como *adimplemento imperfeito*³³⁸ e depois nomeia a terceira variante do

³³⁷ Denomina de *cumprimento defeituoso*, fazendo alusão à *imperfeição*: “quando é feita a prestação, mas de modo imperfeito”. (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 94-95).

³³⁸ VARELA, 1978, v. 2, p. 53.

não-cumprimento da obrigação (quanto aos seus efeitos) como *cumprimento defeituoso*, relacionando essa expressão diretamente com a *violação contratual positiva*, explicando, ainda, que enquanto os autores alemães falam nas violações positivas do contrato, a doutrina de raiz latina prefere a expressão *cumprimento defeituoso*, *mau cumprimento* ou *cumprimento imperfeito* da obrigação.³³⁹ Portanto, em Antunes Varela as expressões se equivalem, pois todos esses adjetivos identificam o mesmo tipo de *adimplemento*, que conforma a terceira espécie de *inadimplemento*, ao lado da mora e do não-cumprimento definitivo. Porém, ao precisar o seu conteúdo, ainda sob o égide do Código Civil de 1916, o autor o identifica com parte do conteúdo da mora, mais precisamente quanto à *forma devida*.³⁴⁰ O destaque dado pelo autor à existência dessa terceira espécie de inadimplemento perde força e relevância, porque se o cumprimento defeituoso conforma uma das hipóteses de mora, então não lhe restaria autonomia real. Tratar-se-ia, apenas, de uma das faces da mora.

Outro aspecto relevante, é que Antunes Varela equipara o cumprimento defeituoso (*imperfeito*) à *violação positiva* do contrato formulada pela doutrina alemã. Porém, diante da constatação de que para o autor o conteúdo do cumprimento defeituoso, no direito brasileiro, diz respeito a uma das hipóteses da *mora* (modo/forma devido), a violação positiva do contrato, para fechar com congruência esse mesmo raciocínio, também haveria de estar recoberta pela mora, no Direito brasileiro, vale frisar. Disso resulta que a conclusão do autor, na prática, não oferece diferença daquela preconizada por Orlando Gomes,³⁴¹ este que, por seu turno, emprega o adjetivo “defeituoso”, para identificar situações que classifica como quebra positiva do contrato, situações essas nas quais o devedor não efetua o pagamento no lugar e pela forma convencionados. Para Orlando Gomes, “*cumpre mal a obrigação quem não observa estipulação contratual ou determinação legal*

³³⁹ VARELA, 1978, v. 2, p. 61.

³⁴⁰ Ainda sob vigência da codificação anterior, Antunes Varela acrescenta que “O Código Civil brasileiro parece retratar, de modo especial, as situações de cumprimento defeituoso, quando no artigo 1.056 se refere aos casos em que o devedor deixa de cumprir a obrigação pelo modo devido. E à falta de pagamento na forma devida volta a referir-se, em termos significativos, o § único do artigo 1.059.” (Ibid., p. 62). Note-se que, embora o Artigo 394 do Código Civil atual tenha repetido o conteúdo do Art. 955 do Código Civil de 1916 no que se refere ao *tempo*, ao *modo* e ao *lugar* da prestação, o mesmo não ocorreu em relação ao Artigo 389 do Código Civil atual, que não repetiu os elementos da mora que se achavam presentes no Artigo 1.056 do Código Civil de 1916 (“pelo modo e no tempo”); enquanto que o “parágrafo único” do Artigo 1.059 do Código Civil de 1916 (“no tempo e forma”) foi suprimido do Artigo 402 do Código Civil atual.

³⁴¹ GOMES, 1988, p. 208.

atinentes a esses modos de satisfazer a prestação". Por essa perspectiva, adverte o mesmo autor,³⁴² esse tipo de adimplemento seria diferente daquele que decorre do atraso do pagamento, razão porque conclui que o adimplemento defeituoso não se confunde com a mora: "Comportam-se diferente de quem atrasa o pagamento, pelo que incorreto será dizer que incorreram na mora". A conclusão do ilustre jurista³⁴³ decorre da discordância que guarda em relação à forma como a mora foi concebida pelo legislador pátrio.

Fiel ao conceito tradicional, que se prende à idéia de tempo, Orlando Gomes entende que a mora somente poderia se referir ao retardamento do pagamento. Acontece que o conceito de mora foi estendido pelo legislador nacional para abarcar situações nas quais o devedor não paga no lugar devido ou pela forma convencionada, elastério que o precitado autor reprova. Por essa razão, entende que o *adimplemento defeituoso* pode ocorrer apenas nas violações contratuais vinculadas ao lugar e à forma das prestações efetivamente realizadas. Com isso, sustenta que há, em tais casos, um tipo de inadimplemento que não se confunde com a mora. A questão, em Orlando Gomes, se resume, portanto, ao conceito de mora.

Mas, na prática, em face da noção adotada pelo direito brasileiro para a mora (Artigo 394 do Código Civil: tempo, lugar e forma) que, certa ou errada, é a que vigora, a idéia de um adimplemento defeituoso— sinônimo de adimplemento ruim, imperfeito - pugnada por Orlando Gomes, resta abrangida pela mora (noção positivada). Daí que, por esse raciocínio, o adimplemento ruim (imperfeito, defeituoso, etc...) seria um tipo de mora, o que desaguardaria na conclusão de que não poderia conformar um terceira espécie, autônoma, de inadimplemento.

A solução, para Orlando Gomes, está em aplicar ao adimplemento defeituoso, por analogia, as regras da mora. O devedor responde pelo cumprimento defeituoso (ruim), devendo indenizar o prejuízo a que der causa, ainda que da infração não resulte inadimplemento absoluto ou mora.³⁴⁴

A doutrina moderna, modo geral, também se vale dos mesmos adjetivos para, acrescentando-os ao termo *adimplemento*, cunhar expressões para a terceira espécie de *inadimplemento*. Para referir-se aos casos em que o obrigado cumpriu a

³⁴² GOMES, 1988, p. 208.

³⁴³ Ibid., p. 200.

³⁴⁴ Ibid., 1988, p. 208.

prestação, porém de forma *imperfeita*, ferindo deveres *anexos* e, também, *acessórios*, Araken de Assis³⁴⁵ utiliza três adjetivos para o adimplemento: *ruim*, *defeituoso* ou *insatisfatório*. Esse tema é tratado em sua obra, “Resolução do Contrato por Inadimplemento”, no item 4.6, sob o título “Adimplemento *ruim*”, mas no sub-item 4.6.2, utiliza a expressão “Adimplemento *insatisfatório*”, no qual faz as seguintes considerações: “Em face de casos tais, provada infração a dever acessório, ostenta-se admissível resolver o contrato bilateral? Eis a questão suscitada pelo adimplemento ruim no âmbito do instituto resolutivo”.³⁴⁶

Embora para Araken de Assis ambos os adjetivos sejam sinônimos, na parte final do item destinado ao adimplemento *ruim*, admite que o *adimplemento substancial* também é tomado no mesmo sentido:

Então, a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, grosso modo, ao adimplemento chamado insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado.³⁴⁷

Assim, seguindo essa lógica, para Araken, *adimplemento insatisfatório* e *adimplemento substancial* são sinônimos. Mas em outra passagem de sua obra³⁴⁸ encontra-se que no adimplemento *ruim* (para ele, sinônimo de *insatisfatório*) a divergência flagrada na conduta devida não se concentra na identidade ou na quantidade da prestação, o que daria lugar ao *inadimplemento parcial*. O autor, sustenta que no adimplemento *ruim* o descumprimento recobre os deveres laterais (anexos) e acessórios. Vale lembrar que os primeiros são decorrentes do princípio da boa-fé, e os segundos, na melhor lição de Mário Júlio de Almeida Costa, são “meramente secundários da prestação principal”,³⁴⁹ ou seja, vinculados à prestação propriamente dita, embora com ela não se confundam.

Todavia, Araken de Assis, em outra passagem de sua obra, analisando exatamente a importação da *substantial performance* pelo direito brasileiro, refere que essa teoria se opõe à natureza do inadimplemento absoluto, sobrevivendo, em

³⁴⁵ ASSIS, 2004, p. 126.

³⁴⁶ Ibid., p. 127.

³⁴⁷ Ibid., p. 134.

³⁴⁸ Ibid., p. 126.

³⁴⁹ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 77. Lembrando que o ilustre Professor português enquadra os deveres acessórios em “meramente secundários da prestação principal”, destinados a garantir o seu perfeito cumprimento, e “de prestação autônoma.

todo caso, “à *idéia matriz do adimplemento ruim quanto à prestação principal*”.³⁵⁰ A conclusão do referido autor não parece clara, até porque admitir o adimplemento ruim em relação à prestação principal colide com outra conclusão sua, tratada aqui linhas antes, de que no *adimplemento ruim* a divergência da conduta não se verifica na identidade ou na quantidade da prestação principal.

Restringir o *adimplemento imperfeito* a certos deveres, impõe adotar como critério determinante para a sua configuração a localização do descumprimento dentro do largo espectro de deveres enfeixados na obrigação complexa.

Pela conjugação dessas noções, a *imperfeição no cumprimento* do dever principal de prestação, em pequena proporção, poderia configurar o *adimplemento imperfeito*.

Nota-se a utilização dos adjetivos *ruim*, *insatisfatório* e *substancial*, todos sinônimos do *adimplemento imperfeito*, para designar um tipo específico de resultado da conduta do devedor no cumprimento dos deveres entrelaçados na relação obrigacional. É possível perceber que não se trata de uma abordagem genérica, destinada a apanhar toda e qualquer imperfeição no cumprimento do contrato, mas, ao contrário, flagra-se em doutrina a intenção de identificar uma categoria específica de infrações que conformariam uma espécie autônoma de inadimplemento.

Dando sequência, Daniel Ustarroz refere que a terceira espécie de inadimplemento é o cumprimento *imperfeito*, para a qual deve ser analisada a importância da “violação positiva operada em comparação com a economia global da relação”³⁵¹ e, na mesma ordem de idéias, no parágrafo seguinte, afirma ser dentro do adimplemento *defeituoso* que se insere a doutrina da ‘substancial performance’.³⁵² Portanto, em Daniel Ustarroz, a terceira espécie de inadimplemento pode ser denominada como *imperfeito* ou *defeituoso*, com o mesmo sentido, tendo por fundamento a violação positiva do contrato (direito alemão) ou a teoria da *substancial performance* (direito inglês).³⁵³ Prova disso, é que o autor coloca a expressão *cumprimento imperfeito* em linha com a *violação positiva* do contrato, e a

³⁵⁰ ASSIS, 2004. p. 132.

³⁵¹ USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 151: “Nesses casos, ainda que o devedor tenha prestado sua obrigação, ele o faz não de forma perfeita, satisfazendo tão somente em parte o interesse do credor.”

³⁵² USTÁRROZ, 2003, p. 151: “hoje sufragada em todas as cortes, sob a roupagem do adimplemento substancial. Esta figura visa justamente salvaguardar relações negociais que, se não lograram alcançar êxito pleno, muito disto estiveram.”

³⁵³ Ibid., p. 152.

expressão *adimplemento defeituoso* em associação à teoria do *adimplemento substancial*; porém, depois, afirma que dentro do *adimplemento defeituoso*, a doutrina alemã elaborou a doutrina da violação positiva do contrato,³⁵⁴ e assim fazendo, o autor colocou a expressão *adimplemento defeituoso* associada à *violação positiva*.

Ponte de Miranda, ao comentar a *violação positiva da obrigação* originada dos estudos de Staub, afirma que o *adimplemento* “ruim”, por imposição lógica, não satisfaz o credor.³⁵⁵ Em Pontes de Miranda, três observações relevantes devem ser registradas: primeiramente, para o autor, o *adimplemento ruim* e a *violação positiva da obrigação* possuem o mesmo conteúdo e expressam o mesmo fenômeno. A segunda, é que o ilustre jurista fez uma transposição da teoria da violação positiva para o direito brasileiro de modo um tanto rígida, ao referir que o devedor ao não satisfazer o credor, incorrendo no *adimplemento ruim*, desde que não *impossibilite* a prestação, nem incorra em *mora*, tem de indenizar. Ao fazer expressa referência à *impossibilidade* e à *mora*, verifica-se em Ponte de Miranda a ideia matriz da violação positiva, tal qual desenvolvida por Staub em face das lacunas do código civil alemão no início do Século XX, sem que o doutrinador brasileiro tenha questionado aquela teoria em contraste com o conceito de *mora* no direito brasileiro. A terceira observação relevante de Pontes de Miranda está no fato de que ele concretamente não desenvolveu o estudo do *adimplemento ruim*, porquanto, não há em sua obra uma discussão a respeito da imperfeição no cumprimento do contrato sob a perspectiva dos deveres violados, nem da gravidade da imperfeição, limitando-se a se reportar à teoria da *violação positiva da obrigação*. Sua explicação para a configuração do *adimplemento ruim*, como espécie de inadimplemento, é ancorada na *satisfação* e no *interesse* do credor, sem mais aprofundar, o que pode ser visto em sua afirmação de que “Basta que o *adimplemento ruim* seja tal que se cancele o interesse do credor em torná-lo bom, ou que retire poder confiar-se no *adimplemento* posterior.”³⁵⁶

³⁵⁴ Idem, p. 152.

³⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25, p. 342. Embora sua afirmação se refira às obrigações negativas, o cerne de sua conclusão se aplica, obviamente, às positivas: “[...] não satisfaz o crédito de omissão (adimplemento ruim) [...]” Ver, também, Id., 1983, t. 2, p. 242-243.

³⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 342.

Judith Martins Costa, por sua vez, refere-se à existência do “cumprimento defeituoso em sentido próprio”.³⁵⁷ Jorge Cesa Ferreira da Silva, em trabalho que oferece excelente enfrentamento do tema no Direito brasileiro, anota que a doutrina pátria mais lida refere muito pouco a existência ou a necessidade desse tipo de inadimplemento³⁵⁸ que ele não denomina com qualquer adjetivo (ao contrário da maioria dos autores), tratando-o apenas como *violação positiva do contrato*.

Provado está, que a doutrina nacional trata especificamente de uma terceira espécie de inadimplemento, constatação que autoriza dar por vencida a controvérsia sobre a necessidade de uma classificação trinária, com superação da noção dicotômica do inadimplemento. Todavia, não há unanimidade quanto à denominação e ao conteúdo dessa terceira espécie.

Agora, para confirmar como no Direito brasileiro não existe unanimidade na identificação e na fixação do conteúdo da terceira espécie de inadimplemento, bem como o inadvertido uso de expressões compostas, como emprego do substantivo “adimplemento” seguindo de adjetivos variados (imperfeito, defeituoso, ruim, etc...), veja-se a jurisprudência.

Também em jurisprudência, ao termo *adimplemento* são agregados vários adjetivos com o propósito de denominar tipos de *inadimplemento*, ou seja, em face de imperfeições no cumprimento dos deveres obrigacionais; entretanto, não se constata rigor quanto ao estabelecimento do conteúdo dessa terceira espécie de inadimplemento (terceira via).

Para dotar o presente estudo de uma dimensão mais próxima da realidade, debruçada na prática, foi realizada pesquisa jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a qual se procurará (1) demonstrar que a complexidade das relações obrigacionais modernas, ditadas pelas mudanças econômicas, geradoras de maior exigência na satisfação dos interesses de ambas as partes, tornam necessário que se compreenda melhor um tipo de resultado cada vez mais recorrente, que não cabe hermeticamente nas noções reservadas à mora e ao inadimplemento absoluto (definivo); se buscará (2) identificar, no plano da realidade, que tipos de deveres dessas modernas relações obrigacionais complexas vêm sendo violados pelos atos dos devedores na execução do contrato, produzindo esse terceiro tipo de resultado, identificado, com apoio na doutrina, como

³⁵⁷ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p.235.

³⁵⁸ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 207.

adimplemento imperfeito (defeituoso, ruim, etc...). De modo geral, o objetivo é (4) demonstrar que não existe um entendimento uniforme do que seja *adimplemento imperfeito, defeituoso, ruim, e insatisfatório* do contrato em jurisprudência.

Para tanto, como base para a pesquisa, foi utilizado o banco de julgados disponível no site oficial daquele Tribunal, e, como critério de busca, as palavras *adimplemento, cumprimento, pagamento, e suas expressões negativas, seguidas dos vários adjetivos citados neste estudo*. Tais decisões oferecem um panorama bastante real do modo como vêm sendo utilizadas tais expressões em jurisprudência. Foram encontradas oito variações para o *adimplemento*: *adimplemento adequado* (1 resultado), *adimplemento deficiente* (1 resultado), *adimplemento insatisfatório* (8 resultados), *adimplemento ruim* (43 resultados), *adimplemento imperfeito* (296 resultados), *adimplemento substancial* (598 resultados), *adimplemento defeituoso* (902 resultados) e *adimplemento incompleto* (1550 resultados).

Também foram pesquisadas outras possíveis variações, tais como *adimplemento apropriado, ineficiente, suficiente, satisfatório, falho e inadequado*, que não apresentaram resultados. A expressão *substancial performance* apresentou quatro resultados, enquanto que “violação positiva” e “quebra positiva” do contrato geraram, respectivamente, dezoito e apenas um resultado.

Quanto à expressão *adimplemento ruim*, vem sendo empregada como fundamento em julgados que debelam discussões referentes à resolução, ao cumprimento do contrato, à indenização, ao abatimento do preço, à restituição de valor pago e à exceção de contrato não cumprido.

No que tange ao primeiro escopo da pesquisa,³⁵⁹ foram selecionados três grupos de casos, que, por suas peculiaridades, chamaram a atenção. São eles: (1) as violações em contratos referentes a pacotes turísticos de viagem, (2) as infrações havidas em contratos ligados à construção civil e (3) as violações flagradas nos contratos de participação financeira (telefonias). Os dois primeiros justificam sua análise porque as relações obrigacionais que envolvem apresentam complexidades que naturalmente formam terrenos propícios para o surgimento do tipo de *adimplemento* em estudo. Tanto nos contratos de compra e venda de pacotes

³⁵⁹ Demonstrar que a complexidade das relações obrigacionais modernas, ditadas pelas mudanças econômicas, geradoras de maior exigência na satisfação dos interesses de ambas as partes, tornam necessário que se compreenda melhor um tipo de resultado cada vez mais recorrente, que não cabe hermeticamente nas noções reservadas à mora e ao inadimplemento absoluto (definitivo).

turísticos para viagens, como nos contratos referentes à construção civil, a prestação principal é fragmentada em várias etapas, contendo vários tipos de serviços e materiais, cuja execução demanda considerável lapso de tempo, contratos esses que envolvem, ainda, muitos tipos de deveres acessórios da obrigação principal e deveres anexos. A partir da complexidade dessas relações obrigacionais é possível ver quão difícil é obter na prática os clássicos resultados peremptórios, adimplemento e inadimplemento puros, das condutas dos devedores; e ainda, por consequência, constata-se a necessidade de se isolar uma terceira espécie que possa abranger outros resultados, que por suas características não podem ser simplesmente denominados de adimplemento ou inadimplemento, porque isso não os explica, não os esclarece e não lhes faz justiça. Já os contratos de participação financeira trazem a nota da modernidade, expondo com força a complexidade dos novos fatos sociais e econômicos sobre as já consagradas estruturas e institutos jurídicos do Direito, que devem ser revistas de tempos em tempos para continuarem funcionando.

Quanto aos contratos de compra e venda de pacotes turísticos de viagens, foram selecionados dois acórdãos para análise. O primeiro deles,³⁶⁰ trata de um caso em que a prestação principal foi realizada, circunstância que não foi objeto de controvérsia porque os autores reconheceram que alguns serviços foram realmente por eles utilizados. Todavia, houve imperfeição no cumprimento do contrato por parte da empresa demandada, imperfeição que foi expressivamente grave. Tanto não foi uma imperfeição de escassa importância, que sobreveio condenação por dano moral, quando se sabe que a orientação unânime na jurisprudência pátria é no sentido de não indenizar meros transtornos e dissabores. Em nível fático, os autores, em viagem ao exterior, acabaram “desistindo do pacote” no meio do caminho, devido a todos os problemas que tiveram, com os serviços previstos no dito “pacote”, na cidade de Roma; tendo decidido, por essa razão, continuar a viagem por conta própria. Em visto de tais fatos, os autores postularam o ressarcimento de parte dos valores pagos, bem como indenização por dano moral. A solução perseguida, como se vê, não foi a resolução contratual, mas o ressarcimento (devolução) no aspecto patrimonial, e a indenização no

³⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70000615419, 2ª Câm. Esp. Cív.** Relator: Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 29 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

extrapatrimonial.

Neste caso, resta claro que a prestação foi realizada, porém com defeito, vale dizer; e além disso, não foi ela, por decisão dos autores, integralmente prestada pela empresa contratada. O defeito localiza-se na prestação, mais especificamente no dever principal de prestação, e não em um dever acessório (critério da localização), e o descumprimento foi grave (critério da intensidade da violação do dever). A expressão utilizada naquele Julgado, para identificar esse inadimplemento, foi “adimplemento ruim”, este que, segundo Pontes de Miranda, conforme já referido anteriormente, equivale a uma das hipóteses de violação positiva do contrato. Aspecto interessante, é que os eminentes julgadores, de modo indireto, fizeram referência à obrigação fundamental que era a razão de ser do negócio jurídico, à medida que consideraram que o descumprimento determinou: “*situação praticamente inversa à buscada pelo adquirente do pacote turístico - em vez do lazer, do ócio, obtém o incômodo*”.

Porém, o fundamento jurídico utilizado no Acórdão foi o de que “*a ré pecou, basicamente, pela inexistência de informações e esclarecimentos, encargo que lhe competia pelo serviço prestado. Informou mal ou não informou, e por essa circunstância há de ser responsabilizada*”. Não há menção à violação de obrigação fundamental, muito embora se possa concluir que tenha havido, mas, sim, há expressa referência ao dever violado. Do fundamento da Sentença³⁶¹, que consta parcialmente transcrito no Acórdão, colhe-se que o defeito ocorrido foi na qualidade da prestação realizada pela devedora, em decorrência de deficiente, senão ausente, informação aos consumidores. No caso, mais do que o dever de informar, a prestação é que, efetivamente, foi realizada de modo imperfeito. Se poderia, ainda, cogitar que a falta de informação adequada induziu os autores em erro, o que faria o fenômeno mudar suas feições, embora mantendo intacta a solução reparatória. É que havendo *erro* sobre o objeto da prestação, já não se poderia falar em defeito na

³⁶¹ Trecho da Sentença, transcrito no precitado Acórdão: “[...] Porém, cabia a ré explicar de forma detalhada que a parte aérea não estava incluída no preço, circunstância que não ocorreu, tanto é que os autores, com base no documento de fl. 31, entenderam que o deslocamento Roma/Madri seria de avião e por conta do pacote, haja vista que consta ‘16º Dia (Sex.) Roma; Madrid. – Café da manhã e em horário conveniente traslado ao aeroporto e saída em avião para Madrid. Chegada, recepção e traslado ao hotel. Alojamento’ (fl.31).

O CDC garante ao consumidor que a ‘oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, [...]’ nos termos do art. 31.”

prestação, nem de defeito da própria coisa (ou produto). Por tudo isso, o caso analisado demonstra que o grau de complexidade de determinadas relações obrigacionais modernas faz com que se tenha de lidar com pleno domínio dos institutos jurídicos (adimplemento substancial, violação positiva, vício da coisa ou do produto, etc...), cujas idéias, não raras vezes, se entrecruzam. Não se pode dizer que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tenha se equivocado, pois o caso se enquadra realmente na hipótese de adimplemento ruim, sinônimo de imperfeito, defeituoso, no que tange ao desempenho do dever principal de prestar.

No segundo caso,³⁶² a situação fática julgada também trata de execução contratual na qual a prestadora de serviços não cumpriu satisfatoriamente aquilo pelo qual se obrigou. No caso, a viagem ocorreu, de modo que a prestação principal foi efetuada (prestação positiva), porém inadequadamente (violação). A conduta da prestadora de serviços, porque falha, determinou stress e desprazer ao contratante, resultado diametralmente inverso daquele buscado em viagem de férias. Com fundamento na razoabilidade, houve a condenação da empresa ao pagamento de indenização no valor equivalente ao pacote adquirido pelo consumidor. O valor da indenização por si só revela que o descumprimento foi de considerável envergadura (e não de escassa importância), pois a prestadora de serviços teve de pagar ao consumidor valor igual ao que dele recebeu.

No caso em apreço não se pode dizer que se trate de inadimplemento definitivo, porque a prestação poderia ser repetida; também não se poderia dizer que a infração foi em decorrência no atraso no cumprimento (*tempo*), nem em relação ao *lugar* em que deveria ocorrer a prestação. Restaria cogitar se a violação foi quanto ao *modo* de prestar, uma das faces da *mora* no Direito nacional.

Em ambos os casos, houve algum tipo de *adimplemento* que ostente relevância jurídica, mínima que seja? A resposta é afirmativa. Todavia, por outro lado, não se pode negar que houve um *inadimplemento*. Mas de que tipo? Teria havido (i) *mora*, (ii) descumprimento absoluto, ou (iii) adimplemento ruim, imperfeito, defeituoso? Se a doutrina considera essas espécies de inadimplemento, em qual delas os resultados das condutas dos devedores se encaixam nos dois casos observados, ou, para além deles em casos semelhantes? A verdade é que nem

³⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. 598198828, 6ª Câm. Cív. Relator: Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, julgado em 16 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

sempre se mostra fácil precisar se o resultado preponderante, nesses tipos de casos, é o *inadimplemento* ou o *adimplemento* (mesmo que parcial e ruim/imperfeito), haja vista que a imperfeição (o defeito), mais exatamente a sua gravidade, que vitima em alguma graduação os interesses dos credores, muitas vezes transita em zona fronteira entre o adimplemento e o inadimplemento.

Ao menos nos dois casos supra analisados não se pode conceber tenha ocorrido inadimplemento definitivo, porque houve a prestação principal e alguma satisfação dela retiraram os adquirentes dos pacotes turísticos, sendo difícil, senão impossível, a investigação do grau dessa satisfação. Não se perca de vista que, para que os resultados dos dois casos pudessem ser equiparados ao inadimplemento definitivo, a condenação imposta deveria ter sido no sentido de se devolver “todo” o dinheiro pago pelos contratantes pelos pacotes turísticos (retorno ao *status quo* anterior), mais reparação a título de danos materiais (aspecto patrimonial) e, ainda, expressiva indenização pelos danos morais (aspecto extrapatrimonial); mas não foi o que ocorreu em nenhum dos dois casos analisados, o que, por si só, demonstra que de inadimplemento definitivo não se trata. Também não se pode dizer que houve *mora*, porque no Direito brasileiro a *mora* deve poder ser convertida, ao menos hipoteticamente, em inadimplemento absoluto. Seria, então, de se classificar as infrações, nesses dois casos, na “terceira via” do *inadimplemento*, comumente denominada de *adimplemento imperfeito*? Seguindo o entendimento da doutrina, que apresenta três tipos de inadimplemento, não haveria para tais infrações outro lugar, que não na espécie de adimplemento imperfeito, até porque um dos tipos de deveres violados (de informação), ao menos no primeiro caso, aponta nesse sentido, mas é preciso considerar, também, que a violação contratual foi grave, e não de escassa importância, tendo recaído sobre a obrigação principal (vendeu uma coisa/serviço, e entregou/realizou algo próximo, porém diverso).

Em casos desse tipo (pacote turístico), pode ocorrer *adimplemento substancial*, quando não serão, ao menos tecnicamente não deveria ser, enfrentadas semelhantes dificuldades, em se precisar se houve, ou não, substancial satisfação do credor. Mesmo diante do alto grau de subjetividade na avaliação da satisfação do credor, não pode ser difícil determinar se houve descumprimento de escassa importância. Se houver dúvida séria e idônea quanto a definir se houve adimplemento ou inadimplemento nesses casos, é porque a violação não foi de

escassa importância. Se fosse, não tocaria a zona de fronteira entre ambos. A solução pelo prisma do *adimplemento substancial* se dá pela via abatimento proporcional do preço e pela via indenizatória dos prejuízos decorrentes do mal prestar. Mas não admite a resolução, nem o exercício da *exceptio non rite adimpleti contractus*³⁶³. Por outro lado, se não houver substancial satisfação do credor, então, nesses casos extremos, quando a prestação principal foi cumprida em extensão muito diminuta, e se evidencia, objetivamente, a total frustração do credor, o caminho correto parece ser a resolução, com a devolução dos valores pagos,³⁶⁴ e as conseqüentes indenizações pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, bem como, a critério do credor, o recurso à exceção do contrato não cumprido.

A classificação do *adimplemento substancial*, se ele configura, ou não, hipótese de *inadimplemento imperfeito* enquanto categoria autônoma de inadimplemento, não muda o regime jurídico aplicável à solução do problema.

A hipótese de inadimplemento absoluto nesse tipo de contratação não se mostra sequer factível, primeiro, em razão da prestação ter sido realizada (nem que seja parcialmente) e, em segundo, porque sempre se poderá presumir que algum proveito a parte inocente obteve com a viagem frustrada, que algum nível de satisfação lhe resultou e, por tais razões, a verdade é que o alto grau de subjetividade desse tema enseja uma discussão infinita. Por outro lado, em face dessa mesma subjetividade, não seria “razoável” exigir, mesmo em caso de gravíssima violação, que a empresa que vendeu o pacote turístico fosse obrigada a “repetir” a prestação específica (até adimplir em nível ótimo a prestação), acrescida das demais despesas, pagando, novamente, passagens aéreas, estadias em hotéis, bem como todos os valores de todas as demais despesas e, ainda, pagar indenização por dano moral (aspecto extrapatrimonial). Repetir toda a prestação pode não ser razoável, nem economicamente proporcional. Tenha-se em conta, de modo especial, a complexidade desse tipo de prestação (viagem ao exterior a laser), a envolver vários serviços, como, hotelaria, transporte, aliás, em modais diversos – aéreo, terrestre (trem, ônibus, metrô, etc...), orientação e informação (guias, tradutores, etc...), segurança, dentre muitos outros; uma complexidade voltada para

³⁶³ BUSSATA, 2007, p. 128.

³⁶⁴ Nesse sentido, veja-se também o resultado da Apelação Cível Nº 70010231454, do TJRS: “Assim, como é impossível o cumprimento específico da obrigação devolução do veículo -, a solução que se mostra plausível é a resolução do contrato e o retorno das partes ao status quo ante, mostrando-se suficiente a devolução dos valores pagos a título de VRG.”

um resultado, que é essencial para o negócio jurídico desse jaez, o laser do consumidor, a satisfação que legitimamente se espera da viagem. Não há sequer garantia que a repetição da prestação (porque o adimplemento mal feito pode ser repetido, se o preferir o credor) possa satisfazer plenamente o credor,

De outra banda, as infrações verificadas nos contratos celebrados no âmbito da construção civil, igualmente apresentam aspectos muito interessantes para o presente estudo, porque a execução desses contratos invariavelmente envolve vários tipos de serviços e de materiais, dos mais rudimentares, como a areia, aos de tecnologia de ponta (p. ex., sistemas de segurança com biometria, elevadores, etc...), e se desenrola durante considerável lapso de tempo (p. ex.: é comum a aquisição de imóveis “na planta”, com previsão de construção em vinte e quatro meses), execução que é desenvolvida em etapas, algumas sujeitas a interferências do Estado (autorizações, fiscalizações, expedição da Carta de Habitação, dentre outras). Coordenar a execução de tais serviços, visando o escrupuloso adimplemento, não é tarefa fácil para o devedor; razão porque deságuam no Judiciário, cada vez com maior frequência, demandas que abrigam a insatisfação dos credores desses produtos (p. ex., apartamentos, casas em condomínios horizontais e unidades comerciais) e serviços (p. ex.: na empreitada e na construção a preço de custo, também chamada construção por administração)

Tome-se por exemplo um empreendimento residencial, composto por unidades privativas e por uma série de áreas e equipamentos de uso comum (p. ex.: piscinas, sala de ginástica, salão de festas, sala de jogos, etc...). Quem adquire uma dessas unidades, o faz pensando na moradia em si e, também, no acervo de benefícios e promessas de bem estar que as áreas condominiais deverão proporcionar. Desse modo, a entrega do empreendimento, mesmo que a unidade privativa esteja em perfeitas condições (no caso estudado que será abordado adiante, não estava), mas, com a supressão de qualquer dessas áreas ou equipamentos condominiais, importará em violação ao dever de prestação, ou defeito da coisa prestada.

No caso julgado na Apelação Cível Nº 70008683476,³⁶⁵ a situação é um tanto complexa por envolver imperfeições de naturezas diferentes. (i) Houve cumprimento imperfeito, em razão de defeitos na coisa prestada (vício oculto), consistentes em

³⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70008683476, 20ª Câm. Cív.** Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 19 de maio de 2004.

deficientes instalações para a banheira de hidromassagem e portas internas defeituosas. (ii) Houve, também, modificação unilateral pelo devedor, da prestação devida, com alteração do projeto arquitetônico e a supressão de salão de festas e sala de jogos e, por fim, (iii) foi verificado “breve atraso” no cumprimento da prestação. Todas essas infrações foram identificadas como *adimplemento ruim*, quando, em verdade são hipóteses de descumprimento diferentes.

Quanto aos defeitos que atingem a banheira de hidromassagem e as portas internas, tratando-se de vícios ocultos da coisa prestada, seriam, em tese, vícios redibitórios, se o defeito fosse grave o suficiente para a rejeição da coisa ou para o abatimento do preço, se ainda não pago. No caso, porém, em primeiro lugar, o defeito não foi grave, nem para rejeitar o apartamento como um todo, nem para rejeitar as portas internas instaladas. A solução dada, foi deferir indenização em valor necessário para o conserto. Tenha-se presente, ainda, que a ação postulada foi a indenizatória, e não aquelas previstas no Código Civil para os vícios redibitórios, e que parte da doutrina denomina de ações edilícias. Então, neste caso, tendo havido o adimplemento, porém defeituoso, esse descumprir poderia ser considerado um adimplemento imperfeito/defeituoso, e por ser de menor importância, qualificável como hipótese de adimplemento substancial.

Quanto ao segundo tipo de violação, foi ela interpretada pelo Judiciário como *adimplemento imperfeito*, diante de defeitos de “qualidade” e de “quantidade” da coisa prestada, porque a construtora do empreendimento promoveu a supressão do salão de festas e da sala de jogos, o que foi apontado pela prova pericial como equivalendo a 5% de depreciação do imóvel adquirido (“menos valia do apartamento”). Neste caso, não se pode dizer que tenha havido vício oculto, porque a supressão daqueles elementos construtivos, dadas as suas dimensões (salão de festas e sala de jogos), é algo aparente e de fácil percepção. Não se poderia falar, então, em defeito da coisa prestada, que encontraria solução no Código Civil na parte em que os vícios redibitórios (Arts. 441 a 446), estes que não poderiam ser considerados, ao menos com rigor técnico, como enquadráveis na terceira espécie de inadimplemento. O percentual de depreciação do imóvel, em 5% do seu valor, estaria a indicar um inadimplemento de menor relevância.

Não resta dúvida de que a hipótese não se enquadra como inadimplemento definitivo (absoluto). Poder-se-ia cogitar, dadas as peculiaridades do Direito brasileiro, de descumprimento da prestação quanto ao *modo* como foi realizada, o

que remeteria à disciplina da mora, quando, então, poderia ser emendada pelo credor. Contudo, também aqui o descompasso entre o devido e o realizado não atingiu proporções graves a ponto de tornar possível, mesmo em tese, a resolução; ou seja, aquele tipo de descumprimento não se “transformaria” jamais, nem mesmo hipoteticamente, em inadimplemento absoluto. Então, de mora não se trata. Fosse postulada a resolução pela parte autora, certamente poderia a demandada se opor, invocando o *adimplemento substancial* como matéria de defesa.

Fica claro que, no mesmo fenômeno, enquanto o credor pode invocar em seu favor um tipo de *adimplemento imperfeito* (descumprimento), o devedor, por seu turno, pode se valer do *adimplemento substancial* em sua defesa (cumprimento da prestação), se postulada a resolução pelo credor. O caso analisado não trata de pedido de resolução, mas permite constatar que, nas ações que visam esse escopo, poderão se contrapor, de um lado, um tipo de adimplemento imperfeito (de escassa importância), ou seja, imperfeito em sentido amplo, e não como hipótese da terceira espécie de inadimplemento (imperfeito em sentido estreito); e, de outro lado, o adimplemento substancial. Daí que, a utilização de expressões como adimplemento imperfeito, ruim, etc... deveria ser evitada, ou, então, deveriam ser seguidas de uma outra identificação: em sentido estreito ou em sentido amplo. Não sendo assim, tudo que não seja inadimplemento absoluto será adimplemento imperfeito, ruim, defeituoso, etc..., o que deve ser evitado, em nome de um melhor aprimoramento dos institutos jurídicos, e um maior rigor da linguagem jurídica.

O terceiro tipo de inadimplemento no caso em apreço, foi relativo a mínimo atraso na realização da prestação, tendo o Acórdão dado destaque a essa circunstância, mas, pesando no julgado o fato dos demandados terem contribuído para tal resultado. Tudo indica, por;em, que mesmo não houvesse tal contribuição, não haveria o que indenizar, em face do “mínimo retardo”, não tendo ficado claro no Acórdão se essa circunstância (infração de menor potência ao tempo da prestação) também foi enquadrada como adimplemento ruim.

Em outro caso, de que trata o Acórdão que julgou a Apelação Cível Nº 70003966595,³⁶⁶ há expressa referência ao *adimplemento ruim*, sendo que a polêmica do processo situa-se em torno da ocorrência de defeitos construtivos no apartamento e nas áreas comuns do condomínio, além de atraso na entrega de

³⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70003966595, 9ª Câm. Cív.** Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 27 de novembro de 2002.

parte da obra (piscina, antena parabólica e sala de ginástica). A conclusão Judicial foi que, efetivamente, houve um inadimplemento identificado com a “má execução da obra” (serviços) e com a “utilização de materiais em desacordo com a qualidade do projeto” (materiais), pelo que, sobreveio o reconhecimento do direito dos autores ao ressarcimento dos prejuízos, pois, de modo global, a violação contratual afetou a “qualidade legitimamente esperada”. Pode-se ver a complexidade da relação obrigacional, que envolve serviços e produtos dos mais variados tipos, com execução diferida,³⁶⁷ de onde também se retira que a violação, nesse tipo de *adimplemento ruim*, se deu em relação à obrigação principal, e não deveres que lhe são acessórios ou anexos.

No terceiro caso desse tema, o julgamento da Apelação Cível N° 70000295469³⁶⁸ trata de problemas havidos na execução de contrato de empreitada para realização de obras na residência dos contratantes. Uma vez pago o preço da mão de obra e de alguns materiais, constatou-se a existência de defeitos que a empreiteira não resolveu e apenas remendou insatisfatoriamente (violação contratual n° 1). A imperfeição no cumprimento do contrato gerou outros efeitos, externos ao objeto do contrato, porque o deficiente escoamento das águas atingiu prédios vizinhos, acarretando prejuízos (violação contratual n° 2). Ainda, os contratos celebrados eram lacunosos, sem informações relevantes quanto ao acompanhamento técnico da obra (violação contratual n° 3). Embora o fundamento que lastreou o Voto do Desembargador Relator diga respeito, explicitamente à “qualidade” e “adequação” da prestação principal positivamente realizada, forte no princípio de responsabilidade do fornecedor pela adequação do serviço, verifica-se a existência de três tipos de violações, que atingiram o dever principal de prestação, bem como o “dever de cuidado com o patrimônio do outro contratante, e com o patrimônio de terceiros”, e, ainda, o “dever de informação adequada”, estes últimos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, portanto, deveres anexos à ao dever

³⁶⁷ Do Voto do Desembargador Relator consta que: “Em relação às áreas comuns do condomínio, as pedras portuguesas do corredor central estão mal assentadas; o escorregador do playground encontra-se solto e mal ajustado; o revestimento externo apresenta manchas e infiltrações; a caixa de medição de gás não tem trinco; a fiação da portaria central está solto fora dos eletrodutos; problemas de acabamento dos quadros da rede elétrica, comunicação, gás e incêndio.” E que, “Em relação ao seu apartamento, alegaram a utilização de materiais de baixa qualidade (esquadrias, portas, janelas, marcos e guarnições). Relataram que as portas são de tamanho incompatível com o quadro respectivo; a porta da cozinha não desliza adequadamente; algumas guarnições de abertura apresentam rachaduras; [...]”

³⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70000295469, 6ª Câm. Cív.** Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 28 de março 2001.

principal.

Este é outro caso bastante interessante, por demonstrar que nesse tipo de negócio jurídico há uma variedade expressiva de deveres envolvidos, enriquecendo o conteúdo da relação obrigacional, sobre os quais pode ocorrer violações que nem sempre cabem nas molduras da mora e do adimplemento absoluto.

A primeira violação contratual diz respeito a defeito no objeto da prestação, portanto, hipótese de vício redibitório que, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie, diz respeito à coisa e também ao serviço objetos da prestação. Não se trata, portanto, daquele adimplemento imperfeito que compõe a terceira espécie de inadimplemento. Isso porque, como informa o Acórdão, o preço já havia sido pago, tanto da mão de obra como dos materiais, constatando-se a existência de defeitos que a empreiteira não resolveu.

A segunda violação contratual, no caso em exame, é a hipótese clássica de violação positiva, porque a imperfeição no cumprimento do contrato gerou outros efeitos externos ao objeto do contrato, em face do deficiente escoamento das águas atingiu prédios vizinhos, acarretando prejuízos. Esses prejuízos são denominados por Karl Larenz como “suplementares” ou “complementares”, e que não seriam produzido se a prestação não tivesse sido realizada.

A terceira violação, diz respeito ao dever de informar, em razão da presença de lacunas no contrato, sem informações relevantes quanto ao acompanhamento técnico da obra. Aqui não há violação à prestação, mas a dever que a ela vai anexo, hipótese que também se encaixa da figura da violação positiva do contrato.

Por fim, é importante observar que o Acórdão em análise faz expressa referência à ocorrência de “inadimplemento ruim”, mas não explicita em relação a quais violações assim o considera. Em certa passagem do Acórdão, consta que

[...] na espécie, por se tratar de ilícito contratual, por inadimplemento da avença ou inadimplemento ruim do contratado, houve ofensa a direitos relativos, pelo que é mister demonstrar a conduta danosa, o dano propriamente dito e o nexo de causalidade, ensejadores da obrigação de indenizar.

Porém, esse fundamento serviu para rechaçar a pretensão dos autores à indenização por danos extrapatrimoniais. Disso resulta que não se pode colher do Julgado, ao menos satisfatoriamente, qual o conteúdo do inadimplemento ruim que restou reconhecido.

Não exatamente dentro dos negócios jurídicos alusivos à construção civil,

mas dentro do âmbito dos negócios imobiliários, se mostra relevante analisar o equacionamento jurisdicional plasmado no Acórdão que julgou a Apelação Cível nº 595111485,³⁶⁹ que trata de negócio jurídico de compra e venda de bem imóvel com pagamento total do preço, onde ocorreu o desabamento parcial do telhado do imóvel adquirido, tendo os vendedores sido condenados a indenizar o valor necessário à sua substituição completa, e não apenas da parte que ruiu.

Embora o reconhecimento judicial de que houve adimplemento ruim, o caso revela hipótese de vício oculto (vício redibitório). Seria, então, de indagar, se aquele órgão fracionado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que os vícios redibitórios são hipóteses de violações positivas do contrato? O Acórdão, porém, não esclarece. Mas, para o presente estudo, o ponto relevante está na circunstância de que restou admitido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao menos em tese, que aos adquirentes do imóvel teria sido possível o manejo da ação redibitória como solução. Haveria para os adquirentes, segundo o Julgado, o direito de “optar” por uma, dentre várias demandas.

Em seu voto, o Desembargador Relator, como fundamento, transcreveu decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo – TASP - Apelação nº 260.583, que decidiu idêntico problema. A questão, conforme entendeu o Tribunal paulista, está em saber se, surgindo vícios que se repute redibitórios, estaria o recebedor da obra jungido às ações estimatória e redibitória, ou poderia optar por outra, como a de indenização por adimplemento ruim, objetivando a reparação dos defeitos? A conclusão do Tribunal paulista deu-se nos seguintes termos:

Quem, por força de contrato comutativo, tem de entregar uma coisa será obrigado, em princípio, a entregá-la com as qualidades pressupostas, quer dizer sem os vícios ou defeitos ocultos que a tornem imprópria para o fim ou uso a que se destina, ou que lhe diminuam o valor a tal ponto que o recebedor da coisa, se os conhecesse, não a receberia, ou por ela pagaria preço menor (Cunha Gonçalves, ‘Da Compra e Venda no Direito Comercial Brasileiro, ed. Monteiro Lobato, n. 128, p. 378). Desse modo, a teoria dos vícios redibitórios constitui uma verdadeira garantia dessa obrigação, sendo criadas as ações redibitórias e estimatória em benefício do recebedor. Conseqüentemente sempre que este se sinta menos garantido com uma ou com outra destas ações e tenha mais interesse em ver reparados desde logo os defeitos, ficando com a coisa e mantendo o preço (ação de reparação ou de adimplemento), não se lhe deve recusar a opção, tanto mais que o Código propiciando aquelas demandas de enjeitamento da coisa e abatimento do preço, não exclui expressamente outra ação. Houve,

³⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. 595111485, 8ª Câ. Cív. Rel. Des. Léo Afonso Einloft Pereira, julgado em 14 de março de 1996. RJTJRS, V-177/401.

portanto, ato ilícito proveniente de culpa sob a modalidade da negligência, ensejando o adimplemento ruim, lesivo, passível de ressarcimento.

Da análise do Acórdão do Tribunal gaúcho e diante dos fundamentos da decisão do Tribunal paulista, verifica-se uma noção que aproxima a idéia de *adimplemento ruim* e os vícios redibitórios, o que poderia criar, a uma primeira vista, maior dificuldade para isolar o *adimplemento ruim, imperfeito*, e classificá-lo como terceira espécie de inadimplemento, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto. Essa questão será enfrentada na última parte deste trabalho.

Embora, no caso em questão, a escolha não tenha recaído sobre nenhum tipo de ação edilícia, ao menos a hipótese foi admitida como viável, sendo este, precisamente, o ponto que convida à reflexão.

O terceiro grupo de casos analisados diz respeito aos contratos de participação financeira nos quais houve infração ao direito de uma das partes (aderente), no que tange à redistribuição de ações da concessionária de serviço de telefonia, o que levou a parte lesada, em todos os casos analisados, a buscar judicialmente a diferença das dista ações.

Escolheu-se como paradigma a Ap. Cív. 70010833754,³⁷⁰ porque todos os demais Acórdãos trazem exatamente o mesmo tema, o mesmo enfrentamento jurídico e decisões de procedência nos mesmos termos, somente havendo improcedência quando o suporte fático-probatório não confortava a hipótese para o acolhimento da pretensão.

O caso pode ser assim resumido, a partir do conteúdo do próprio Acórdão: “o autor aderiu a plano previamente regrado pela ré, visando a aquisição de serviço de telefonia e, como inerente a tal negócio à época, com retribuição do capital da participação financeira em ações da concessionária. Esta recebeu o numerário, mas, aproveitando-se de disposições governamentais que regravam o sistema, valeu-se do lapso mais favorável para a capitalização, que poderia alcançar até doze meses para a conversão da pecúnia em ações” e, com isso, “a ausência de atualização do valor recebido levou a que a ré terminasse por locupletar-se com a menos valia do capital”. Postos os fatos, a controvérsia jurídica gira em torno da “conduta ofensiva da ré à boa-fé que deve presidir o comportamento das partes contratuais e conseqüente prejuízo que estabeleceu ao autor, em número de ações.” Houve, resta

³⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap. 70010833754, . 20ª Câm. Cív. Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 02 de março de 2005.

claro, violação a dever de conduta por parte da concessionária, infringindo o princípio da boa-fé objetiva, o que, segundo o Acórdão, produziu um “descompasso”³⁷¹ entre o que deveria ocorrer, acaso observada a boa-fé objetiva, e o que terminou por se dar”, circunstância que juridicamente foi traduzida, no corpo do Acórdão, como “má execução contratual”, e na ementa, como “adimplemento ruim”, gerando o dever de indenizar.

Verifica-se ter havido o recurso à expressão “adimplemento ruim” para identificar uma efetiva *violação positiva* do contrato, à medida que houve efetivamente o pagamento das ações ao aderente, porém um pagamento menor do que o devido. Além disso, a violação se deu por infração a um dos deveres derivados do princípio da boa-fé, um dever de conduta, de proteção ao patrimônio da outra parte contratante.

Não houve, no caso em exame, inadimplemento absoluto, nem se pode enquadrar a infração cometida no conceito de mora, embora o “modo” como se deu a prestação não tenha sido como deveria. Mas, de mora não se trata, porque o tipo de inadimplemento verificado não poderia ser “convertido”, jamais em inadimplemento absoluto. O tipo de violação perpetrada, enquanto inadimplemento, só pode encontrar lugar em uma terceira espécie.

Ainda tendo por critério a expressão *adimplemento ruim*, dos quarenta e três julgados encontrados³⁷², cinco tratam de resolução, doze referem-se ao cumprimento contratual, embora estes cuidem de um mesmo tema,³⁷³ e os demais abordam outros aspectos. Constata-se que apenas doze por cento dos Julgados, aproximadamente, que trazem o *adimplemento ruim* como fundamento, dizem respeito à resolução do contrato. De fato, um percentual pouco expressivo. Porém, demonstra que existe uma parcela da jurisprudência que admite a resolução com fundamento no *adimplemento ruim* (imperfeito). A questão está em saber em que sentido essa parcela da jurisprudência se vale de tal expressão. Estaria mesmo se

³⁷¹ O descompasso aludido, é assim sintetizado no Acórdão em apreço: “ao passo que o valor pago, a título de participação financeira e que, obviamente, deveria converter-se em ações, restava congelado, tal já não se passava quanto ao valor das ações, que ia num crescendo. A diferença daí resultante (corrigir-se aqui, congelar-se lá), deu ensejo a que a concessionária, à medida que recebesse aportes dos aderentes e os convertesse em ações, pudesse se locupletar indevidamente, o que é fielmente retratado nestes autos.”

³⁷² Ver Índice de Jurisprudência.

³⁷³ Em demandas nas quais se discutem contratos de participação telefônica, e os autores buscam receber as diferenças das ações que deveriam ter sido conferidas (todos os casos foram julgados pela Vigésima Câmara Cível do TJRS, onze deles tendo o mesmo Relator).

referindo à terceira espécie de inadimplemento (terceira via)? Estaria simplesmente repetindo essa expressão sem fazer uma reflexão jurídica? Ou seria uma referência dotada de sentido leigo e comum, apenas para informar que o inadimplemento não foi bom o suficiente para manter o vínculo contratual, mas tendo por fundamento da resolução o inadimplemento absoluto?

Para o presente estudo, o *adimplemento ruim* não se apresenta capaz de conduzir à resolução contratual, porque no direito brasileiro somente a mora é dotada da necessária característica transformista, modificando seu *status* para inadimplemento absoluto.

Ademais, conforme já anotado, parece não ser conveniente o simples emprego da referida expressão, assim como das demais que lhe são semelhantes, sem uma melhor identificação ou complemento, de modo a tornar possível perceber prontamente se ela indica uma referência comum, em sentido leigo, ou, ao contrário, uma expressão jurídica, em sentido técnico.

Até aqui, a pesquisa jurisprudencial foi canalizada para os três grupos de casos mencionados. Deste ponto em diante, será redirecionada, primeiro, para verificar resultados que conjuguem o *inadimplemento ruim* (imperfeito) com o tema da resolução contratual e, na sequência, com o tema do *adimplemento substancial*. Esses dois temas chamam a atenção e possuem extrema relevância para o objeto deste estudo, visto que a resolução contratual é resultado que se manifesta de formas diferentes no inadimplemento absoluto (resolução imediatamente possível) e na mora (resolução virtualmente possível, caso não emendada). E nos casos que não se enquadram nessas duas espécies de inadimplemento?

Sob o ângulo da resolução, foram analisados cinco julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos quais o tema proposto é relacionado. A Apelação Cível nº 70001401447,³⁷⁴ que resultou da pesquisa, não abriga elementos que justifiquem sua análise neste trabalho.

O primeiro Julgado,³⁷⁵ trata da pretensão resolutória relativa a contrato de compra e venda de imóvel rural, em razão do inadimplemento das duas últimas parcelas do preço, do total de quatro, pelo promitente comprador. Segundo o Acórdão, “entendeu o Magistrado sentenciante que, na espécie, tratava-se de

³⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70001401447, 17ª Câm. Cív.** Rel. Des. Eduardo Uhlein, julgado em 21 de maio de 2002.

³⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70034609735, 20ª Câm. Cív.** Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 14 de julho de 2010.

inadimplemento defeituoso, vez que as obrigações restaram cumpridas de modo imperfeito”, impedindo fosse reconhecida a quitação do preço. Ainda no Acórdão, “operou-se o inadimplemento ruim ou defeituoso da obrigação principal” e, em outra passagem, “ainda que, o demandado tenha entregue parte das cabeças de gado prometidas por ocasião do encerramento do contrato (R\$ 63.994,00 – fls. 60/61) e cedido crédito, no caso, as prestações foram entregues de modo incompleto e defeituoso, conduzindo à resolução do contrato”. Da análise do Acórdão se extrai, primeiramente, que os termos *adimplemento ruim*, *imperfeito*, *defeituoso* e *incompleto*, todos, tem o mesmo significado. Ao depois, esse *adimplemento ruim* seria da “obrigação principal”, e não de deveres secundários ou anexos. Por terceiro, verifica-se que o inadimplemento não foi de escassa importância, mas de expressivo valor e, por fim, restou a conclusão de que o *inadimplemento ruim* conduziu à mora, que se converteu em inadimplemento absoluto, ensejando a resolução do contrato.³⁷⁶ A noção de *adimplemento ruim (imperfeito)* apresentada no Acórdão, na prática negaria a existência de uma terceira espécie de inadimplemento, visto que a infração cometida estaria abrangida no conceito amplo da mora.

No segundo Acórdão³⁷⁷ que aborda o *adimplemento ruim* como fundamento à resolução contratual, as questões caras ao tema deste estudo foram referidas. A fundamentação realizada pela Magistrada sentenciante, Dra. Maria Cláudia Cachapuz, pela consistência das razões de decidir, foram reproduzidas pelo Desembargador Relator em seu voto.

Após discorrer sobre a visão do adimplemento contratual e sobre a noção da obrigação complexa pela doutrina, com fundamento em Savigny, Karl Larenz e Clóvis do Couto e Silva, a ilustre Magistrada analisou, ainda sob o ângulo da doutrina, o entendimento acerca do *adimplemento substancial*, e sua vinculação à utilidade do credor, como critério para a manutenção ou não do liame obrigacional. Ao adentrar no caso concreto, que abriga controvérsia sobre a resolução de contrato de consórcio, entendeu ter havido *adimplemento ruim* por parte da empresa administradora, visto que

³⁷⁶ Do Acórdão em análise colhe-se a seguinte passagem: “[...] tanto a prestação de entrega de cabeças de gado prometidas quanto a cessão de crédito apresentam cumprimento defeituoso, isto é, a prestação foi realizada de modo imperfeito, situação que induz a mora e consectários daí decorrentes.”

³⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70008716482, 9ª Câm. Cív.** Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 15 de setembro de 2004.

[...] houve total displicência em relação aos cuidados de diligência exigidos na administração do consórcio pela demandada, exigindo da demandante valores totalmente incoerentes e, em nada, relacionados ao contrato estabelecido entre as partes”

E ainda, que, se a função da empresa administradora é justamente “administrar” o grupo de consórcio, houve de sua parte “ausência de maior diligência nesta administração”. Com base em tais falhas, concluiu que houve “quebra das expectativas relacionadas ao negócio jurídico realizado”, autorizando que se reconhecesse a possibilidade resolutória.

Dois aspectos desse Julgado são muito relevantes para este estudo; primeiro, foi admitido no Acórdão que o *adimplemento ruim* pode conduzir à resolução contratual; e ainda, que a infração contratual se deu em relação à obrigação principal (no caso, administrar o consórcio). Uma vez que a função da empresa faltosa era exatamente administrar, se o faz sem diligência e com displicência, prestou mal; ou seja, realizou a prestação principal, mas com deficiência grave, ferindo mortalmente às expectativas relacionadas ao negócio, fazendo perecer a utilidade deste para a parte inocente. O Acórdão traz referência expressa à teoria do *adimplemento substancial*, que em verdade não houve; pois se tivesse ocorrido, o contrato não poderia ter sido resolvido.

O terceiro caso³⁷⁸ envolvendo *adimplemento ruim* e resolução contratual, solveu controvérsia em ação de busca e apreensão de veículo cumulada com obrigação de fazer (transferência documental de veículo), pois o ex-proprietário de veículo automotor retomou-o arbitrariamente, sem postular a tutela judicial, que poderia ter sido fundamentada, conforme exposto no próprio Acórdão, com base na “exceção de contrato cumprido com defeito”.

Colhe-se, no entanto, que os ilustres Julgadores, primeiro perfilharam a entendimento de que o *adimplemento ruim* pode dar ensejo à mora³⁷⁹ (e daí ao inadimplemento absoluto) e conduzir à resolução do contrato. Em segundo lugar, o *adimplemento ruim* foi da prestação principal (embora não alegado pelo ex-proprietário do veículo).

As notas comuns aos três julgados, é que: (1) os descumprimentos dizem

³⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70022461859, 15ª Câm. Cív.** Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos, julgado em 23 de abril de 2008.

³⁷⁹ Consta do Acórdão: “Se a intenção dos demandados era o desfazimento do negócio de compra e venda do veículo por adimplemento ruim por parte do demandante deveriam ter tomado a iniciativa de buscar judicialmente seu direito, comprovando a mora.”

respeito à obrigação principal, e não aos deveres secundários e anexos; (2) a infração contratual foi grave, expressiva e, (3) o *adimplemento ruim* poderia se converter em mora (passar ao estado de mora), e esta, depois, ao inadimplemento absoluto do contrato, razão pela qual seria admitida a resolução.

O quarto caso interessante³⁸⁰ nesse tema, no qual houve a admissão do *adimplemento ruim* como fundamento de resolução contratual, observa-se da Ementa do Acórdão a referência expressa à configuração de *adimplemento ruim* do comprador; porém, ao se ler o Acórdão, constata-se que não existe uma única citação a essa expressão, valendo-se o Desembargador Relator, em seu Voto, apenas do termo *inadimplemento*, desacompanhado de qualquer adjetivo, como fundamentação do julgado; entendimento acompanhado pelos demais julgadores. Analisado o caso concreto, porém, se constata tratar-se de típico *inadimplemento absoluto*, porque o devedor deixou de atender a obrigação principal, qual seja, o pagamento do preço contratado, não todo, cabe registrar, mas de parte relevante. Houve inadimplemento fundamental, o que contrasta com o senso comum gerado em torno do *adimplemento ruim*, onde o inadimplemento não pode ser definitivo, ou seja, de graves proporções.

Entretanto, no caso analisado, a lesão foi grave e incidiu sobre a prestação principal, sendo em razão desse “inadimplemento” que a autora pleiteou a resolução do contrato. Ou seja, na relação de equilíbrio entre a parcela cumprida e a parcela descumprida da relação obrigacional complexa, o “inadimplemento” se mostrou com maior densidade, maior relevância, servindo de fundamento para a resolução. Qual a relevância em se dizer que, nesse caso, houve “adimplemento ruim” do contrato? Nenhuma importância, porque o que efetivamente houve foi o “inadimplemento” absoluto.

Por outro lado, no julgamento da Apelação Cível nº 598501948³⁸¹, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul equacionou a situação exposta em ação de cobrança onde as circunstâncias de fato demonstram a ocorrência de atraso e má execução serviços contratados (denominada, no Acórdão, de *adimplemento ruim*). Viu aquela Corte, no caso, hipótese de *adimplemento ruim* porque ainda útil a prestação para a contratante, o que não autoriza a resolução do contrato, mas sim a

³⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 598229623, 17ª Câ. Cív.** Rel. Des. Luciano Ademir José D'Ávila, julgado em 27 de abril de 1999.

³⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 598501948, 17ª Câ. Cív.** Rel. Des. Demétrio Xavier Lopes Neto, julgado em 25 de maio de 1999.

reestimação de sua repercussão. As noções de *adimplemento ruim* e de *adimplemento substancial* vieram fundidas no referido Acórdão³⁸², assim como expressa consta referência à disciplina própria dos vícios redibitórios (reestimação).

Por fim, entende-se que foram alcançados os objetivos da pesquisa realizada, pois ficou claro que as expressões formadas a partir do substantivo “adimplemento” (imperfeito, ruim, defeituoso, etc...) revelam violações a vários tipos de deveres, e não só à prestação, e em diferentes níveis de gravidade, levando a diferentes tipos de solução, inclusive à resolução. Ficou demonstrado que não existe um entendimento uniforme do que seja *adimplemento imperfeito (ruim, insatisfatório, etc...)*, e o uso dessas expressões se dá de modo um tanto aleatório em jurisprudência.

B – DELIMITAÇÃO DA TERCEIRA ESPÉCIE DE INADIMPLEMENTO NO DIREITO BRASILEIRO.

O estudo que envolve a existência ou não de uma terceira espécie de inadimplemento deve ser desenvolvido a partir de um determinado ponto, analisando-se a partir dele os argumentos, colocando-se em contraste as idéias, de modo que, ao final, resultem do processo investigativo as conclusões que se mostrarem possíveis, diante da realidade e do arcabouço jurídico que sobre ela incide. Sendo assim, e estando em discussão, para o Direito brasileiro, um tipo de inadimplemento que não é mora e também não é inadimplemento absoluto, deve ser reconhecido que a formulação mais influente sobre esse tema, dadas as peculiaridades do nosso sistema jurídico, é a teoria da violação positiva do contrato, que, para o Direito alemão do início do século passado, também preconizou a existência de um terceiro tipo de inadimplemento, ao lado da mora e da impossibilidade da prestação.

Seria, então, de se começar o esforço pela fixação da terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro a partir dos postulados da teoria da violação positiva? Entendemos que não. Se o que se busca, é aclarar melhor um instituto jurídico (inadimplemento imperfeito) em um determinado sistema jurídico (brasileiro), então, é preciso verificar, primeiro, o que já existe nesse sistema jurídico, o que já

³⁸² Veja-se o Acórdão: “Se presente hipótese de *adimplemento imperfeito* mas reconhecida a utilidade de parcela substancial da prestação, antes de rescindir há – apenas – que acertar.”

está posto e regrado; sendo a partir das lacunas e imprecisões que se poderá chegar à formatação daquele instituto jurídico em estudo, dentro da realidade jurídica que o recepciona.

É a partir das espécies de inadimplemento já consagradas no Direito brasileiro que o tema pode encontrar um caminho seguro, e foi por essa razão que a primeira metade deste estudo foi dedicada ao adimplemento e ao inadimplemento e, depois, aos tipos de inadimplemento. Depois, na primeira metade da segunda parte deste trabalho, se procurou demonstrar as dificuldades, em doutrina e em jurisprudência, do que exatamente se compreende por adimplemento imperfeito, adimplemento defeituoso, adimplemento ruim, etc... Agora, por fim, é chegado o momento de buscar definir o conteúdo dessa terceira espécie de inadimplemento, esforço que, como referido, há de principiar pelo que já se acha posto no nosso sistema jurídico, porquanto, assim não procedendo, ter-se-ia de passar a discutir apenas teoricamente o tema e, ainda, questionando a validade dogmática de tudo o que se acha vigente, algo que não está no escopo desse estudo.

Postas tais premissas, não remanesce dúvida de que o ponto por onde deve principiar a investigação é a noção de mora no Direito brasileiro. E nesse primeiro movimento serão enfocados os dois aspectos que, segundo entendemos, podem influenciar decisivamente: (1) a amplitude da noção de mora no sistema jurídico pátrio e a (2) sua natureza transformista. Em seguida, será analisada a teoria da violação positiva, em contato com essa noção de mora, obtendo-se, então, uma delimitação da mora, mas não uma delimitação da terceira espécie de inadimplemento. Por fim, será proposto um elemento unificador às hipóteses classificáveis na terceira espécie de inadimplemento, qual seja, a incapacidade de qualquer delas conduzir o credor ao desfazimento do vínculo jurídico obrigacional, sendo este o elemento que mais diferencia aquelas hipóteses em comparação com o inadimplemento absoluto, que, por si só, já enseja o mais drástico efeito, e as diferencia da mora, que possui em si a característica genética de se transformar em inadimplemento absoluto e, daí, à resolução. Dentro dessa última linha de raciocínio será observada a teoria do adimplemento substancial em contato com o sistema jurídico pátrio, daí se extraindo, na prática, uma hipótese classificável na terceira espécie de inadimplemento, embora, advirta-se, não seja o próprio adimplemento substancial.

Seguindo o desenvolvimento proposto neste estudo, parte-se da noção de *mora* no Direito brasileiro, mais precisamente de dois aspectos que lhe são peculiares, no esforço de delimitar a terceira espécie de inadimplemento. O primeiro deles, trata da amplitude da *mora* no quadro do Direito brasileiro.

Efetivamente, sua amplitude não encontra similar em outros sistemas jurídicos. Em que pesem as críticas à fixação do largo conteúdo da *mora* pelo legislador pátrio, é preciso entender que a *mora* é uma situação jurídica (um estado). Ao descumprimento, fato jurídico, o Direito atribui efeitos jurídicos. Portanto, se *mora* é uma situação jurídica, à qual vão atribuídos efeitos jurídicos, e não um fato natural regido pelas leis físicas, significa que cada sistema jurídico tem liberdade para fixar-lhe o conteúdo, disso decorrendo que aquilo que é *mora* em um sistema, pode não ser em outro. Nesse sentido, Judith Martins-Costa esclarece que o conceito de *mora*

[...] é em grande parte influenciado por razões de fato e também por regras de equidade, como já acentuava antiquíssima doutrina. Não é, portanto, um conceito naturalista, a vigorar identicamente em todos os sistemas, mas um conceito normativo, a ser averiguado em vista dos princípios e regras do sistema considerado.³⁸³

Esse é o caso específico do sistema pátrio, que, diferente de outros, considera hipóteses de *mora* as violações referentes, também, à “forma” e ao “lugar” em que a prestação deve ser realizada. Houve uma opção clara do legislador brasileiro, mantendo a dicotomia do inadimplemento em inadimplemento absoluto e *mora*, mas ampliando o espectro desta, para abranger outras hipóteses (forma e lugar), circunstância que exerce enorme influência na conformação da terceira espécie de inadimplemento (adimplemento imperfeito/ruim).

Não parece relevante, ao menos nos limites do presente estudo, discutir o acerto ou o erro da opção do legislador na determinação positiva do conteúdo da *mora* no Direito brasileiro. A realidade está posta. Esta é a *mora* que vige e, bem ou mal, certo ou errado, tem-se que observar o seu conteúdo fixado por lei.

Conforme já anotado, situação diferente é encontrada em outros sistemas, como o alemão, o espanhol e o português, nos quais o conteúdo da *mora* é mais reduzido, pois ela só se configura na hipótese de atraso no cumprimento da

³⁸³ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 324.

obrigação. Nestes, o sentido da mora é restrito à demora no cumprimento, ou seja, com desatenção ao termo estipulado.³⁸⁴

Retornando ao sistema jurídico pátrio, a mora, segundo Judith Martins-Costa, pode ser definida *descritivamente* como

[...] a não-realização da prestação devida, pelo credor, no tempo, lugar e forma convencionados no contrato ou impostos pela lei. Para o credor, portanto, a mora consiste no não-recebimento da prestação devida no tempo, lugar e forma convencionados no contrato ou ditados pela lei.³⁸⁵

Mas ela também pode ser definida *normativamente*, como “a não-realização da prestação devida enquanto devida, porém, a prestação devida, embora ainda não realizada, ainda o pode ser – com utilidade para o credor.”³⁸⁶ A primeira definição para a mora prende-se ao vencimento da obrigação (primeiro aspecto temporal), ao passo que a segunda definição traz a noção referente à permanência do interesse do credor, tornando a obrigação “ainda” possível (segundo aspecto temporal).

Como bem esclarece a mesma autora, a equiparação entre mora e retardo, ou seja, a limitação do conteúdo da mora a uma não-atuação do devedor quanto ao tempo em que deveria realizar a prestação, tem confrontado outros sistemas³⁸⁷ com o problema de se saber se o fato da prestação ter sido realizada no tempo devido, mas com desatenção à forma e ao local devidos, também se constitui em mora, ou

³⁸⁴ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 1035: “Do não cumprimento definitivo se autonomiza o simples retardamento na prestação – a que se dá o nome de mora. Neste caso, a prestação ainda poderá ser cumprida, embora não tempestivamente. Por exemplo: se A deve a B uma determinada quantia em dinheiro e não a satisfaz no prazo convencionado, o pagamento mostra-se, todavia, possível depois dessa data, visto que o credor continua a ter interesse em recebê-lo.” Ainda quanto ao Direito português, veja-se MARTINEZ, 2001, p. 127: “A mora supõe que o devedor, por causa que lhe é imputável, não efectuou a prestação aquando do seu vencimento, mas esta, não só é possível (art. 804º, nº 2), como também continua a satisfazer o interesse do credor. O cumprimento retardado enquadra-se entre os tipos de não cumprimento das obrigações...” E mais adiante, na mesma página, completa: “A mora tem início com o vencimento da prestação, o qual pode advir do decurso do prazo estabelecido para se efectuar o cumprimento ou da interpelação (art. 777º, nº 1). Contrariamente à culpa no retardamento, que se presume (art. 799º, nº 1), o vencimento da prestação tem de ser provado pelo credor (art. 342º, nº 1).”

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 324.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 344. Na sequência da observação transcrita, a ilustre jurista explica que “Nesta perspectiva, a mora não é nem a simples ausência de cumprimento, nem a mera não-realização da prestação devida: é a não-realização da prestação devida no tempo, lugar e forma convencionados, ou especificados na lei, na medida em que essa não-realização corresponda à violação da norma, legal ou convencional [...]”

³⁸⁷ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 144-145: “O Código Civil brasileiro, no âmbito da família Romano-Germânica, inovou em matéria de terminologia utilizada para a definição de mora. Todos os demais grandes códigos dessa família restringem a mora ao aspecto temporal. Essa também era, alias, a tradição brasileira, como comprovam não só as Ordenações Filipinas, como também o Esboço de Teixeira de Freitas ou ainda o Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua”.

não.³⁸⁸ Dando-lhe uma dimensão prática, a precitada autora refere que o problema se estabelece quando, por exemplo, a obrigação é prestada mas não são observados “os deveres de prestação secundários e anexos, como os deveres de cuidado e segurança, ou mesmo de informação, quando esta não é nem dever principal nem dever de proteção, ou, então, prestando-se defeituosamente, ou inexatamente.”³⁸⁹ Para o presente estudo, tal questionamento é de extrema relevância, porque pela proposição nele defendida, a delimitação do campo da mora abre espaço para que um outro tipo de inadimplemento possa ser definido (e que também não se confunde com o inadimplemento absoluto), permitindo o abandono definitivo da classificação dicotômica.

No que diz respeito ao Direito brasileiro, o problema acima referido não existe, à medida que entre nós “a noção de mora do art. 394 (tal como anteriormente, nos arts. 955 e 1.056, a contrario, do Código de 1916) é ampla e flexível, abarcando todos esses casos, e correspondendo ao ‘modo de dever ser’ integral da prestação.”³⁹⁰ Em apoio ao legislador pátrio, Judith Martins-Costa explica ser relevante a opção brasileira na fixação do conteúdo da mora, “ao menos para enfatizar que não é apenas o retardo que está no núcleo conceitual da mora, mas, fundamentalmente, o descumprimento de qualquer *interesse na prestação*.”³⁹¹

Jorge Cesa Ferreira da Silva realiza interessante análise da abrangência da mora no espectro conceitual do inadimplemento, advertindo, antes de tudo, que se exige uma preliminar tomada de posição entre dois modelos, um “restrito” e o outro “alargado”. Quanto ao *modelo restrito*, o autor refere que dos dois efeitos atribuídos à mora, quais sejam, o *dever de indenizar os prejuízos que a mora deu causa* (Artigo 395 do Código Civil atual, e o anterior Artigo 956 do Código de 1916) e o *dever de responder pela impossibilidade da prestação* (Artigo 399 do Código Civil atual, e o anterior Artigo 957 do Código de 1916), somente o segundo efeito pode ser utilizado como “predicado identificador da mora”, ou seja, como “elemento característico não compartilhado com a(s) outra(s) forma(s) de inadimplemento”, porque “o dever de indenizar os prejuízos decorrentes da mora não é consequência da *espécie* mora,

³⁸⁸ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 324, 326.

³⁸⁹ MARTINS-COSTA, loc. cit.

³⁹⁰ Ibid. p. 324, 326.

³⁹¹ Ibid., p. 324, 326.

mas sim do *gênero* inadimplemento”.³⁹² Disso decorre, segundo o mesmo autor, que a regra inserta no Artigo 399³⁹³ “só tem sentido tendo-se em vista os interesses principais da relação obrigacional, ou seja, os interesses de prestação”, asseverando, ainda, que “eventuais violações de deveres laterais ou de deveres secundários de prestação de pequena importância não geram, por si só, a aplicação do dispositivo.”³⁹⁴

Com isso, e dentro do *modelo restrito*, está o autor a afirmar, salvo engano, que as violações de pequena importância (presentes na mesma situação em que ocorre o adimplemento substancial) não são capazes de gerar o “estado de mora”, em razão da não-aplicação do Artigo 399 do Código Civil.

Assim, em casos de violações de escassa importância, o devedor não responde pela impossibilidade da prestação (entenda-se, de toda a prestação), sujeitando-se, todavia, à incidência do Artigo 395, devendo indenizar os prejuízos decorrentes do seu descumprimento, o que, como o próprio Jorge Cesa Ferreira da Silva adverte, é consequência do *gênero* inadimplemento, e não um efeito imanente da mora enquanto espécie.

Realmente, em face da incidência do princípio da boa-fé, não é possível, em casos de inadimplemento de escassa importância, considerar “toda a prestação” como descumprida, e mais, considerar como impossível de ser prestada totalmente. Confirma-se, assim, também por esse viés, que as hipóteses de adimplemento substancial do contrato não são hipóteses de mora, devendo ser classificadas na terceira espécie de adimplemento,³⁹⁵ o que será abordado mais adiante, quando abordado o contato dessa Teoria com o sistema jurídico pátrio.

Por outro ângulo, a *possibilidade* da prestação também não altera a classificação do descumprimento contratual de escassa importância. De fato,

³⁹² FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 160. Após essa explicação, o autor, na página seguinte, conclui que “cabe tomar o segundo efeito como padrão d análise.”

³⁹³ Na obra do referido autor a referência original é ao Artigo 957 do Código Civil de 1916, o que em nada altera a sua explicação em relação ao Artigo 399 do Código Civil atual.

³⁹⁴ Ibid., p. 160, 161.

³⁹⁵ A questão envolvendo o adimplemento substancial (inadimplemento de escassa importância), fica ainda mais clara com o exemplo (de situação submetida a esse *modelo restrito*) formulado por Jorge Cesa Ferreira da Silva: FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 160, 161), no qual apresenta a hipótese de um vendedor que vende um automóvel (prestação principal), mas não entrega ao comprador o manual do sistema de som (obrigação acessória) no momento da tradição. Em tal caso, houve um tipo de inadimplemento, isso é certo, mas que não configura mora, porque em caso de se tornar impossível a entrega do manual, ainda assim não seria possível fazer o vendedor responder pela impossibilidade de “toda a obrigação” (entrega do automóvel e do manual).

[...] a possibilidade de cumprimento da obrigação para o credor é um critério fundamental e anterior, para se diferenciar a mora do inadimplemento absoluto, a possibilidade de receber a prestação devida é inerente ao *estado de mora*, que, desaparecida, *transforma*³⁹⁶ a mora em inadimplemento absoluto.³⁹⁷

Significa dizer que a *possibilidade* da prestação, tardia ou malfeita, ser corretamente realizada, só tem relevância como critério para configurar a mora, se o retardo ou a imperfeição for grave o suficiente para fulminar o equilíbrio contratual; ou seja, para conduzir, caso não corrigidos, à perda do interesse do credor em relação ao todo, e ensejar a resolução do contrato.

Para que não passe em branco, convém esclarecer que essa *possibilidade* ou *impossibilidade*, no que respeita ao inadimplemento de menor gravidade (que é a outra face do adimplemento substancial), pode ser tanto do devedor quanto do credor, pois por qualquer ângulo que se analise, o resultado não se altera: esse tipo de inadimplemento não se encaixa na moldura da mora no Direito brasileiro.³⁹⁸

No que tange ao *modelo alargado*,

[...] dada a formulação abrangente da mora no direito brasileiro, ela congrega todo e qualquer descumprimento de dever obrigacional, seja ele relacionado ao ato de prestar, seja ele relacionado ao objeto da prestação, que, independentemente do momento de sua produção, não configure inadimplemento absoluto.³⁹⁹

Por esse modelo, todo o inadimplemento que não for absoluto, será relativo (que para essa situação específica seria sinônimo de mora), de modo que este abarcaria todas as demais hipóteses de descumprimento, conformando uma espécie residual.

Esse modelo, à medida que propõe uma divisão dicotômica das espécies de inadimplemento (em sentido amplo), e assim, apenas entre mora e inadimplemento absoluto, exclui a formação de uma terceira espécie.

³⁹⁶ Essa capacidade de “transformação” da mora, que é uma característica genética e singular dentro das espécies de inadimplemento, será objeto de melhor análise, a seguir.

³⁹⁷ GAZALLE, 2008, p. 37, grifo do autor.

³⁹⁸ Por essa razão, a discussão em Agostinho Alvin não tem relevância aqui. Segundo aquele autor: “o critério para distinção reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor, e sim ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente.” (ALVIM, 1949, p. 45). O critério é importante para distinguir mora de inadimplemento absoluto, mas não para distinguir a mora de uma terceira espécie de inadimplemento, na qual uma das hipóteses seria o inadimplemento de escassa importância.

³⁹⁹ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 160, 163.

Então, voltando-se ao *modelo restrito* de mora, para se estabelecer o conteúdo desta, sintetiza Jorge Cesa Ferreira da Silva que não são todos os deveres agrupados na relação obrigatória que gerarão a mora, “mas tão somente aqueles que poderão, de algum modo, impedir a realização da prestação”,⁴⁰⁰ ainda o mesmo autor, melhor detalhando, sustenta que “a mora deve ser vinculada somente aos atos de cumprimento dos deveres que afetem diretamente os interesses de prestação, e não a todos os deveres envolvidos na relação.”⁴⁰¹

A indagação formulada por Judith Martins-Costa, transcrita linhas atrás (se o fato da prestação ter sido realizada no tempo devido, mas com desatenção à forma e ao local devidos, constitui em mora, ou não, no Direito brasileiro?)⁴⁰² é respondida no mesmo sentido das observações de Jorge Cesa Ferreira da Silva, o que se depreende da afirmação daquela própria autora, nos seguintes termos:

Quando é infringida a ‘forma’ da prestação devida – isto é, o seu ‘modo de ser’ – é preciso distinguir: a ‘forma é indevida porque (i) atingiu dever de prestação (principal, secundário ou anexo, desde que instrumentalizado diretamente à prestação) ou (ii) dever de proteção contra danos que possam advir do contrato? No primeiro caso, se caracterizará a mora ou o inadimplemento definitivo, conforme os efeitos na relação e o interesse do credor; no segundo, terá havido violação positiva do contrato.⁴⁰³

Fixados os deveres da obrigação complexa que podem ser atingidos pela conduta do devedor de modo a lançá-lo no estado de mora, tem-se como delimitado o seu espaço.

Ocorre que nem todas as hipóteses de inadimplemento se acomodam nessa noção de mora, menos ainda no inadimplemento absoluto, conforme vem sendo demonstrado ao longo deste estudo. Daí a necessidade de se criar uma terceira via para o inadimplemento no Direito brasileiro.

É nesse espaço que atuam a teoria da violação positiva do contrato e a doutrina do adimplemento substancial, preenchendo o conteúdo, com as devidas adaptações, do terceiro tipo de inadimplemento no Direito brasileiro.

Antes de outro esforço, é preciso compreender que ambas as doutrinas são criações concebidas em sistemas jurídicos estrangeiros, para atender as

⁴⁰⁰ FERREIRA DA SILVA, 2002. p. 160, 163.

⁴⁰¹ Ibid., SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 160, 162, 163.

⁴⁰² Ibid., p. 326.

⁴⁰³ MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 328.

necessidades que se impunham na Alemanha e na Inglaterra em seus respectivos momentos históricos. As evoluções sociais percebidas em cada país, notadamente quando alinhadas por questões históricas, econômicas, religiosas e culturais, não discrepam tão sensivelmente, de tal sorte que os seus diferentes estágios de industrialização e de complexidade econômica fazem com que alguns problemas sejam percebidos primeiro nas nações mais evoluídas que, por isso, se antecipam na formulação das soluções jurídicas, estas que, depois, de alguma forma, são incorporadas aos sistemas jurídicos daqueles países que venham a passar por semelhante transformação.

É indubitável a recepção da teoria da violação positiva do contrato e da doutrina do adimplemento substancial pelo Direito brasileiro. Contra a realidade não se sobrepõem argumentos. Deve-se, tão somente, guardar atenção às peculiaridades do nosso sistema jurídico, para que tal importação seja bem compreendida.

Segundo Clóvis do Couto e Silva,⁴⁰⁴

No Direito, é comum falar-se em recepção, mas no geral, cuida-se de adoção por um país de um conjunto de leis, ou mesmo de um código inteiro de outro país. À medida que os diferentes sistemas se aproximam em face de situações, que, em toda parte, são semelhantes, ocorrem problemas dessa espécie. Contudo, a recepção de um elemento mínimo, de um conceito é bem mais difícil de perceber.

Linhas depois, acrescenta: “Por vezes a mesma idéia aparece em diferentes lugares, não sendo fácil saber se se trata de descoberta jurídica ou de recepção de algum conceito já existente em outro sistema jurídico.”

Eduardo Bussata, em observação alusiva à incorporação, pelo Direito brasileiro, da doutrina do adimplemento substancial, mas aplicável igualmente, segundo entendemos, ao acolhimento da teoria da violação positiva, refere que “ainda que se defenda a recepção do referido instituto, não há que perder de vista as peculiaridades do sistema jurídico pátrio, o estágio da cultura jurídica aqui desenvolvida”,⁴⁰⁵ razão porque, complementa o autor, deve se buscar desenvolver

⁴⁰⁴ COUTO E SILVA, 1997, p. 37.

⁴⁰⁵ BUSSATA, 2007, p. 87. Merece destaque, ainda, a seguinte observação do autor: “A recepção pura e simples de qualquer instituto jurídico, sem a necessária adequação ao sistema que o recebe, funciona como verdadeira agressão a esse sistema, na medida em que desconsidera seus princípios, contornos e fundamentos. Não se pode olvidar que qualquer recepção de um novo instituto causa rupturas, visto que inova o sistema que o recebe. Mas a ruptura deve

um conteúdo próprio para a teoria alienígena visando sua aplicação no sistema jurídico brasileiro. Esses dois temas serão ainda abordados neste tópico, mas, antes, é preciso adentrar em outro aspecto da mora, acolhido como relevante neste estudo para a definição da terceira espécie de inadimplemento. Trata-se da característica genética da mora, que Araken de Assis tão bem definiu como “transformista”, porque, sendo ela considerada um estágio transitório,⁴⁰⁶ poderá, caso não emendada, conduzir ao inadimplemento absoluto do contrato e, por consequência, à sua resolução. A *mora*, tanto quanto o *adimplemento substancial*, pressupõe a permanência da utilidade da prestação para o credor e a manutenção do seu interesse no cumprimento do contrato. Todavia, no caso da mora, uma vez perdida a utilidade da prestação, o transitório se transmuda em definitivo, ou seja, a mora (o inadimplemento em *estado de mora*)⁴⁰⁷ *se transforma* em inadimplemento absoluto, algo que não vemos como possível ocorrer com as infrações abrangidas pela terceira espécie de inadimplemento, do que é exemplo o tipo de descumprimento que se encontra na outra face do *adimplemento substancial*.

O propriedade transformista da mora revela um importante elemento para delimitar as hipóteses da terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro, porque, do contrário, não haveria razão prática para qualquer distinção, recaindo a divisão do inadimplemento na concepção dicotômica, pois tudo o que não fosse inadimplemento absoluto poderia ficar comodamente abrigado na infinita rede das imperfeições atinentes ao tempo, modo e lugar.

No Direito brasileiro, o *descumprimento grave* “é”, no plano jurídico, *inadimplemento absoluto* (definitivo). Por um imperativo lógico, esse tipo de inadimplemento não tem como ficar “provisoriamente” definitivo, no caso da impossibilidade física, porque a prestação decididamente não poderá mais ser realizada; ou, então, no caso de perda da utilidade da prestação para o credor, não é da natureza do inadimplemento absoluto (definitivo) permanecer “provisoriamente” nesse estado; ou está definitivamente perdida a utilidade para o credor, que assim declara e vê reconhecido judicialmente, acarretando a resolução, ou não está definitivamente perdida a utilidade, caso em que o vínculo obrigacional

corresponder aos anseios da cultura jurídica do sistema que recepciona o instituto, razão pela qual deve ser este amoldado àquele.”

⁴⁰⁶ ASSIS, 2004, p. 115.

⁴⁰⁷ GAZALLE, 2008, p. 26: “Portanto, este estado de mora é a posição jurídica na qual estará colocado momentaneamente o contratante inadimplente.”

permanecerá.

Uma vez configurado o inadimplemento absoluto, não é mais dado ao devedor retroceder a situação. Portanto, não há meio termo; o *inadimplemento absoluto* é, ou não é; se deixou de ser *absoluto*, é porque jamais foi *definitivo*; de modo que não se verifica nesse tipo de inadimplemento qualquer vestígio de uma característica transformista. Em uma frase: o inadimplemento absoluto não desce a outro tipo menos grave de inadimplemento. A sua conseqüência, para a vida da relação obrigacional, é o desfazimento do vínculo jurídico, ou seja, a resolução.

No extremo oposto, está o *descumprimento de escassa importância*; um tipo de descumprimento que está no verso do adimplemento substancial. Esse descumprimento, sim, é que conforma uma das hipóteses recobertas pela terceira espécie de inadimplemento, aqui denominada de inadimplemento imperfeito (*lato sensu*).

Esse tipo de inadimplemento nasce irrelevante (ele “é”) e o seu *status* jurídico não se *transforma*, não se agrava. Ele não “está” em situação jurídica de menor importância, ele é irrelevante.

Sob o ângulo da permanência da relação obrigacional, esse tipo de inadimplemento não é uma ameaça, porque juridicamente ele não tem como provocar a resolução contratual; portanto, não se *transforma* em inadimplemento absoluto. Nem em mora ele pode ser transformado, porque esta tem em si a potencialidade de conduzir à resolução.

Veja-se que, no caso de inadimplemento de menor importância, não é possível ao credor exigir do devedor o adimplemento da parte da prestação faltante, ou a correção do menor defeito, assim exigindo sob pena de, o devedor não atendendo, ser o contrato resolvido, com a extinção do vínculo jurídico; a hipótese de resolução não existe nesse caso. Sequer é possível uma das partes lançar mão da exceção do contrato mal cumprido pela outra, como argumento para não cumprir a totalidade da prestação que lhe cabe realizar.

É preciso distinguir o fato jurídico em que consiste o descumprimento (grave, relevante ou de escassa importância), da categoria jurídica inadimplemento (absoluto/definitivo, mora ou adimplemento imperfeito), mas, por outro lado, é possível ver as suas co-relações. O fato, como dado da realidade, pode sofrer alterações, pode se transformar para pior ou para melhor (agravar ou atenuar), e assim, por conseguinte, também o fato jurídico. Porém, diversamente, os tipos de

inadimplemento, enquanto categorias jurídicas, não obedecem essa regra, pois o seu conteúdo é jurídico, é dado pelo Direito, razão pela qual, tanto o inadimplemento absoluto (definitivo), como o inadimplemento de menor importância, não se transformam em outra espécie de inadimplemento. Os efeitos que esses dois tipos de inadimplemento exercem sobre a vida da relação vêm corroborar tal conclusão.

Já o descumprimento relevante, mas que ainda assim guarda em si a potencialidade de manter o interesse do credor na prestação tardia ou malfeita, faz com que o inadimplemento assuma o “estado de mora” (estar em mora), quando a prestação restar vencida e exigível. Nessa hipótese, ou a prestação é cumprida e o vínculo jurídico mantido, ou a mora se transforma em inadimplemento absoluto, rendendo ensejo à resolução. Como se vê, nesse caso, um tipo de adimplemento se transforma em outro; muda de *status*.

O Artigo 394 do Código Civil autoriza esse entendimento ao estabelecer que considera-se (portanto, uma presunção) “em mora” o devedor. A expressão “em mora”, deve ser entendida como “em estado de” mora. Um *status* jurídico que o Direito confere a esse tipo de descumprimento.

Veja-se que em relação ao *inadimplemento* que está na outra face do adimplemento substancial, qual seja, um inadimplemento de menor importância, essa transformação jamais ocorrerá, porque em se tratando de descumprimento mínimo da obrigação principal, não se pode cogitar, ao menos razoavelmente, que ele possa ensejar a mais drástica das soluções, autorizando a resolução do contrato. Assim, toda vez que um inadimplemento não possa ser convertido em inadimplemento absoluto, não possuirá, por um imperativo lógico, a característica que Araken de Assis chama de transformista,⁴⁰⁸ de modo que um tal inadimplemento surge no mundo jurídico e se extingue sem ver agravado o seu *status*.

No caso do inadimplemento que se acha na outra face do adimplemento substancial, ou ele é debelado pelo cumprimento cabal da prestação falha, ou tem seus efeitos neutralizados pelas perdas e danos. A resolução, como se sabe, só tem lugar diante de inadimplemento absoluto, que se dá pela *impossibilidade* no cumprimento da prestação (inadimplemento absoluto que opera de forma direta) ou pela perda definitiva do interesse do credor (inadimplemento absoluto por transformação da mora). Como se vê, esse tipo de inadimplemento não torna

⁴⁰⁸ ASSIS, 2004, p. 123.

impossível a prestação, nem tem a característica genética da mora, e sendo assim, cabe-lhe assento na terceira espécie de inadimplemento.

A escassa importância do descumprimento conduz à presunção de que permanecerá para o credor, definitivamente, a utilidade da obrigação tardia ou não exatamente de acordo com o lugar e a forma devidos. Tal circunstância não ocorre com a mora, pois uma tal presunção se oporia à sua natureza mutável, e impediria a sua conversão em inadimplemento absoluto.

Constatação inegável, é que cada vez mais é enfatizado pela doutrina que a “a mora é por natureza transitória. Ou vira inadimplemento definitivo ou é purgada com prontidão”,⁴⁰⁹ e que “a mora é, conceitualmente, necessariamente temporária”,^{410,411} noção que se completa com outra característica que lhe natural: a sua capacidade de transformação. A mora é transitória porque foi concebida para ser extinta pelo adimplemento, ou para se transformar em inadimplemento absoluto. Nas palavras de Judith Martins-Costa,

[...] a mora, por si só, não extingue a relação. Ela poderá conduzir ao efeito de extinção, se a prestação, em razão da mora, se tornar inútil ao credor (art. 395, parágrafo único). Neste caso, a mora se transforma em inadimplemento definitivo, o que levou Araken de Assis a sinalizar o ‘caráter transformista’ da mora.⁴¹²

Esse caráter transformista da mora deve ser apurado segundo a situação fática, mais precisamente por um critério normativo, de acordo com o *interesse do credor*.⁴¹³

No que tange ao interesse do credor, é importante considerar que a sua ausência pode se manifestar pela inatividade, pelo silêncio, pela falta de iniciativa do credor em resolver o contrato, mantendo tal postura durante razoável lapso de tempo após a constituição em mora do devedor, circunstância de fato que poderá induzir à conclusão de que “concretamente” a mora não chegou a ser transformada em inadimplemento absoluto.

Em tais casos, é perfeitamente defensável que se exija nova notificação por parte do credor para constituir o devedor em mora, antes de poder submetê-lo à

⁴⁰⁹ USTÁRROZ, 2003, p. 151.

⁴¹⁰ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 146.

⁴¹¹ GAZALLE, 2008, p. 26.

⁴¹² MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 329.

⁴¹³ MARTINS-COSTA, loc. cit.

resolução do contrato. Isso por que, embora a lei não estipule prazo para o ajuizamento da ação de resolução contratual depois de realizada a notificação do devedor, por meio da qual ele é lançado no estado de mora, está de acordo com o princípio da boa fé o entendimento de que a notificação deixa de produzir seus efeitos caso ocorra a inércia do credor por tempo significativo. Ou seja, se entre a constituição do devedor em mora e o ingresso da ação de resolução transcorreu um lapso de tempo expressivo, essa inércia do credor pode ser interpretada como desistência tácita dos efeitos da notificação, algo que certamente deverá ser investigado segundo as circunstâncias de cada caso, concretamente.⁴¹⁴

O comportamento do credor, mantendo-se inerte, pode ser interpretado como elemento exterior de uma decisão (a partir de certo momento) de manter a relação obrigacional, comportamento esse que seria incompatível com a intenção posterior de desfazer a relação obrigacional.

Se o devedor tem contra si uma dívida vencida e exigível, por ter sido constituído em mora, e não efetuar o pagamento, deverá o credor, se optar pela resolução do contrato, entendendo perdido o seu interesse, exercer o seu direito à resolução (direito formativo, que a esse tempo se acha formado) dentro de prazo razoável, sob pena de, não o fazendo, ser possível presumir-se que ele abriu mão dos efeitos da mora já constituída.

Assim ocorrendo, o credor necessitará providenciar nova constituição em mora do devedor para, então, caso não purgada, tornar a exercer o seu direito à resolução. Essa solução se impõe em face do princípio da boa-fé, que deve permear todas as fases da relação obrigacional (Art. 422, do Código Civil). De acordo com Judith Martins-Costa,

[...] da boa-fé decorrem não apenas deveres de comportamento, mas também limitações ao exercício de direitos subjetivos e de direitos potestativos. Portanto, encontramos na atuação da boa-fé uma feição limitadora do exercício de direitos subjetivos e de situações jurídicas.⁴¹⁵

Dito isso, e daí referindo-se especificamente ao instituto da *supsessio*, a autora explica que

⁴¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70029883469, 9ª Câm. Cív.** Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 14 de outubro de 2009.

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. In: EMERJ: Debate o Novo Código Civil, 2002, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: EMERJ, 2002. p. 95-113. Palestra proferida no seminário realizado em 08.02.2002. p. 102.

[...] o passar do tempo pode, em certas circunstâncias, fazer desaparecer situações jurídicas, ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso de tempo pelo seu titular, desde que esse não-exercício tenha causado à contraparte um benefício em decorrência da confiança que lhe foi despertada de que aquele direito não mais seria exercido.⁴¹⁶

Trata-se de uma situação de fato a qual o direito atribui determinado significado, ou, segundo Menezes Cordeiro, “uma situação de 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.”^{417,418}

Explica Menezes Cordeiro⁴¹⁹ que na base do surgimento da *supressio*, que é de origem jurisprudencial, está a coibição, em negócios de venda de ofício comercial, da “demora desleal no exercício do direito, contrária à boa-fé”; depois, passou a *supressio* a ser utilizada em face do “exercício retardado de alguns direitos” que levavam a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes, tendo sido, ainda, aplicada nos casos em que, admitida a possibilidade de revalorização monetária (em razão do efeito inflacionário), exigia-se que o credor, em respeito à boa-fé, exercesse as suas pretensões de reajustamento (“direito da valorização monetária”) em um prazo razoável, pois do contrário os valores exigidos poderiam atingir “montantes com que o devedor não poderia contar”.⁴²⁰

Para o Direito brasileiro, o instituto da *supressio* (1) é estabelecido no interesse do devedor, (2) tendo em vista a situação concreta, e assim, considerando um expressivo lapso temporal efetivamente transcorrido, conjugando-se essa noção com (3) outros elementos igualmente extraídos da realidade, sendo de relevo considerar (4) ser desnecessário exigir-se do devedor fazer prova da vontade do credor quanto à renúncia dos efeitos inerentes àquele ato que deixou de praticar

⁴¹⁶ MARTINS-COSTA, 2002, p. 102.

⁴¹⁷ MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 797. Explica o ilustre jurista, na mesma página, que a *supressio*, no Direito português, não se confunde com a *caducidade*, pois que nesta é necessário um prazo ao qual esteja sujeita a parte que se mostra inerte, cujo cumprimento ou descumprimento nada tem a ver com a boa fé; e tampouco se confunde com o *exercício inadmissível do direito* (abuso de direito), decadência, preclusão, dentre outros.

⁴¹⁸ No Direito brasileiro, o *supressio* não se confunde com a prescrição, com a decadência e com a preclusão, porque em todas estas deve haver um prazo determinado, previamente fixado em lei, sendo a preclusão, inclusive de natureza processual.

⁴¹⁹ Ibid., p. 799-802

⁴²⁰ MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 799-802. Observa o jurista que, no tocante ao direito de revalorização monetária, houve a “preocupação do juiz em ponderar os interesses das duas partes em termos de equilíbrio e em apurar o efeito que, nesse equilíbrio, tem o decurso do tempo.”

durante o decurso do tempo.⁴²¹

Essa noção da *supressio* se mantém fiel àquela que deu origem ao instituto jurídico, no sentido de coibir a *demora desleal no exercício de um direito pelo credor*, e cuja função é neutralizar os efeitos nocivos que essa demora possa acarretar no *equilíbrio dos interesses das partes*, tudo em atenção à *boa-fé* e às *circunstâncias concretas de cada caso*.

Há de se indagar, então, se a *supressio* pode ser invocada pelo devedor nos casos nos quais o credor não exerce o seu direito de postular a resolução contratual durante expressivo lapso de tempo, após ter constituído em mora o devedor, mediante notificação específica (*mora ex persona*)? A resposta, segundo aqui proposto, é afirmativa, porque, “tendencialmente, pode afirmar-se que todos os direitos subjetivos estão sujeitos à *supressio*, salvo exceções”,⁴²² e não parece que o direito de postular a resolução contratual seja uma exceção invocável.

Considerando o minucioso estudo de Menezes Cordeiro, dele podem ser extraídos quatro aspectos fundamentais para a incidência da *supressio*: (1) o transcurso de determinado período de tempo sem que o credor exerça um direito. Nesse ponto, para que possa haver *supressio*, é preciso considerar que “o tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias”; (2) a existência de indícios objetivos de que esse direito, não exercido, não mais seria exercido; (3) a desnecessidade do devedor fazer prova da culpa do credor ou de quaisquer outros elementos ditos subjetivos por parte do titular do direito que não o exerce e, (4) que a ordem jurídica não prescreva outra solução para essa repercussão do tempo na situação concreta, visto que a *supressio* tem natureza subsidiária, atuando de forma extraordinária.⁴²³

Desde que observados esses aspectos, não há razão para que não se admita a *supressio* naqueles casos em que o credor deixa de exercer o direito de resolver o contrato dentro de prazo expressivo, após ter constituído em mora o devedor para

⁴²¹ Ver em MARTINS-COSTA, 2002, p. 102): as seguintes observações: “A *supressio* visa, basicamente, assegurar o interesse do devedor que confiou no fato de o credor não mais exercer, por um razoável lapso de tempo, determinado direito ou posição.” (op. cit., p. 102) “...quer dizer que é preciso sempre ter em conta o lapso temporal em relação à situação concreta, não há um lapso temporal uniforme, abstrato para todas as situações. O lapso temporal não é determinado a priori, resulta de um juízo de fato.”(op. cit., p. 103). “[...] não se carece de prova da vontade: o razoável decurso de tempo já é indicativo justamente do valor confiança que deve ser tutelado.” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 103).

⁴²² MENEZES CORDEIRO, 2007. p. 810.

⁴²³ Ibid., p. 810-811.

esse fim. O credor, com sua conduta, sua inércia, aliada a outros elementos, pode fazer com que o devedor creia, legitimamente, estribado na confiança, que o credor se decidiu pela manutenção do vínculo jurídico, mesmo já tendo procedido a notificação do devedor e constituído-o em mora, inclusive com a advertência de resolução, então em marcha. Em tais casos, a notificação perderá seus efeitos, fazendo cessar o estado de mora no qual se achava o devedor. Vem em abono a essa conclusão o fato de que a mora é um estado transitório, e sendo assim, não poderia ficar indefinidamente nesse estado, *sine die*. Passado tempo expressivo, ou a mora “se transforma” em inadimplemento absoluto, ou ela deve deixar de ser mora, melhor dizendo, o descumprimento deixa de estar em estado de mora; passando à condição de simples inadimplemento relativo sem qualificação especial.

Caberá ao credor, caso insista em perseguir a resolução, proceder nova notificação, constituindo o devedor novamente em mora.

E no caso da mora *ex re*? A disciplina da *supressio* não se altera pelo fato da mora poder se apresentar de duas formas. Parece razoável exigir-se do credor inerte que, passado expressivo lapso temporal a partir do vencimento (*dies interpellat pro homine*) previsto no contrato para o cumprimento da prestação, sem que tenha ela ocorrido, e desejando o credor resolver o contrato, primeiro tenha que notificar o devedor a respeito da sua intenção, constituindo-lhe em mora, para, somente após, e persistindo o descumprimento, exercer o seu direito de postular a resolução do contrato.

Impõe a boa-fé, nestes casos, que o credor, antes de resolver o contrato, dê ao devedor uma derradeira oportunidade para adimplir de forma espontânea, pois foi o comportamento do próprio credor, inerte por considerável tempo, que, incutiu no devedor a crença legítima na manutenção do vínculo, em face da confiança gerada, algo que só faria sentido pela permanência do interesse do credor na prestação. Tome-se, por exemplo, a situação na qual o devedor está adquirindo uma casa para a moradia, mediante contrato de promessa de compra e venda, tendo já pago quarenta e cinco por cento do preço (portanto, não é um adimplemento substancial), e já estando a residir com sua família no imóvel, por lhe ter sido transmitida a posse; suponha-se que, depois de vários e vários meses nos quais realizou os pagamentos das parcelas do preço de forma absolutamente pontual, esse devedor caia inadimplente, deixando de pagar daí em diante as prestações; o credor notifica-o, para que pague as parcelas inadimplidas, sob pena de resolução contratual, mas o

devedor não efetua o pagamento. Passam seis meses e, em vez de pagar as parcelas do preço, o devedor pinta toda a casa e faz um jardim frontal; o credor, que mora próximo, tomou conhecimento inequívoco desse fato, todavia, permaneceu absolutamente inerte. Passados mais seis meses, o devedor, ainda sem voltar a pagar o preço da casa, constrói uma garagem junto ao corpo do imóvel; uma obra aparente, que o credor inequivocamente toma conhecimento, e nada faz, nada diz. Então, passado mais um ano, o devedor recebe a solene visita de um oficial de justiça, citando-o da ação de resolução contratual, ajuizada quinze dias antes, pelo credor, em razão do não-pagamento das parcelas do preço. Parece evidente que diante de um tal quadro fático, o devedor foi levado a crer, a partir de dado momento, em face do comportamento do credor, que este havia desistido dos efeitos da notificação realizada dois anos atrás, com a qual havia constituído em mora o devedor. E mesmo que se argumente que a citação na ação resolutória já atuaria como nova constituição em mora,⁴²⁴ tendo o devedor o prazo da contestação para purgá-la (entendimento controvertido), tal argumento, em verdade, viria a confirmar que, em casos tais, uma última oportunidade de pagamento haveria de ser conferida ao devedor antes de se dar por resolvido o contrato.

Verifica-se mais uma vez a importância do fator *tempo*, bem como os seus efeitos, na vida da relação obrigacional, algo que está intimamente ligado à noção de transitoriedade, da mora e também da própria relação obrigacional, esta que é concebida para extinguir-se; é programada para ter um fim, seja aquele previsto e desejado pelas partes, plasmado no contrato, ao qual se chega pelo adimplemento, ou, então, será extinta pela forma mais drástica, a resolução.

Não se deve olvidar, ainda, que a mora existe para que o contrato não fique em uma situação de indefinição eterna caso o devedor não cumpra a sua obrigação.

Por tais razões, precisamente, não parece haver sentido um tipo de mora que não possa levar à resolução. Contudo, essa é a proposição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao advertir que a *simples mora* não é causa de resolução, entendendo que só a *mora qualificada pela perda do interesse do credor* pode ensejá-la.⁴²⁵

Simplesmente não parece razoável admitir um tipo de mora que possa se perpetuar no tempo, indefinidamente, como, tudo indica, ocorreria com a *mora*

⁴²⁴ Art. 219 do Código de Processo Civil: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

⁴²⁵ AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 120-121.

simples defendida por Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Essa inaptidão da mora à eternidade foi bem captada por Jorge Cesa Ferreira da Silva, ao sustentar, que a possibilidade de adimplemento que a mora enseja “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, o que se choca frontalmente com a própria noção de obrigação.”⁴²⁶ Desse modo, ou se refuta a conclusão de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, e se repele a divisão da mora em dois tipos (não se acolhe a noção de *mora simples*), ou se tem de refutar a conclusão de grande parte da doutrina pátria, de que a mora no Direito brasileiro é um estado (estágio) provisório, por natureza “transformista” e conceitualmente (necessariamente) “transitória”. No presente estudo, refuta-se a ideia de uma mora simples, destituída da capacidade de se transformar, ela própria, em inadimplemento absoluto. A ideia de uma *mora simples* ter de se “transformar” em *mora qualificada* (pela perda do interesse do credor na prestação) para, só então, esta, e não aquela, se “transformar” em inadimplemento absoluto, não parece ser a melhor solução. Tudo isso reforça as naturezas transitória e transformista da mora, de tal sorte que não é desarrazoado sustentar que, no Direito brasileiro, o inadimplemento que não as ostentar, não pode ser tido como hipótese de mora; e assim, não sendo inadimplemento absoluto nem mora, um tal inadimplemento deverá conformar uma espécie autônoma, uma terceira via, que neste estudo é identificada como adimplemento imperfeito.

Algo que se conecta à noção de tempo (na mora em particular) e, também, à resolução, é a noção de equilíbrio entre as obrigações co-respectivas, para o qual deverão ser envidados todos os esforços e energias das partes.

O equilíbrio entre os vários órgãos e membros do corpo humano é indispensável, é condição, para que esse organismo se ponha ereto, para que o homem se coloque em movimento, avançando (desenvolvendo-se) para atingir os seus objetivos. Assim também é o equilíbrio que deve existir na relação obrigacional, aqui sendo evocada a sua noção de organismo, vivo e dinâmico, que nasce e se desenvolve, visando um fim. O equilíbrio entre as obrigações co-respectivas é, por consequência, elemento essencial à relação obrigacional complexa, que o instituto da *resolução* contratual visa proteger, porque não há dúvida de que esta é a sua função básica. Ou seja, a resolução, mais exatamente do efeito que gera na vida da

⁴²⁶ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 146.

relação obrigacional, tem a função de proteger o objetivo fundamental da negociação,⁴²⁷ este que, segundo Eduardo Bussata, é justamente a troca de prestações, porque “se uma das partes não cumpre com a prestação a que se encontra obrigada, derruído resta o sinalagma contratual.”⁴²⁸ Calha observar que, no Direito inglês,

[...] como a existência do contrato depende da reciprocidade entre as obrigações co-respectivas, essa dependência enseja a onerosidade do vínculo e, assim, considerando que a inexecução de uma *condition* quebra completamente a *consideration*, esse descumprimento exclui a reciprocidade, ocasionando um desequilíbrio fatal no contrato descumprido por aquela espécie de obrigação.⁴²⁹

Observe-se, no entanto, que no Direito inglês o tipo de cláusula descumprida, se *condition* ou *warrant*, já não é mais o elemento determinante para estabelecer a resolução, mas sim o critério objetivo que consiste em flagrar um inadimplemento fundamental (*fundamental breach*). De toda forma, fica patente a função da resolução do contrato, de proteger o equilíbrio das prestações co-respectivas, impedindo que o credor adimplente seja prejudicado pela manutenção de um vínculo contratual que, a partir do inadimplemento da outra parte, somente a esta pode virtualmente ser vantajoso.

Por tais razões, a resolução se impõe diante do inadimplemento absoluto do contrato, como mecanismo a funcionar na proteção do equilíbrio que deve existir entre as prestações recíprocas das partes. Por aí se pode ver que seria inadmissível a manutenção, por prazo indeterminado, de uma situação de desequilíbrio (eterno) entre elas, e de uma situação de vulnerabilidade do credor diante do inadimplemento do devedor. Essa noção vem em reforço à importância do caráter transitório de tudo quanto se passa no bojo da relação obrigacional, esta que, como visto, é por si só um instrumento jurídico transitório; ou atinge a sua finalidade ou se extingue.

A troca equilibrada e útil entre as prestações e, por assim dizer, a finalidade do contrato, não pode ser ameaçada pelo livre acesso do credor, por qualquer motivo, à via resolutória, e evitar esse desvio de função é medida que se impõe por um imperativo ético. A impossibilidade *a priori* de conduzir à resolução é, com base na boa-fé objetiva, característica genética do inadimplemento de escassa

⁴²⁷ FERREIRA, 1978 apud BUSSATA, 2007, p. 88.

⁴²⁸ BUSSATA, loc. cit.

⁴²⁹ SILVA, 2010, p. 35-36. Ver, também, AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 137, grifo do autor.

importância. Dizendo-se de outra forma, o *adimplemento substancial* é instrumento para a defesa desse equilíbrio, que não é o ideal, mas é plenamente capaz de sustentar a manutenção dos interesses em jogo.

Em sintonia com esse raciocínio, comungamos do entendimento de que a resolução deve ter por fundamento a boa fé objetiva, que atua limitando esse direito formativo do credor, evitando abusos e injustiças.

Por tais razões, neste estudo é encampado o entendimento de que a função e o fundamento da resolução contratual habilitam-na a atuar como elemento delimitador do conteúdo do terceiro tipo de inadimplemento contratual.

Vistos tais aspectos, e mudando um pouco a rota desta exposição, veja-se que na segunda metade da primeira parte deste estudo foi abordada a teoria da violação positiva do contrato, de forma ampla; agora, veremos o seu contato com o Direito brasileiro.

Jorge Cesa Ferreira da Silva, sintetizando a importação daquela teoria para o Direito brasileiro, explica que

[...] 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. Cumpre desvendar os espaços que poderiam ser por ele ocupados e aqueles que já está suficientemente regulados, tendo por ponto de partida o conceito alemão.⁴³⁰

Então, partindo do suporte fático estabelecido por Hermann Staub na formulação inicial da teoria da violação positiva, cujas situações de violação podem ser reunidas em cinco grupos,⁴³¹ o autor brasileiro, em seguida, toma em consideração a reformulação do suporte fático objetivo da violação positiva, em vista do aperfeiçoamento dos estudos posteriores a Hermann Staub, esclarecendo a existência de duas vertentes de pensamento distintos, uma negando a existência daquelas lacunas flagradas por Hermann Staub, enquanto que a outra, aceitando-as, confere à teoria das violações positivas um caráter residual, para abarcar as hipótese não aprisionáveis nas malhas da impossibilidade, da mora e dos vícios que individualmente foram regulados,⁴³² e considerando esse segundo momento na

⁴³⁰ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 214-215. Em nossa opinião, o trabalho do referido autor é a melhor obra doutrinária sobre violação positiva do contrato no Direito brasileiro.

⁴³¹ (1) descumprimento de obrigações negativas, (2) negligente cumprimento de deveres de prestação, (3) mau cumprimento de obrigações duradouras com risco ao fim do contrato; (4) violação de deveres laterais e (5) inadimplemento antecipado.

⁴³² *Ibid.*, p. 215-229.

formulação da teoria, Jorge Cesa Ferreira da Silva refere que as hipóteses, ainda em solo alemão, são divididas em cinco grupos de casos.⁴³³ Abordando o mesmo aspecto, Pedro Romano Martinez subdivide as mesmas hipóteses em sete grupos.⁴³⁴ Será adotada aqui a disposição feita pelo autor brasileiro, embora não na mesma ordem. A opção se dá, primeiro, porque o enfoque do autor brasileiro é realizado à luz do Direito pátrio; segundo, pela maior profundidade na abordagem e, terceiro, pela síntese. Ao comparar esse suporte fático da violação positiva do contrato no Direito alemão, e confrontando-o com a regramento do inadimplemento no Direito brasileiro, Jorge Cesa Ferreira da Silva, tratando cada grupo de casos conclui que: o “**descumprimento de obrigações negativas**” pode consubstanciar qualquer espécie de inadimplemento, e assim, não pode servir como elemento a classificar tais violações na terceira espécie de inadimplemento.⁴³⁵ Pedro Romano Martinez refere-se a tais hipóteses como casos de “violação de deveres de omissão”, que também denomina de “casos típicos de violação dos deveres de não concorrência”, negando-lhes também a condição de hipótese de aplicação da teoria das violações positivas (no Direito português), por entender que tais inadimplementos não têm qualquer autonomia, sendo meros descumprimentos de deveres contratuais, em princípio definitivos.⁴³⁶ Para o Direito brasileiro, quando não configurarem inadimplemento absoluto, as violações cometidas em relação a um dever de omissão, serão, em razão da amplitude do conceito de mora, por esta abrangidas. É difícil encontrar um exemplo onde o dever lateral de lealdade consistente em uma omissão acarrete um dano patrimonial relevante e indenizável. Com efeito, por qualquer ângulo que se possa analisar, tais violações, não reúnem condições para integrar a terceira espécie de inadimplemento. No que tange à “quebra antecipada” do contrato pelo devedor, não concordamos possa ela integrar a terceira espécie de inadimplemento e, nesse ponto, razão assiste a Pedro Romano Martinez.⁴³⁷ É verdade que a simples declaração do devedor, de que futuramente

⁴³³ (1) mau cumprimento de deveres de prestação, que geram danos distintos daqueles causados pela mora e pela impossibilidade, (2) descumprimento de deveres laterais; (3) quebra antecipada do contrato; (4) descumprimento de obrigações negativas e (5) o não-cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo. Ver FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 224-225.

⁴³⁴ MARTINEZ, 2001, p. 61.

⁴³⁵ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232-233.

⁴³⁶ MARTINEZ, op. cit., p. 61.

⁴³⁷ Ibid., 2001, p. 63: Se o devedor declara que não irá cumprir a prestação, entende o referido autor que “tal declaração não constitui, por si, uma violação do contrato e se o devedor não efetuar a

não cumprirá a prestação, em tese não deveria gerar efeito algum sobre a vida da relação obrigacional. Mas há casos complexos onde a declaração de uma das partes traz para a relação obrigacional uma crise tão grave, que pode conduzir ao inadimplemento absoluto. É o que corre, por exemplo, quando o devedor, obrigado ao pagamento parcelado do preço, com determinados encargos, avisa formalmente o credor que não irá mais pagar as prestações, ou que não irá pagá-las pela forma como convencionada, porque só possui condições de pagá-las por outra forma. Enquanto estiver pagando, independentemente do que diga, está adimplindo. Ao contrário, se consumir a ameaça, haverá inadimplemento absoluto. Embora admitindo tal hipótese como violação positiva do contrato, Jorge Cesa Ferreira da Silva acaba por expor uma explicação que, em nosso sentir, indica a ocorrência de inadimplemento absoluto. Diz o autor:

[...] a manifestação antecipada no sentido de inadimplemento provoca-o ou é capaz de provocá-lo. Neste sentido refere, exemplificativamente, a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, cujo artigo 72 dispõe que, 'se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.⁴³⁸

Se a indicação de não-cumprimento pelo devedor tomar forma inexpressiva, será um nada. Porém, se for uma declaração formal, séria, seguida de uma conduta condizente com esse propósito, ainda assim, tal situação conduzirá ao inadimplemento absoluto, tendo sido esse o entendimento do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento dos embargos infringentes nº 194193272,⁴³⁹ em ação na qual o autor postulou a revisão do contrato,

prestação devida no momento em que esta se vence, estar-se-á perante um normal incumprimento”.

⁴³⁸ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 257.

⁴³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Emb. Div. 194193272, 4º Grupo Cív.** Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 18 de novembro de 1996. Na dita ação, a discussão foi travada em relação a última parcela do preço. O autor afirmou que não poderia pagá-la conforme o previsto no contrato, e postulou fosse fixado pelo Judiciário o prazo de 100 meses para efetuar tal pagamento. A parte demandada, ingressou com reconvenção, postulando a resolução do contrato, cumulada com perdas e danos.

Consta do corpo do Acórdão: “A pretensão resolutoria, todavia, tem fundamento. O motivo para a improcedência – ausência de interpelação, na esteira da súmula 76 STJ – perde conteúdo diante da estrutura da posição do embargado. Ao propor ação de cumprimento, interpretando cláusula contratual, o autor deixou bem claro o universo do seu entendimento, fazendo da interpelação tema simplesmente formal, de nenhum conteúdo prático. Quando da reconvenção o autor já estava demandando a ré-reconvinte para adimplir o contrato. Não pretendia pagar, tanto que sua postulação era exatamente fazer com que sua dívida – reconhecida – fosse financiada pela ora embargante.”

informando que não iria pagar o preço senão pela forma pretendida na dita ação. A parte demandada ingressou com reconvenção, postulando a resolução do contrato por inadimplemento absoluto, em face da declaração da parte autora (seguida da conduta concreta de ingressar em juízo). No julgamento dos embargos infringentes, a pretensão do autor resultou improcedente, enquanto o pedido de resolução em reconvenção foi acolhido. A parte do Acórdão que sintetiza a questão consta assim redigida:

Interpelação, para quê? A finalidade é manifestar formal intenção e permitir a purga e evitar resolver o pacto por inadimplemento. Ora, ao tempo da reconvenção, ambas as posições já estavam definidas, inclusive no plano formal, sendo recusada a possibilidade de *emendatio morae* pela conduta assumida pelas partes. Logo, havendo inadimplemento absoluto, deve ser aceita a pretensão à resolução da avença.

Ao afirmar e tomar atitudes concretas, no sentido de que não pagaria o saldo do preço senão pela forma pretendida, o autor, na prática, informou que não cumpriria o contrato pela forma convencionada, o que foi interpretado pelo Judiciário gaúcho como sendo hipótese de inadimplemento absoluto.

O terceiro grupo diz respeito ao “inadimplemento do dever de entrega em contratos de fornecimento sucessivo”. Pedro Romano Martinez, refere que os exemplos dados por Hermann Staub (contratos de fornecimento de cerveja a um restaurante, em que durante um mês foi entregue cerveja de pior qualidade; ou, em um balneário, o carvoeiro que faz a entrega de carvão de qualidade inferior, inapropriado para uso a que se destinava) traduzem inadimplemento comum, cabendo verificar se é afetada a obrigação como um todo, ou parcialmente.⁴⁴⁰ Não é esse, no entanto, o enquadramento aplicável, no Direito brasileiro, para o descumprimento do dever de entrega nesse tipo negócio jurídico, porque aqui, a própria idéia de adimplemento é um tanto diferente da tradicional, pois ocorre de forma constante. Ocorrerão vários adimplementos ao longo da contratação, permanentemente, e não um adimplemento pontual. Conforme Jorge Cesa Ferreira da Silva, ao lado de descumprimentos que podem levar ao inadimplemento absoluto e à mora, também poderão ocorrer violações que afetem a relação de confiança que une as partes,⁴⁴¹ gerando danos indenizáveis. Desde que não sejam violações graves, capazes de acarretar a extinção do vínculo pela perda do interesse na

⁴⁴⁰ MARTINEZ, 2001, p. 63.

⁴⁴¹ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 255.

continuidade da relação obrigacional, é possível admitir que tais hipóteses integrem a terceira espécie de inadimplemento.

Categoria de grande relevância para a violação positiva do contrato, é a que abrange os casos nos quais ocorre o “defeituoso cumprimento dos deveres de prestação, geradores de danos típicos” (diversos daqueles que são causados pela mora e pelo inadimplemento absoluto). Essas situações já foram abordadas, quando analisada a figura do adimplemento defeituoso no Direito português, lembrando que Mário Júlio de Almeida Costa entende que são esses “danos típicos” que conferem autonomia ao tema, porque a *violação do crédito por cumprimento defeituoso ou imperfeito* teria um papel “residual”, e que, para a sua configuração, atuaria como “elemento individualizante” a tipicidade dos danos causados ao credor, danos que o credor “não sofreria se o devedor de todo não houvesse efetuado a prestação; que não seriam ocasionados pelo inadimplemento absoluto ou pela mora⁴⁴². Em síntese, se o credor nada tivesse prestado, ou se apenas tivesse prestado após o prazo, esses “danos típicos” que caracterizam o *adimplemento defeituoso*, não ocorreriam. Sobre a figura desses danos trata Karl Larenz, sob a denominação de “danos suplementares” ou “danos complementares”⁴⁴³ aos quais vincula à forma⁴⁴⁴ como prestação foi realizada. Como exemplo, nos reportamos ao caso citado por Karl Larenz, do carpinteiro que conserta o telha, causando danos ao contratante, porém danos que nada têm a ver com a prestação em si.⁴⁴⁵

O último grupo de casos de violações positivas no Direito brasileiro, citados por Jorge Cesa Ferreira da Silva, trata do “descumprimento de deveres laterais de conduta”,⁴⁴⁶ ou seja, aqueles deveres que não são diretamente vinculados à prestação. Nesse sentido, Judith Martins-Costa afirma as violações positivas são geradas pela infração aos *deveres de proteção*⁴⁴⁷ *também derivados da boa-fé*,

⁴⁴² ALMEIDA COSTA, 2008, p. 1060.

⁴⁴³ LARENZ, 1958, t. 1, p. 362-363.

⁴⁴⁴ LARENZ, loc. cit. Refere o autor que se de “[...] *outra clase de daños, que precisamente han sido causados por la infracción em la forma prevista (‘adecuada’).*”

⁴⁴⁵ Ibid., p. 365.

⁴⁴⁶ FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 233.

⁴⁴⁷ Segundo lição da referida autora “os interesses envolvidos na relação são realizados por dois tipos ou espécies de deveres, os deveres de prestação (primários e secundários, bem como deveres anexos ligados de alguma forma ao dever principal de prestação) e os deveres de proteção (também denominados laterais, deveres anexos – *Nebenpflichten* -, ou instrumentais). Enquanto os primeiros (deveres de prestação) têm por escopo conferir ao credor determinado benefício por meio de um direito à prestação correspondente ao dever de prestar – os segundos (deveres de proteção) têm por escopo ‘a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso de sua relação. Assim sendo, considerados os interesses envolvidos na

quando os interesses violados são distintos daqueles voltados à prestação.⁴⁴⁸ Essa seria, segundo a autora, a superfície de contato da teoria da violação positiva com o Direito brasileiro. E à medida que esse tipo de inadimplemento não é mora, deverá compor uma das hipóteses da terceira espécie de inadimplemento no Direito pátrio.

Oferecendo exemplo desse tipo de situação, Judith Martins-Costa, refere o caso de um contrato de “prestação de serviços” pelo qual é ajustada a pintura das paredes de um imóvel residencial, que deverá ser executado no prazo de duas semanas. Ao final da primeira semana, a prestação está parcialmente realizada, sem defeitos. Porém, prossegue o exemplo, “o pintor, tendo tido acesso à intimidade do contratante, pessoa famosa, revela detalhes de sua vida privada a uma revista de fofocas (infração ao dever de proteção).”⁴⁴⁹ Posta situação hipotética, sobrevém o questionamento jurídico: “haverá direito do contratante a postular indenização pelo dano à vida privada ou mesmo a resolver o contrato, não aguardando o seu termo, com base no dano que não resultou nem de uma falta, nem de um atraso, nem de um defeito na prestação ajustada (pintura da parede)?”⁴⁵⁰ A referida autora entende que sim.

Contudo, observe-se que o contrato é de prestação de serviços, para o qual a pintura das paredes é a prestação principal; e sendo assim, não é porque “estão sendo” perfeitamente pintadas as paredes que o credor terá que obrigatoriamente se dar por satisfeito. Evidentemente que tais serviços deverão ser realizados pelo “modo” devido, de acordo com as circunstâncias do caso. E nesse “modo devido” se acha, por certo, incluído bem mais do que a simples técnica de pintar ou a escolha correta das tintas e dos demais materiais a serem utilizados. Isso é o mínimo, mas não esgota todo o “modo devido”. Porém, o que se extrai do exemplo em comento, é que o pintor não estava agindo com profissionalismo. E o que o contratante esperava, por óbvio, era a “prestação de serviço realizada com profissionalismo”. Quem contrata um serviço de pintura, não deseja apenas uma parede pintada, mas, sim, satisfação. Aliás, a satisfação é a tônica do nosso tempo. Em todo o contrato cujo escopo seja a “prestação de serviços”, o objeto do serviço nada mais é do que um meio para a satisfação do contratante, porque ninguém em sã consciência

relação têm as partes o dever de fazer algo (ou de adotar determinadas medidas) para que um determinado resultado danoso não seja atingido.” (MARTINS-COSTA, 2009, v. 5, t. 2, p. 229).

⁴⁴⁸ Ibid., p. 230.

⁴⁴⁹ MARTINS-COSTA, loc. cit.

⁴⁵⁰ MARTINS-COSTA, loc. cit.

contrata um serviço para ficar “insatisfeito”. Por essa razão, o modo como o serviço é prestado, em sentido amplo, pode fazer com que, não obstante a prestação “venha sendo realizada” corretamente (observe-se que no exemplo o contrato estava sendo executado) no que tange à parte técnica, ainda assim o credor “perca o interesse” na conclusão dos serviços, pois, ao final, mesmo com a parede perfeitamente pintada, lhe restará insatisfação com o resultado da contratação. Essa infração quanto ao modo, não profissional, como os serviços vinham sendo realizados, é violação grave, que subtrai do contratante o interesse no restante da prestação, em outras palavras, os serviços contratados já não lhe são úteis, e a utilidade aqui não deve ser entendida apenas sob o ponto de vista funcional. Os serviços não são mais úteis porque não podem gerar a satisfação que deles legitimamente esperava o contratante. Perdido o interesse, perdida a utilidade, estará inadimplido de forma absoluta o contrato, autorizando a resolução. Os danos extrapatrimoniais decorrentes de tal infração deverão ser indenizados, sim, mas não são os danos, em si, que deverão ditar qual tipo de inadimplemento ocorreu.

A dificuldade no caso em exame prende-se ao fato de que o contrato vinha sendo executado. Ou seja, a prestação não havia sido completamente realizada. Surge aí o problema atinente à resolução contratual, que só o inadimplemento absoluto pode ensejar, tanto pela impossibilidade física da prestação, como pela perda do interesse do credor no serviço mal feito.

A situação é completamente outra, se utilizarmos o exemplo dado por Karl Larenz,⁴⁵¹ já mencionado anteriormente, no qual o carpinteiro conserta corretamente o telhado do contratante, mas, antes de deixar o local onde se deu a prestação dos serviços, decide fumar um cigarro e por acidente põe fogo no sótão, que consome o telhado consertado perfeitamente. Nesse exemplo, a prestação foi cumprida e, então, já não há como resolver o contrato, restando apenas a via indenizatória.

Isso demonstra que quando entra em sena o tema da resolução do contrato, o tipo de inadimplemento será dado conforme a sua aptidão para realizar aquele efeito sobre a vida da relação obrigacional. Enquanto a reparação civil é o efeito mais comum em qualquer espécie de inadimplemento, e eis aqui uma nota relevante, pois a reparação civil não é exclusividade de uma espécie de inadimplemento, o que lhe retira caráter de especialidade, algo diverso ocorre com a resolução contratual, que

⁴⁵¹ LARENZ, 1958, t. 1, p. 363.

é o efeito mais drástico possível em termos de inadimplemento, sendo possível apenas ao inadimplemento absoluto, embora virtualmente à mora; mas totalmente impossível ao inadimplemento imperfeito, segundo entendemos.

Conforme já referimos, a realização da prestação que o Direito requer, exige e tutela, possui uma noção mais elaborada; é aquela que deve ocorrer “segundo o sentido do contrato e da relação de confiança existente entre os contratantes, de se conduzirem *de modo* que não causem danos previsíveis e evitáveis ao contratante” (no exemplo, o dono da obra).⁴⁵²

Do quanto vista até aqui, é possível concluir que realmente existe espaço no Direito brasileiro para uma terceira espécie de inadimplemento, independentemente no nome que possa receber, bem como do critério utilizado para classificar suas hipóteses.

Todavia, há quem preconize exatamente o oposto, como Gustavo Gazalle, para quem “o cumprimento imperfeito da obrigação é caso de mora no direito brasileiro”.⁴⁵³ Conforme o autor, o equívoco daqueles que pretendem validar a aplicação da teoria das violações positivas no Direito brasileiro, de forma autônoma e, por efeito, criar uma terceira via para o inadimplemento, seja com que nome for, está no fato de que o fazem em contradição ao regramento legal concebido para a mora no sistema jurídico pátrio, que não encontra na lei os limites que a doutrina tenta lhe impor, apenas para fazer a importação de uma teoria alienígena.⁴⁵⁴ O cerne de sua crítica está na afirmação de que os defensores da aplicação da teoria das violações positivas no Direito brasileiro aprisionam a mora nos limites do aspecto temporal, citando, dentre eles, nomeadamente, Orlando Gomes e Jorge Cesa Ferreira da Silva,⁴⁵⁵ porque somente a mora passariam a não mais recobrir

⁴⁵² LARENZ, 1958, t. 1, p. 364.

⁴⁵³ GAZALLE, 2008, p. 51. Mais adiante, o autor faz a afirmação de que “o conceito de mora no direito brasileiro abarca todas as hipóteses enquadráveis como violação positiva do contrato” (Ibid., p. 62).

⁴⁵⁴ Ibid., p. 51-53. O autor não repudia a teoria das violações positivas, apenas entende que as hipóteses por ela previstas são, no Direito brasileiro, hipóteses de mora (Ibid., p. 55).

⁴⁵⁵ GAZALLE, 2008, p. 51. Segundo o autor, “alguns respeitáveis juristas pátrios, influenciados pela doutrina estrangeira, defendiam e defendem, em confronto explícito com a lei, que o conceito de mora deve restringir-se às hipóteses de simples retardo no cumprimento da obrigação.” Dentre esses juristas, cita Orlando Gomes e Jorge Cesa Ferreira da Silva, embora tenha que se fazer a ressalva de que para o primeiro a noção de mora é única e exclusivamente vinculada à demora (tempo) da prestação, ao passo que, para o segundo, a mora, não obstante seja sempre “atraso”, pode decorrer de violações atinentes ao “lugar” e à “forma” como realizada a prestação, pois seriam, no dizer daquele autor, “apenas modos de realizar-se o atraso, este sim o verdadeiro elemento central do conceito” (FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 208-209).

todas as hipóteses de inadimplemento que fossem classificadas como inadimplemento absoluto.

As críticas, em parte, procedem. Primeiro porque efetivamente vige no sistema jurídico brasileiro um conceito legal de mora, que é dado pelo Código Civil. Bem ou mal, esta é a mora que temos, e não há na lei nenhuma condicionante e nenhuma limitação para a incidência dessa mora, seja em relação aos deveres que a ela estão submetidos, seja quanto à própria intensidade da infração. Ao depois, de fato, ambos os autores citados por Gustavo Gazalle centram o conceito de mora no elemento temporal, Orlando Gomes de forma direta, e Jorge Cesa Ferreira da Silva por uma construção mais elaborada, o que resulta em uma redução da abrangência da mora, abrindo espaços, naturalmente, para “lacunas”, que Gustavo Gazalle afirma não existirem no Direito brasileiro, porque segundo ele, qualquer descumprimento, de quaisquer dos deveres enfeixados na relação obrigacional, inclusive dos deveres anexos, poderiam conformar apenas duas hipóteses de inadimplemento; o absoluto e mora.

Embora procedam parcialmente os argumentos do precitado autor, sua concepção acaba por ampliar demasiadamente a incidência da mora, desconsiderando construções jurídicas já amplamente consolidadas em jurisprudência, como a teoria do adimplemento substancial, e desconsiderando, ainda, algo que ele próprio alerta: “A utilidade e necessidade de se enquadrar uma situação fática de descumprimento de um dever em uma das hipóteses de inadimplemento (inadimplemento absoluto ou mora), está nos efeitos decorrentes de cada espécie.”⁴⁵⁶

Como já referido, o efeito mais corriqueiro, e comum a todos os tipos de inadimplemento, é a reparar os prejuízos dele decorrentes. De outra banda, o efeito mais drástico, e exclusivo de uma só espécie de inadimplemento, é a resolução do contrato.

Significa dizer que é possível proceder a classificação dos tipos de inadimplementos a partir dos efeitos por eles gerados. E sendo assim, o aspecto indenizatório, por nada trazer de especial para uma possível classificação desses deveres, é prontamente descartado. Recai, portanto, na resolução contratual

⁴⁵⁶ GAZALLE, 2008, p. 66.

(possibilidade, viabilidade e inacessibilidade), a aptidão para atuar como critério à classificação pretendida.

A classificação dos tipos de inadimplemento aqui proposta não leva em conta essencialmente o tipo de dever violado, mas a sua influência sobre a vida da relação obrigacional.

O primeiro passo nesse caminho, é ver que enquanto no Direito alemão existe um inadimplemento para a hipótese de *impossibilidade* da prestação, ou seja, a prestação não poderá mais ser realizada; no Direito brasileiro temos o *inadimplemento definitivo, absoluto*, que abarca a hipótese de *impossibilidade física da prestação* (critério objetivo) e também a hipótese de *impossibilidade pela perda da utilidade* da prestação para o credor, que não poderá mais ser por ela satisfeito (critério subjetivo) como previsto na formação do vínculo obrigacional. Em segundo lugar, a mora no Direito alemão é apenas atraso, retardo, demora, enquanto no Direito brasileiro, ela ainda abarca a *forma* como as prestações devem ser realizadas. Com isso, para se chegar a terceira espécie de inadimplemento, no sistema jurídico pátrio, não se pode contrastar a concepção legal de *mora* válida para o Direito brasileiro com a noção de *impossibilidade* do Direito alemão.

Veja-se a definição de inadimplemento absoluto em Agostinho Alvim: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber.”⁴⁵⁷ Haverá mora, quando essa possibilidade ainda persiste.⁴⁵⁸

Como se constata, o elemento decisivo neste cotejo, para classificar os tipos de inadimplemento, é a possibilidade ou impossibilidade da prestação, sendo essa uma noção bastante difundida, mas que parece não ser mais suficiente para classificar os tipos de inadimplemento.

Tudo está a indicar que o melhor critério para distinguir os tipos de inadimplemento no Direito brasileiro é a capacidade que cada um tem de gerar (real ou virtualmente), ou não, o efeito mais drástico sobre a vida da relação obrigacional, que é o efeito resolutório. Enquanto há vida, há esperança. Enquanto subsiste o vínculo obrigacional, subsiste a possibilidade de adimplemento. A indenização pelos

⁴⁵⁷ ALVIM, 1949, p. 15.

⁴⁵⁸ ALVIM, 1949, p. 41.

danos causados pelo inadimplemento é conseqüência comum a todos os tipos de inadimplemento.

Para esse ponto convergem todas as considerações feitas até aqui, no que respeita ao caráter transformista e transitório da mora. Ou essas características lhe são genéticas e são confirmadas pela doutrina como tal, abrindo ensejo para se classificar as espécies de inadimplemento pelo ângulo da resolução, ou, então, a mora não tem uma tal característica. Se o adimplemento imperfeito puder também levar à resolução, antes ele teria que ser transformado em inadimplemento absoluto (o credor perde o interesse em manter o vínculo obrigacional). Não vemos como um inadimplemento imperfeito possa operar da mesma forma e com a mesma função do inadimplemento absoluto.

Calha apropriada, pelo contato que faz com o tema alusivo à resolução contratual, o conceito de inadimplemento definitivo sustentado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que é, sem dúvida alguma, um conceito mais completo e mais moderno que aquele de Agostinho Alvim. Para o autor gaúcho:

O incumprimento, requisito da resolução, é apenas o 'incumprimento definitivo', originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta ou relativa, imputável ao devedor ou resultante da perda do interesse do credor em receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela mora.⁴⁵⁹

Porém, não se pode concordar com toda a sua extensão.

Admitir que o adimplemento imperfeito possa atuar da mesma forma que a mora, gerando os mesmos efeitos (resolução e indenização), é dar razão, em última essência, àqueles que preconizam estar o adimplemento imperfeito (a violação positiva, etc...) recoberto pela amplo espectro da mora.

O que não se costuma dizer, é que o que torna a obrigação "ainda possível" é a falta de gravidade do descumprimento havido. Desse ponto se aproxima Gustavo Gazalle, ao afirmar que "o cumprimento imperfeito da obrigação poderá gerar mora ou inadimplemento absoluto, conforme o grau de ofensa à substância do contrato."⁴⁶⁰ Olvida, no entanto, que há casos em que o tipo de inadimplemento havido não tem relevância suficiente para passar ao "estado de mora". Não se pode perder de vista que todo instituto jurídico tem uma função, e a da mora é permitir,

⁴⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR, 2004, p, 96.

⁴⁶⁰ GAZALLE, 2008, p. 53.

por certo tempo (transitoriedade), que o devedor cumpra a obrigação tardia ou malfeita (purga), sob pena dela ser convertida (caráter transformista) em inadimplemento absoluto.

Há situações nas quais é totalmente irrelevante constituir o devedor em mora, porque nesses casos o único efeito possível de ser colhido do inadimplemento é a indenização dos danos. Uma dessas situações ocorre em face do adimplemento substancial.

É comum a discussão no sentido de definir se o adimplemento imperfeito, enquanto terceira espécie de inadimplemento, abarca ou não a hipótese de adimplemento substancial. Todavia, segundo entendemos, há um equívoco de perspectiva nessa abordagem, porque o adimplemento substancial é, efetivamente adimplemento, embora a relação obrigacional onde ele ocorra abrigue outro fenômeno, que é o inadimplemento de escassa importância. É precisamente nessa outra parte da relação obrigacional, inadimplida, que se pode encontrar uma das hipóteses de inadimplemento classificável na terceira espécie, e não a parte adimplida substancialmente.

A teoria do adimplemento substancial é aplicável no Direito brasileiro sob o fundamento da boa-fé objetiva, pelo viés da sua função limitativa do direito à resolução, uma vez que o descumprimento de escassa importância não autoriza esse remédio jurídico tão drástico e indesejável econômica e socialmente. Vem sendo aplicado segundo o critério objetivo, consistente em medir o impacto do descumprimento na economia do contrato, não havendo maior preocupação com o tipo de dever violado. Sendo assim, toda vez que o descumprimento contratual for de escassa importância, não tendo, nem mesmo virtualmente, a capacidade de catapultar o contrato para o inadimplemento absoluto, ausente estará a natureza transformista e o caráter provisório que marcam a mora e, não sendo mora, esse tipo de descumprimento contratual deverá acomodar-se, também, na terceira espécie de inadimplemento.

Essa proposição simplifica a classificação do inadimplemento em três espécies e esclarece que o denominado *adimplemento substancial* é efetivo “adimplemento”, porque conforme lição de Pontes de Miranda, já citada, adimplemento é, ou não é, não existindo meio termo.

O problema que surge no âmbito do adimplemento substancial nada tem a ver com a classificação do inadimplemento de escassa importância (que se encontra na

outra parte da relação obrigacional) como espécie de inadimplemento. O problema que se tem encontrado é de outra ordem, e está na definição, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, do que venha a ser inadimplemento de escassa importância, ou então, visto pelo outro ângulo, o que é adimplemento substancial?

Atualmente, se flagra na jurisprudência nacional um certo desvirtuamento daquela noção histórica do instituto jurídico.

Em uma síntese muitíssimo apertada, o problema poderia ser formulado a partir da seguinte questão: o que é substancial, para que se considere “adimplemento” o resultado da conduta do devedor? Em termos quantitativos, em medida percentual, a pesquisa realizada revelou uma zona muito ampla de resultados que reconhecem a substancialidade da prestação realizada, que vai desde o adimplemento praticamente pleno (quase 100%), até aproximadamente 60% da prestação devida. Foram selecionados oito julgados que versam sobre o tema, os quais, em uma linha decrescente, demonstraram que:

Julgado	% da prestação realizada	adimplemento substancial
196153142 ⁴⁶¹	QUASE 100%	CHARACTERIZADO
70020966172 ⁴⁶²	90%	CHARACTERIZADO
70020102208 ⁴⁶³	80%	CHARACTERIZADO
70017803719 ⁴⁶⁴	72,22%	CHARACTERIZADO
70017518440 ⁴⁶⁵	66,50%	NÃO CHARACTERIZADO
70016898710 ⁴⁶⁶	64,00%	CHARACTERIZADO
70015436827 ⁴⁶⁷	62,43%	CHARACTERIZADO
70016772600 ⁴⁶⁸	50,00%	NÃO CHARACTERIZADO

⁴⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. **Ap. 196153142, 8ª Câmara Cív.** Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 08 de outubro de 1996.

⁴⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agr. Instr. 70020966172, 13ª Câmara Cív.** Relator: Des. Angela Terezinha de Oliveira Brito, julgado em 27 de agosto de 2007.

⁴⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70020102208, 16ª Câmara Cív.** Relator: Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 22 de agosto de 2007.

⁴⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70017803719, 13ª Câmara Cív.** Relator: Des. Lúcia de Castro Boller, julgado em 19 de abril de 2007.

⁴⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70017518440, 17ª Câmara Cív.** Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 26 de julho de 2007.

⁴⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70016898710, 11ª Câmara Cív.** Relator: Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, julgado em 09 de maio de 2007.

⁴⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70015436827, 19ª Câmara Cív.** Relator: Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgado em 08 de agosto de 2006.

⁴⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70016772600, 19ª Câmara Cív.** Relator: Des. Gunther Spode, julgado em 19 de dezembro de 2006.

Os percentuais falam por si. A margem entre 99,99% (último limite antes do adimplemento pleno) e 62,43% (mínimo encontrado para configuração do adimplemento substancial) é realmente expressiva. E uma margem tão ampla está a merecer uma melhor reflexão, porque, de um lado, se não é possível impor uma fórmula única para todos os casos, por outro, há de se convir que um mínimo comum deveria nortear o instituto jurídico do adimplemento substancial, sob pena de propiciar abusos.

Eduardo Bussata refere que a “substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento” estão no centro do estudo do adimplemento substancial, embora tais expressões sejam imprecisas e, por si só, dizem muito pouco, razão porque a verificação dessa substancialidade do adimplemento, ou da insignificância do inadimplemento, pelo julgador, constitui condição *sine que non* para a aplicabilidade e utilidade prática do instituto jurídico em referência.⁴⁶⁹

A verificação da importância ou da irrelevância do inadimplemento não pode se dar em abstrato, hipoteticamente, mas, sim, deve ser realizada diante do caso concreto, da situação de fato, ponderando os interesses e as condutas das partes e todas as demais circunstâncias relevantes, de modo que a idéia de utilizar critérios e parâmetros fixos e abstratos, e sua aplicação indistinta e genérica, está predestinada ao fracasso.⁴⁷⁰

Há, basicamente, dois critérios para mensurar a substancialidade do adimplemento (e, por efeito, a insignificância do inadimplemento): um subjetivo, outro objetivo. O critério subjetivo leva em conta a vontade hipotética (presumida) do contratante que não está inadimplente, mediante a conclusão de que ele não realizaria a contratação se soubesse ou suspeitasse que poderia ocorrer o inadimplemento; ao passo que o critério objetivo leva a um juízo matemático⁴⁷¹, realizado a partir daquilo que foi previsto e do que foi realizado, quantitativamente e, mediante o contraste entre ambos, resulta uma diferença, fruto de uma lógica mais precisa.

⁴⁶⁹ BUSSATA, 2007. p. 100-101.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 101.

⁴⁷¹ Ibid., p. 103.

O critério objetivo é o que vem sendo adotado pela doutrina italiana, bem como pelos Tribunais brasileiros, mas essa objetividade no “medir” a substancialidade do adimplemento (ou a escassa importância do inadimplemento) é apenas uma visão parcial, servindo, no dizer de Eduardo Bussata, para “excluir do campo de aplicação da teoria aquelas hipóteses de adimplemento bastante afastadas do efetivo conteúdo contratual.”⁴⁷² Todavia, o precitado autor não oferece uma idéia de quão afastadas deveriam estar aquelas hipóteses para, previamente, já serem descartadas como adimplemento substancial.

É preciso considerar que o adimplemento substancial, abstratamente considerado, está contido entre duas margens, uma superior, que se poderia estabelecer, sem arbitrariedade, no equivalente à realização de 99,99% da prestação prevista; e uma margem inferior, ainda indefinida, e que é o móvel de toda controvérsia.

Quando se diz que há hipóteses no sistema jurídico brasileiro nas quais o *descumprimento* é mínimo (exemplo: o Art. 500, Caput e § 1º do Código Civil), o que levaria a considerar que a prestação realizada, quantitativamente falando, se localiza muito próxima da margem superior admissível para o adimplemento substancial, e que, mesmo assim, diante das particularidades do caso concreto, poder-se-ia estar diante de um caso de inadimplemento absoluto, pois a porção mínima faltante seria essencial (fundamental) para a satisfação substancial do credor,⁴⁷³ ainda assim, mesmo que válida, uma tal ordem de idéias oferece apenas uma visão parcial (por dois motivos) pois que trata o tema tendo por horizonte a margem superior hipotética da figura do adimplemento substancial (o adimplemento próximo do máximo previsto), enquanto que, para além da margem inferior (o adimplemento minimamente substancial), estariam aquelas “hipóteses bastante afastadas do adimplemento substancial”.

Quando se tem uma margem definida, as incongruências, os abusos e injustiças podem ser expurgados por outros critérios, ganhando relevo dentre todos eles o princípio da boa-fé. Inversamente, a ausência de qualquer limite objetivamente observável rende ensejo à insegurança, a comportamentos oportunistas e abusos de toda sorte de parte do devedor.

⁴⁷² BUSSATA, 2007, p. 105.

⁴⁷³ Ver observações de Eduardo Bussata nesse sentido (BUSSATA, 2007, p. 102, 105).

Não se pode olvidar que o problema maior, no âmbito do adimplemento substancial, reside exatamente na ausência de uma margem inferior previamente definida ou ao menos presumível, minimamente aceitável, o que expõe as partes, em especial o credor, a grande abstração e insegurança.

No critério objetivo estão (i) uma análise quantitativa e um (ii) juízo a respeito da manutenção do interesse do credor com a prestação mal feita, e sua potencial satisfação, ou não.

O que não parece razoável é considerar um inadimplemento equivalente a praticamente 40% (quarenta por cento) como sendo de “escassa importância”. Um percentual dessa grandeza revela, sem a menor dúvida, um inadimplemento expressivo, jamais irrelevante.

As dificuldades em se estabelecer *a priori* um critério quantitativo, para fixar a margem inferior do adimplemento substancial, são bem conhecidas, mas, por outro lado, entendemos que um mínimo razoável deveria ser definido, senão de forma fixa, ao menos em uma faixa entre dois percentuais.

Uma tal fixação prévia certamente faria muitos devedores oportunistas refletirem a respeito dos ônus que lhe restariam de aventuras processuais cada vez mais recorrentes. Por outro lado, ofereceria uma visão mais nítida a zona de fronteira entre o inadimplemento de escassa importância e a mora no Direito brasileiro.

Pelas razões até aqui expostas e, principalmente, considerando a classificação do inadimplemento contratual em (1) inadimplemento absoluto, (2) mora e (3) adimplemento imperfeito, há de se reconhecer, quanto ao primeiro, que a sua noção, no que tange à *impossibilidade física* da prestação, parece decorrer de uma lógica universal, e quanto à *perda da utilidade* da prestação (tardia ou malfeita) para o credor, a sua compreensão no Direito brasileiro remete ao estudo da mora, diante da sua natural virtude de transformação (em inadimplemento absoluto), característica várias vezes mencionada neste trabalho.

Ademais, o estudo da mora no direito brasileiro é bem mais amplo e remonta muito mais tempo do que o estudo da terceira espécie de inadimplemento, em relação a qual os esforços da doutrina se acham fragmentados e dispersos em estudos dedicados a outros temas relativos ao cumprimento e ao descumprimento das obrigações. E nesse particular, a jurisprudência não socorre, conforme demonstrado, porque se vale de forma livre de expressões compostas, formadas

pelo termo adimplemento ,seguido de variados adjetivos (imperfeito, ruim, dentre outros); e, também, por não se preocupar em estabelecer quais são os efeitos típicos dessa terceira espécie de inadimplemento.

Neste estudo, reside a idéia matriz de que sempre que o inadimplemento concretamente considerado somente produzir como efeito o dever de indenizar os danos causados, sem permitir, nem mesmo hipoteticamente, a resolução contratual, se estará diante de um tipo de inadimplemento que não é nem inadimplemento absoluto e nem mora.

CONCLUSÕES

Com este trabalho, pretendemos oferecer uma visão a respeito da existência de uma terceira espécie de inadimplemento no Direito brasileiro. Depois de exposto o tema, de observados alguns aspectos relevantes colhidos da experiência estrangeira e, principalmente as particularidades do nosso sistema jurídico, é possível extrair algumas conclusões, que desde já se sabe não serão todas de pacífica aceitação.

A primeira conclusão, é de que nessa terceira espécie de inadimplemento, por existir uma parcela da relação obrigacional que vai cumprida, enquanto outros deveres não, convivem, no mesmo complexo de deveres e direito, noções de adimplemento e de inadimplemento. Sendo assim, cada situação deve ser vista à luz da disciplina própria, ou seja, a parcela corretamente cumprida (prestação), sob o ângulo do adimplemento, enquanto que a parcela atinente aos deveres descumpridos, sob o prisma do inadimplemento.

A segunda conclusão, é que, seguindo a lição de Pontes de Miranda, de que não existe meio termo quando se trata de adimplemento ou inadimplemento. Ou ocorre um, ou outro. Não há terceira via, neste ponto.

A terceira espécie de inadimplemento, que é identificada no sistema jurídico pátrio, por boa parte da doutrina e em jurisprudência, como adimplemento imperfeito, pressupõe uma prestação realizada, de modo que se deve admitir que nela está contido um tipo de adimplemento. Mas por outro lado, diante da violação positivamente ocorrida, ela também contém um tipo de inadimplemento. O inadimplemento, na espécie, será de menor importância, ao passo que o adimplemento se mostrará mais relevante, substancial.

Considerando a disciplina particular da mora no Direito brasileiro, a abarcar violações atinentes ao tempo, modo e lugar da prestação realizada, o espaço a ser preenchido pela terceira espécie de inadimplemento é menor que em outros sistemas jurídicos.

A conclusão para o problema, está em isolar os tipos de inadimplemento que não correspondam às hipótese de mora e de inadimplemento absoluto, e agrupá-los em uma terceira espécie. Para tanto, conclui-se ser necessário reconhecer que, nos casos submetidos a terceira espécie de inadimplemento, o fenômeno possui duas

faces: uma, o adimplemento, a outra, o inadimplemento.

Então, nessa linha, deve primeiro ficar claro que a perspectiva para a formação dessa terceira espécie de inadimplemento; tudo indica, está na análise da *imperfeição* lene da *satisfação* do credor. Contemplando a face do adimplemento, quando essa *satisfação* não chegar a ser completamente alcançada pela conduta do devedor, não atingindo o nível ótimo, mas, de outra banda, for considerada uma *satisfação substancial* (pelo credor, espontaneamente, ou pelo Judiciário, compulsoriamente), se estará diante, para todos os efeitos, de uma *satisfação* com relevância jurídica. Assim, haverá uma *satisfação* que se revela “suficiente” para caracterizar como *adimplemento* o resultado do conjunto de condutas do devedor visando o pagamento. Trata-se de “um tipo” de adimplemento, sob o ângulo da *satisfação* do credor. Em verdade, um tipo de adimplemento *imperfeito (lato sensu)*. Contemplando a face do inadimplemento, se estará diante de um descumprimento de menor relevância, incapaz de ameaçar a vida da relação obrigacional.

Do ponto de vista econômico e funcional o *adimplemento imperfeito* é adimplemento, porque satisfaz os interesses do credor e reduz (quando não extingue) a vinculação das partes, que poderão ficar ligadas apenas pelo viés indenizatório, viés este que, por seu turno, expõe a face do descumprimento ocorrido, e que irá se acomodar na terceira espécie de inadimplemento, porque mora não é, nem inadimplemento absoluto. Em tais casos, não se resolve o contrato; anda-se para frente, algo que interessa à fluidez e segurança das relações comerciais, e aos mercados como um todo.

Ao primeiro aspecto fundamental (a *satisfação* do credor), segue o segundo, qual seja, a extinção, ou não, do vínculo jurídico obrigacional. O *adimplemento imperfeito* segue, portanto, a ordem lógica que preside a estrutura do adimplemento: satisfaz e libera. Mas libera na exata proporção do que satisfaz.

Conclui-se com isso, que não parece razoável identificar a terceira espécie de inadimplemento como sendo “adimplemento imperfeito”. A identificação é contrária ao conteúdo.

A terceira espécie de inadimplemento há de merecer outra identificação, mais apropriada, que reflita mais fielmente o conteúdo desse tipo de inadimplemento que não tem potência para resolver o vínculo jurídico obrigacional. Uma alternativa, seria denominá-lo de *inadimplemento insuficiente* (para gerar a resolução), ou, simplesmente, “terceira via” (do inadimplemento).

Concluiu-se, também, que a insatisfação do credor que decorra de defeitos na consignação em pagamento e na dação em pagamento (pela perspectiva do “meios” de satisfazer o credor), ou na satisfação obtida a fórceps pela intervenção judicial com o resultado da praça ou do leilão (pelo ângulo de “quem realiza o ato” de satisfazer o credor), não enseja que tais defeitos venham a ser classificados na terceira espécie de inadimplemento.

Conclui-se, também, que o inadimplemento, em suas três espécies, pode ser definido a partir do seu *efeito* que exerce sobre a vida da obrigação: quando o inadimplemento puder acarretar o desfazimento do vínculo jurídico (inadimplemento absoluto), quando ele tem a potencialidade de ensejar o rompimento (mora), e quando não lhe assiste essa possibilidade (terceira espécie de inadimplemento).

Conclui-se pela necessidade de elemento unificador às hipóteses classificáveis na terceira espécie de inadimplemento, qual seja, a incapacidade de qualquer delas conduzir o credor ao desfazimento do vínculo jurídico obrigacional, sendo este o elemento que mais as diferencia do inadimplemento absoluto (que, por si só, já enseja o mais drástico efeito), e da mora, que possui em si a característica genética de se transformar em inadimplemento absoluto e, daí, à resolução.

Essa proposição é possível em razão da, cada vez mais reconhecida, natureza transitória e transformista da mora, porque a mora é por definição um estado (estágio) provisório.

A conclusão, é que não se mostra desarrazoado sustentar, no Direito brasileiro, que o inadimplemento que não ostentar tais características, não pode ser tido como hipótese de mora; e assim, não sendo inadimplemento absoluto nem mora, um tal inadimplemento deverá conformar uma espécie autônoma, uma terceira via.

As hipóteses enquadráveis na terceira espécie de inadimplemento, com aqui proposto, não podem gerar o efeito mais drástico, a resolução, mas tão somente o efeito mais comum a todos os tipos de descumprimento, qual seja, a reparação dos danos deles decorrentes.

Quanto à exceção do contrato “mal cumprido”, parece que somente seria razoável a sua possibilidade sob o prisma da proporcionalidade dos deveres em jogo. Não está descartada previamente, mas deverá ser observado o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. (Biblioteca de direito do consumidor; v. 2).
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- ALMEIDA PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de. A teoria do inadimplemento eficiente (*efficient brach theory*) e os custos de transação. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 151/152, p. 240-255, jan./dez. 2009.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. Uma análise econômica dos contratos: abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BASTOS, Antonio Carlos Lemos. Violação positiva do contrato. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparatista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-79, out. 1993.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1945.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CATALAN, Marcos Jorte. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166-167.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1.

_____. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. 5. ed. Madrid. Civitas, 1996. v. 2.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FERNANDES, Camila Vicenci. A obrigação fundamental. In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b. p. 30. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 7).

_____. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 6. (Coleção biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 6).

_____. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Quebra positiva do contrato. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 44, p. 142-165, 1988.

_____. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no Art. 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 11, p. 55-66, 1996.

_____. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19, p. 109-118, jul./set. 2004.

GAZALLE, Gustavo Kratz. **O conceito de mora no código civil de 2002**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGI, Giorgio. **Teorie delle obbligazioni nel diritto moderno italiano**. 3ª ed. Firenze: Eugenio e Filippo Cammelli, 1890. v. 2.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONZÁLES GONZÁLES, Aurora. **La resolucion como efecto del incumplimiento em las obligaciones bilaterales**. 1. ed. Barcelona: Bosh, 1987.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, t. 1.

_____. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

_____. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Adimplemento e inadimplemento. In: EMERJ: Debate o Novo Código Civil, 2002, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: EMERJ, 2002. p. 95-113. Palestra proferida no seminário realizado em 08.02.2002. p. 102.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4.

MEDEIROS FRANCISCO, Luiz Felipe Miranda de; CARDOSO FRANCISCO, Carolina. Adimplemento substancial e resolução dos contratos: necessidade de fixação de um critério unificador. In: In: MOTA, Maurício; KLOH, Gustavo (Org.). **Transformações contemporâneas do direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 2.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. São Paulo: Borsoi, 1984. t. 24.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 25.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**, Tomo 4. Campinas: Bookseller, 1998.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 325. Tradução da edição francesa de 1824.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. **Ap. 196153142, 8ª Câ. Cív.** Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 08 de outubro de 1996.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70000615419, 2ª Câ. Esp. Cív.** Relator: Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 29 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

_____. **Ap. 70010833754, . 20ª Câ. Cív.** Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 02 de março de 2005.

_____. **Ap. 70001401447, 17ª Câ. Cív.** Rel. Des. Eduardo Uhlein, julgado em 21 de maio de 2002.

_____. **Ap. 70034609735, 20ª Câ. Cív.** Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 14 de julho de 2010.

_____. **Ap. 70022461859, 15ª Câ. Cív.** Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos, julgado em 23 de abril de 2008.

_____. **Ap. 598229623, 17ª Câ. Cív.** Rel. Des. Luciano Ademir José D'Ávila, julgado em 27 de abril de 1999.

_____. **Ap. 70008716482, 9ª Câ. Cív.** Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 15 de setembro de 2004.

_____. **Ap. 598501948, 17ª Câ. Cív.** Rel. Des. Demétrio Xavier Lopes Neto, julgado em 25 de maio de 1999.

_____. **Ap. 70029883469, 9ª Câ. Cív.** Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 14 de outubro de 2009.

_____. **Emb. Div. 194193272, 4º Grupo Cív.** Rel. Des. Breno Moreira Mussi, julgado em 18 de novembro de 1996.

_____. **Agr. Instr. 70020966172, 13ª Câ. Cív.** Relator: Des. Angela Terezinha de Oliveira Brito, julgado em 27 de agosto de 2007.

_____. **Ap. 70020102208, 16ª Câ. Cív.** Relator: Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, julgado em 22 de agosto de 2007.

_____. **Ap. 70017803719, 13ª Câ. Cív.** Relator: Des. Lúcia de Castro Boller, julgado em 19 de abril de 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ap. 70016898710, 11ª Câ. Cív.** Relator: Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, julgado em 09 de maio de 2007.

_____. **Ap. 70017518440, 17ª Câ. Cív.** Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 26 de julho de 2007.

_____. **Ap. 70015436827, 19ª Câ. Cív.** Relator: Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, julgado em 08 de agosto de 2006.

_____. **Ap. 70016772600, 19ª Câ. Cív.** Relator: Des. Guinther Spode, julgado em 19 de dezembro de 2006.

_____. **Ap. 70008683476, 20ª Câ. Cív.** Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, julgado em 19 de maio de 2004.

_____. **Ap. 70003966595, 9ª Câ. Cív.** Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 27 de novembro de 2002.

_____. **Ap. 70000295469, 6ª Câ. Cív.** Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, julgado em 28 de março 2001.

_____. **Ap. 595111485, 8ª Câ. Cív.** Rel. Des. Léo Afonso Einloft Pereira, julgado em 14 de março de 1996.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Almedina, 1988.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Le obbligazioni.** Traduzione dall'originale tedesco com Appendici di Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912. v. 1.

_____. **Sistema do direito romano atual.** Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v. 3.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos contratos:** limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

USTÁRROZ, Daniel. **A responsabilidade contratual no novo código civil.** Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

VARELA, Antunes. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

VENOSA, Silvio. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.