

LUCIANA PORTO PIONER

**A APLICAÇÃO DO INCUMPRIMENTO ANTECIPADO NOS CONTRATOS
IMOBILIÁRIOS SOB A LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau de especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Ustárroz

Porto Alegre

2015

Dedico este trabalho aos meus pais, os quais são grandes incentivadores do meu aperfeiçoamento acadêmico e pessoal. Dedico também ao Eduardo, meu companheiro, agradecendo pelo apoio, paciência e auxílio nos momentos de dificuldade. Amo todos vocês.

RESUMO

A autora analisa a incidência da figura do incumprimento antecipado nos contratos de consumo, em especial os de compra e venda de imóveis na planta. Na primeira parte, a autora conceitua o adimplemento, destacando este como escopo da relação obrigacional, através da classificação dos deveres a que estão obrigadas as partes, para que, ao final, se alcance a função social do contrato, com a completa satisfação do credor. Adiante, a autora se volta ao estudo do inadimplemento como a parte patológica da relação obrigacional, trazendo suas classificações e efeitos. Na segunda parte, o estudo se volta à figura específica do incumprimento antecipado, através da abordagem histórica do surgimento do instituto, sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, seus elementos formadores, natureza jurídica, assim como sua aplicação pela jurisprudência. Ao final, a autora trata da possibilidade de aplicação do inadimplemento antecipado nos contratos consumeristas, enfatizando-se as hipóteses de contratos imobiliários de venda de imóveis não prontos.

Palavras-Chave: Incumprimento, Inadimplemento ou Violação antecipada do Contrato. Direito do Consumidor. Imóvel na planta.

ABSTRACT

The author analyzes the incidence of the figure of anticipated breach on consumer's contracts, in particular the purchase and sale of real estate in the plant. First, the author conceptualizes the due performance, highlighting this as the main reason of the obligatory relationship, through the classification of duties to which the parties are required, so that in the end is reached the social function of the contract, to the complete satisfaction of the creditor. Ahead, the author turns to the study of the breach as the pathological part of the obligatory relationship, bringing their ratings and effects. In the second part, the study turns to the specific figure of the anticipated breach of the contract by historical approach of the birth of the institute, its reception in the Brazilian law, its formative elements, legal nature, as well as their application in the precedents. At the end, the author comes to the possibility of applying the anticipatory non performance in consumer's contracts, emphasizing the hypothesis of not finished real estate contracts.

Keywords: Anticipated breach of the contract. Anticipatory non performance. Consumer's Law. Not finished real state contracts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	NOTAS SOBRE O ADIMPLEMENTO NO DIREITO CONTRATUAL.....	9
2.1	Adimplemento como escopo da relação obrigacional e o dever de cooperação entre as partes	13
2.2	Inadimplemento como elemento constitutivo do direito à resolução contratual.....	23
3	INCUMPRIMENTO ANTECIPADO NO DIREITO BRASILEIRO	32
3.1	Origens do instituto e recepção pelo Direito privado brasileiro.....	33
3.2	Aplicação do incumprimento antecipado aos contratos de incorporação imobiliária sob a luz do CDC.....	47
4	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, observou-se um evidente crescimento do mercado imobiliário, com inúmeros lançamentos de empreendimentos para venda de unidades habitacionais como apartamentos e casas e, ainda, salas comerciais na planta, o sucesso de vendas de tais empreendimentos se deu em muito por haver incentivo à aquisição destes imóveis através de programas governamentais, assim como pela facilitação quanto à concessão de crédito pelos bancos e financeiras, sendo por isso que consumidores de todas as faixas salariais passaram a ter acesso à compra de imóveis, muitos almejando a primeira casa própria, uma moradia maior ou, ainda, um local próprio de trabalho. Segundo dados da Câmara Brasileira da Indústria da Construção, a evolução do mercado imobiliário em Porto Alegre foi visível, pois de 2005 a 2014 o número de lançamentos imobiliários mais que dobrou e, ainda, no mesmo período o número de contratações que utilizaram recursos do FGTS, subiram 45,21%¹.

Apesar do cenário parecer favorável aos consumidores, o que se observou e ainda se observa é a ocorrência de inúmeros casos, nos quais as incorporadoras não cumprem o contratado, principalmente no que tange ao prazo de entrega dos imóveis. Contudo, em muitos casos, há obras que, apesar de ter escoado quase todo o prazo previsto para a entrega, ainda estão em estágio inicial, nas fundações, sendo inconteste a impossibilidade das unidades comercializadas serem entregues da forma, local e tempo constantes no contrato. Apesar de este ser um cenário recorrente, nosso ordenamento jurídico apenas considera exigível a obrigação após o seu termo, sendo apenas a partir deste momento que o credor poderá resolver a obrigação, bem como ver ressarcidas suas perdas e danos.

É diante da observação desta conjuntura que nasce o seguinte questionamento: Por que não resolver a obrigação anteriormente à transcorrência do prazo, quando o inadimplemento já se mostra evidente? Para que fazer o adquirente deste imóvel esperar todo o transcurso do tempo estipulado em contrato para se ver liberado de uma obrigação a qual já se mostra inadimplida? Seria adequado obrigar

¹ CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Disponível em: www.cbicdados.com.br. Acesso em 27.06.15.

este comprador a continuar arcando com o pagamento como contraprestação de uma obrigação que não será cumprida?

Compelir o adquirente a manter uma obrigação, a qual é sabidamente impossível de ser cumprida, não se mostra medida compatível com os princípios que formam a base de nosso Direito contratual, bem como obrigacional. Diante deste cenário, a manutenção de um vínculo jurídico, através do qual o credor deverá continuar a adimplir com sua contraprestação, ainda que verifique a impossibilidade de ver satisfeito seu crédito, é no mínimo oneroso a esta parte. Tal onerosidade ainda aparece de forma mais acentuada, quando se estiver falando de uma parte credora que seja consumidora, pois daí se estará diante de uma relação entre desiguais, na qual o consumidor é vulnerável sob diversos aspectos. Diante disso, questiona-se acerca da possibilidade de aplicação do instituto do incumprimento antecipado às relações de consumo, sendo a hipótese de incidência mais recorrente a que aqui se levanta, de contratos cujo objeto seja venda de imóveis, dos quais a construção e entrega dependam da diligência do devedor.

O presente trabalho tem como objetivo, portanto, responder aos questionamentos aqui levantados, através do estudo específico da possibilidade de aplicação do instituto do incumprimento antecipado aos contratos bilaterais de consumo, em especial os de compra e venda de imóveis na planta. Para tanto, o estudo partirá de uma concepção social do contrato, o qual possui não apenas o objetivo da entrega de um bem, ao final do prazo, mas sim, de através de um processo obrigacional, satisfazer o credor de forma plena em suas legítimas expectativas. Para que se chegue às respostas das perguntas feitas anteriormente, este trabalho terá como ponto de partida o estudo do adimplemento, dos deveres atinentes às partes da relação contratual, do termo, assim como do inadimplemento, com todas as suas conceituações, caracterizações, subdivisões, espécies e efeitos.

A *posteriori*, o presente se desenvolverá pelo estudo do nascimento do instituto do incumprimento antecipado, também devendo este ser conceituado e contextualizado, buscando-se verificar a possibilidade de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico, assim como, mais especificamente, nos contratos consumeristas acima descritos. Também, ao final deste, será verificada a modalidade de responsabilização do devedor inadimplente, constatando-se os

direitos atinentes ao credor após a resolução e, por conseguinte, os deveres deste devedor, através da análise doutrinária e jurisprudencial de casos análogos.

2 NOTAS SOBRE O ADIMPLEMENTO NO DIREITO CONTRATUAL

A doutrina civilista vem há muito lançando e discutindo conceitos de contrato, assim, como de obrigação, sendo visível a evolução destes conceitos, o que se verifica da leitura de doutrinadores clássicos e, posteriormente de contemporâneos. Esses conceitos foram objeto de estudo de Savigny², passando sua doutrina a ser denominada de pessoalista por entender-se que o credor possui um direito a uma ação do devedor e que este seria advindo de um poder de vontade, sendo a obrigação, então, um direito a uma atividade humana. Savigny, então, comparou este direito ao de propriedade, pois ambos “estendem o império da nossa vontade sobre uma porção do mundo exterior”³. Atraiu-se à esta ideia, a de que a obrigação designa um vínculo de ordem patrimonial, sendo uma estrutura unitária.

Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua são exemplos de doutrinadores, os quais conceituam a obrigação sob o aspecto pessoalista de Savigny, pois ambos trazem a ideia de que no vínculo obrigacional “uma delas [partes] fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial em proveito de outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor”⁴ e que, ainda, “é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado [...] adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão”⁵. Ou seja, diante de seus conceitos, resta clara a influência do prisma pessoal, do pessoalismo, portanto, já que a obrigação resulta de uma ligação entre pessoas, sendo uma relação de vontades.

Como antítese à doutrina pessoalista, surgiu o que passou a denominar-se realismo, que passou a encarar as personalidades do credor e do devedor como elemento secundário, afirmando, ainda, que o que de fato importa à obrigação é o direito ao recebimento de um bem e não o direito a uma atuação pessoal da outra

² SAVIGNY, F. K. *Traité de Droit Romain*. Tradução de Ch. Ghenoux, Paris: [s.n.], 1840, tomo I. in MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.

³ *Ibidem*, p. 17.

⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 10.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, tomo IV, p. 6.

parte.⁶ Sendo esta ideia justificada pelo fato de que “o credor tem um direito não a uma conduta meramente pessoal do devedor, mas antes a um bem, isto é, a um *quid* econômico apto a satisfazer necessidades”⁷ e, ainda, pelo que afirma Eugène Gaudemet, que com o fenômeno da transmissibilidade dos créditos denota a existência de relações entre patrimônios e não mais entre pessoas, sendo, como dito, as pessoas do devedor e do credor figuras agora coadjuvantes frente à relação obrigacional⁸.

Diante destas duas doutrinas, houve o surgimento de teorias mistas, como a voluntarista, que defendia a ideia de que a prestação do devedor constitui o próprio objeto da obrigação e, ainda, a dualista (*Schuld und Haftung*), a qual foi inicialmente traçada por Bekker e Brinz e, depois, pelas lições de Von Gierke. Para estes estudiosos, a obrigação poderia ser decomposta em dois momentos: O *Schuld*, que seria o do débito, um dever legal, sendo em um sentido mais estrito, a dívida autônoma e, depois do *Haftung*, da responsabilidade, sujeição e garantia, sendo, por sua vez, o dever de submissão à atuação coativa do credor, quando da não prestação do avençado⁹. A crítica feita pelos dualistas aos voluntaristas, consistia na ideia de que as obrigações, mesmo aquelas *in non faciendo*, tendem a atos e que, por isso, restaria a dúvida sobre o que versariam estas obrigações, qual seriam seu objeto.

Os dualistas propuseram, então, que se analisasse a obrigação sob prisma inicial diverso. Ao invés de se analisar a relação obrigacional partindo do dever de cumprimento da prestação, se deveria, outrossim, ser iniciada a análise a partir da coisa que o devedor dará ao credor, ou a coisa a que corresponde a satisfação. E foi a partir daí que houve a divisão entre a dívida e garantia (respectivamente *Schuld* e *Haftung*). Quando da cobrança da dívida não adimplida, não responderia, portanto, a pessoa do devedor, mas sim seu patrimônio, ou seja, a execução não seria

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 19.

⁷ BÉNABENT, Alain. **Droit Civil: Les Obligations**. 7 ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 1. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. *Loc. Cit.*

⁸ GAUDEMET, Eugène. **Theorie Générale des Obligations**. Paris: Sirey, 1965, p. 10. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

⁹ *Ibidem*. p, 21.

manejada contra a pessoa, mas sim contra a coisa¹⁰. Após isso, muitas críticas surgiram ao dualismo, já que se passou a adotar majoritariamente a ideia da existência de uma unidade obrigacional, ou ainda, de uma unidade vital, sendo daí decorrente a ideia da obrigação como processo.

Nosso Direito acolheu utilizar, pelo que se verifica da estrutura sistemática do atual Código, a ideia da relação obrigacional como processo, como uma totalidade ou, ainda, como um sistema de processos¹¹, sendo definida por Clóvis do Couto e Silva como “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”¹², sendo trazido para o núcleo duro deste conceito o adimplemento, que se dá com a satisfação da totalidade dos interesses do credor, sendo que tal ideia será desenvolvida com mais vagar neste capítulo.

Sobre nossa ordem jurídica, importa ainda salientar, que esta resguarda amplamente a liberdade contratual de todos os sujeitos, fomentando, inclusive, o nascimento e desenvolvimento de vínculos negociais¹³. Porém, apesar de termos a prevalência da liberdade contratual como fundamento tradicional do direito contratual, observa-se atualmente que o Estado, tanto nas esferas do Legislativo, quanto do Judiciário, vem atuando num sentido protetivo a uma concepção social do contrato¹⁴, a qual abraça os legítimos interesses dos contratantes, a confiança mútua, assim como as consequências de sua relação contratual, tanto nas hipóteses de adimplemento, como nas de inadimplemento, relativizando-se, por vezes, a concepção tradicional do *pacta sunt servanda*¹⁵.

A concepção social do contrato traz consigo a busca do equilíbrio contratual, resguardando as legítimas expectativas dos contratantes e dando importância basililar aos deveres mútuos de boa-fé, colaboração, através da confiança. Observa-se que cada vez mais há limites à autonomia da vontade, os quais são impostos por

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 23.

¹¹ *Ibidem*. p, 26.

¹² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p 20.

¹³ USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2.ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012. p, 70.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. p, 211.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. Função Social do Contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *in A NOVA crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

normas imperativas¹⁶, à exemplo do Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido vem a boa-fé objetiva, a qual se mostra um instrumento de alcance desta nova concepção social do instrumento contratual, na medida em que se mostra como um paradigma na busca dos interesses e da função social¹⁷.

Pietro Perligieri afirma, neste sentido, que em uma visão contemporânea da relação obrigacional, se demonstra uma diversificação dos interesses que decorrem dela, inclusive de índole não patrimonial, o que, por conseguinte, carece de uma reconstrução da noção de obrigação, devendo esta nova noção ser orientada pelos valores e princípios constitucionais, através da individuação e concretização das cláusulas gerais de boa-fé objetiva, lealdade, de diligência, com o escopo de funcionalizar o atendimento dos objetivos fundamentais do nosso ordenamento jurídico constitucional¹⁸.

Este capítulo, então, tratará da obrigação sob sua concepção social, ou seja, como dito, interessada tanto na satisfação do credor, quanto no atingimento da sua função-social, pelo cumprimento dos deveres de cooperação e manutenção da boa-fé objetiva desde o momento das tratativas, até a realização do escopo do contrato, com a ocorrência do adimplemento. Será analisada a obrigação, desta forma, como um processo, que por assim ser possui a fase de nascimento, desenvolvimento e finalização, sendo o adimplemento o resultado esperado deste processo obrigacional, com a conseqüente liberação das partes. Será abordado acerca do momento em que ocorre o adimplemento, quando este passa a ser exigível, assim como das hipóteses, espécies e conseqüências do inadimplemento, que por ser a parte defeituosa da obrigação, enseja a resolução contratual, a qual também será aqui estudada.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. p, 211.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Loc. Cit.*

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

2.1 Adimplemento como escopo da relação obrigacional e o dever de cooperação entre as partes

A obrigação é um processo linear, pois dirigido à realização de um fim¹⁹ o qual tem seu nascedouro na verificação das intenções dos contratantes e na distribuição dos deveres de cada parte, culminando no adimplemento, que é o que legitimamente esperam, *a priori*, as partes que se ligaram através do negócio firmado. Pode-se afirmar, assim, que a liberação das partes através deste adimplemento é o escopo da relação contratual, sendo que o cumprimento da obrigação é a regra e o inadimplemento é a exceção²⁰.

A este respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que “a obrigação é criada com o fim de se extinguir pelo cumprimento, quando o devedor [...] realiza a prestação devida, satisfazendo o interesse do credor”²¹. Ou seja, como dito, a lógica da relação negocial, é que esta seja iniciada pela vontade mútua das partes e, então, que culmine com a prestação final (seja a de dar, fazer ou não fazer), a qual é o adimplemento.

Para Karl Larenz, a relação obrigacional não é estática, sendo, assim como a ordem jurídica, algo vivo como os homens, podendo nascer e desaparecer, modificar-se e desenvolver-se na direção de um fim determinado²². Não se pode, portanto considerar o vínculo obrigacional como formado por duas partes dissociadas, não podendo ser visto, portanto, como bipolar ou sob uma perspectiva atomística e estática, sendo impossível dissociar as partes que compõe o negócio ou, ainda, como apenas uma soma de débitos e créditos, sem ao menos perquirir acerca das expectativas das partes para além do cumprimento em si²³.

Nesse sentido, importa que se traga a noção da obrigação como processo, assim como as conceituações de adimplemento, exaltando-se sua importância, no

¹⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p 10.

²⁰ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 5° ed., Saraiva, São Paulo, 1980, p. 6.

²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 91.

²² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, p. 38.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.393.

direito obrigacional atual. O cumprimento é o que fundamenta a formação da relação obrigacional, pois é natural da criação do vínculo negocial a intenção de cumprir com o prometido, pois não fosse assim não haveria sentido a formação da obrigação, assim como não haveria, já desde o início, a boa-fé exigida²⁴. Nossa lei civil em seu artigo 166, inciso II, traz que a conduta concretamente devida é aquela que é lícita, possível, válida, determinada ou determinável e útil ao credor (artigo 395, parágrafo único). Esta conduta deve ser concretizada em local, tempo e forma estabelecidas em lei ou convenção, sendo estes, então, os elementos constituintes mínimos da avença obrigacional.²⁵ Para nossa lei civil, então, as obrigações podem ser consideradas inúteis ao credor quando não prestadas da forma e no prazo avençados.

Não obstante, temos que a obrigação perfeita é aquela que é composta por débito e, também, responsabilidade, já que esta referida obrigação é chamada de perfeita “pela possibilidade que tem o credor de poder exigir (pretensão) o adimplemento ou perdas e danos”²⁶. Há que se verificar que, por ser assim composta a obrigação perfeita, com a ocorrência do inadimplemento, ou do adimplemento parcial há o nascimento, ou passa a ter incidência sobre este, a responsabilidade pela qual responderá o devedor inadimplente, o qual será chamado a cumprir o estipulado, sob pena de ter que ressarcir o credor de suas perdas e danos, nos termos da nossa legislação.

O adimplemento é, sim, o fim pretendido quando da realização de um negócio jurídico, porém, está desligado dos atos a ele antecedentes, os quais são relativos à fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres, ocorrendo o adimplemento apenas em fase posterior²⁷. Neste sentido vem a dicção do artigo 304 do atual Código Civil, o qual traz justamente a ideia da extinção das obrigações pelo pagamento. Temos, portanto, que a obrigação é um processo, o qual se inicia com a determinação dos deveres de cada parte, tendo seu fim com o adimplemento ou com o ressarcimento do credor de suas perdas e danos quando não cumprida a obrigação original, havendo, também neste segundo caso a liberação das partes.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 49.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p. 83.

²⁷ *Ibidem*. p. 43.

Importa, neste momento, se fazer a diferenciação dos deveres que cabem às partes. Os deveres de prestação subdividem-se em deveres primários, secundários, havendo, ainda, os deveres instrumentais. Os deveres primários, os quais são também chamados de principais ou de prestação, constituem o núcleo, a alma, da relação obrigacional, definindo o tipo de contrato, sendo exemplo disso o contrato de locação, no qual os deveres do locador são os de entregar ao locatário o imóvel, em estado que permita sua utilização para o fim a que se destina e, no que tange ao locatário, este tem os deveres de pagar os aluguéis e demais encargos, sendo tais deveres estabelecidos pela legislação atinente²⁸.

No que tange aos deveres de prestação, estes ainda podem ser secundários ou também chamados de acidentais ou anexos, os quais ainda se subdividem em secundários meramente acessórios e secundários de prestação autônoma. Os primeiros, meramente acessórios, “se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a sua perfeita realização, como, na compra e venda de coisa que deva ser transportada, o dever de bem embalar a coisa e transportá-la, com segurança, ao local de destino”²⁹. Já os secundários de prestação autônoma, apresentam-se ou como um substitutivo, um sucedâneo à obrigação principal, ou, ainda, de forma coexistente. São exemplos o dever de indenização, em caso de impossibilidade de cumprimento ou, ainda, indenização por mora, coexistindo, assim, com o dever principal que ainda deverá ser prestado³⁰. Quanto a estes últimos, exemplo importante a ser citado, é o do REsp 1.237.054-PR³¹, no qual foi decidido que o dever do plano de saúde em comunicar o empregado demitido sem justa causa, acerca do direito de opção pela manutenção do plano de saúde, o qual possuía enquanto trabalhava na empresa, é um dever secundário coexistente à obrigação principal, decorrente do dever de informação e, portanto, da boa-fé objetiva.

Há que se ressaltar, porém, que como dito acima, além dos deveres de prestação primários e secundários, há também os deveres instrumentais, aos quais se inserem os deveres de proteção. Tais deveres tem seu escopo em permitir “o exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 46.

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Loc. Cit.*

³⁰ *Ibidem.* p. 47.

³¹ DISTRITO FEDERAL. REsp 1.237.054-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/04/2014.

unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos. Nesta medida, são deveres marcados pela instrumentalidade, razão pela qual nós denominados deveres instrumentais³². Tais deveres são ditos como sendo deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, sendo exemplos: a) os deveres de cuidado, providência e segurança, b) deveres de aviso ou esclarecimento, exemplificando-se na correta atuação do advogado, médico, consultor financeiro, etc., os quais devem expor e esclarecer todos os pontos importantes de sua atuação no caso concreto, c) dever de informação, sendo este de fundamental importância principalmente quando de relações de consumo, d) deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, entre outros³³.

Dito isso, verifica-se a existência de diversos momentos na relação obrigacional, os quais são sucessivos e apresentam uma “unidade ontológica”, possuindo “relações recíprocas de instrumentalidade ou interdependência”³⁴. Assim, nas palavras de Clóvis V. do Couto e Silva, “Obrigação é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém, e em seu favor. O adimplir determina afastamento, a liberação [...]”³⁵. Tal análise importa na separação das fases por seus planos, já que a fase de desenvolvimento dos deveres se inclui no plano do direito das obrigações, enquanto, nos casos em que o adimplemento importar em transferência de propriedade, este estará incluso no plano do direito das coisas³⁶.

A faculdade de contratar, então, se expressa primeiramente no instante em que as partes decidem celebrar o contrato e, depois pela escolha do conteúdo de suas obrigações, com a escolha das cláusulas³⁷. Verifica-se, nesse sentido, que desde o início da relação contratual, as partes estão condicionadas à aplicação das cláusulas gerais, sendo que “os deveres de lealdade, colaboração e respeito, relacionados à boa-fé, a proteção do interesse social e público, que emerge da

³² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 48.

³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.439.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51.

³⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p 43.

³⁶ *Ibidem*. p, 44.

³⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, UFRGS v.18, 2000, p. 221-228.

função social do contrato [...] não são como limites da liberdade contratual, senão que caracteriza seu exercício *in concreto*”³⁸, o que importa, assim, na eficácia interna do contrato.

A concepção de obrigação como processo, como um vínculo dinâmico, veio por aterrar o paradigma tradicional do direito das obrigações, já que inaugura a idéia da *boa-fé objetiva* como novo paradigma, como já anteriormente dito³⁹. Importa então que se destaque a boa-fé objetiva em sua concepção de “norma ordinatória da atenção ao fim econômico-social do negócio”⁴⁰, diferenciando-se da boa-fé subjetiva no instante em que esta denota um estado de consciência, uma íntima convicção, enquanto a objetiva trata de um *standard* de comportamento, segundo o qual, afirmam os países de *common law*, “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”⁴¹.

Nesse sentido, temos que não há mais uma supervalorização da vontade das partes apenas, mas insere-se um arcabouço de novos deveres de conduta. Ou seja, na ideia de um vínculo obrigacional, vislumbrado como uma totalidade, temos que há um complexo de direitos a serem atendidos para além da obrigação principal, como deveres secundários, laterais ou instrumentais, legítimas expectativas, etc, trazendo *standards* de comportamento às partes, os quais decorrem da cláusula geral da boa-fé objetiva. No dizer de Judith Martins-Costa, “É através do princípio da boa-fé – notadamente se inserido em cláusula geral – que o efetivo conteúdo destes deveres poderá, em cada relação concreta, ser densificado”⁴².

Na lição de Pietro Perlingieri, “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação”⁴³. Ou seja, destaca-se das cláusulas gerais, além da manutenção da probidade e boa-fé trazidas por nosso código civil em seu artigo 422, também a

³⁸ MIRAGEM, Bruno. Função Social do Contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *in A NOVA crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 188.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.394-395.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 415.

⁴¹ *Ibidem*. p.411.

⁴² *Ibidem*. p, 395.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 212.

existência de cooperação entre as partes para que a obrigação chegue a sua *solutio*, visto que não é o adimplemento apenas interesse de uma das partes, mas sim de ambas, já que com a satisfação há também, como já exposto, a ocorrência do efeito liberatório dos contratantes. Temos assim a cooperação e a colaboração como deveres de conduta, para além da obrigação principal assumida, não podendo o credor pôr óbices ao pagamento, ou de qualquer forma à satisfação da prestação⁴⁴. Retomando o que foi dito anteriormente, a parte que porventura viesse a contratar já com o intuito de não cumprir com o que fora estabelecido, desrespeitou ainda no período inicial da relação obrigacional, a cláusula geral de boa-fé, pois aquele que contrata deve cooperar para que haja o adimplemento e não o contrário.

Da análise deste dever geral de cooperação é que vemos transparecer os fundamentos para o incumprimento antecipado da obrigação, que é tema do presente trabalho, pois, na lição de Marcos Jorge Catalan, os atores da relação obrigacional “não mais ocupam posições antagônicas, mas sim simbióticas”, sendo que há no núcleo desta obrigação um conjunto de fazeres necessários à satisfação do credor, sendo que a quebra antecipada deste dever de cooperação, entre outras hipóteses que serão analisadas, pode autorizar a quebra antecipada da avença, “disparando a pretensão do credor à resolução do negócio e até mesmo a eventuais perdas e danos”.⁴⁵ Tal ideia deriva da lógica de que se é clara a impossibilidade de cumprir com o que fora estabelecido, seja por quebra das cláusulas gerais, do dever de cooperação ou, inclusive de alguns deveres anexos, não há motivos para que seja a parte prejudicada obrigada a manter uma relação obrigacional até seu termo.

Vem ao encontro desta ideia a lição de Judith Martins-Costa, na qual destaca que a relação obrigacional é uma relação de cooperação, pois cabe a todos os envolvidos “na complexa rede de inter-relações negociais a sua concreta implementação”⁴⁶, a qual deverá se dar no tempo e forma estabelecidos, como bem trazido por nosso Código Civil. A atuação das partes, assim, em vista de um interesse legítimo, a partir de uma cooperação mútua, possibilitará que o

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p, 438.

⁴⁵ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações iniciais sobre a quebra antecipada do contrato e sua recepção pelo direito brasileiro. Disponível em <<http://www.diritto.it/archivio/1/26875.pdf>>, acesso em 20.06.15, às 15:35. p. 12.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32 – 33.

adimplemento seja plenamente atingido e de uma forma eficaz⁴⁷. Esta concepção vem da ideia trazida pela doutrina alemã, especialmente Karl Larenz⁴⁸, de que deve existir entre as partes uma colaboração intersubjetiva, não bastando o credor apenas aguardar a implementação do adimplemento, mas deve, outrossim, cooperar de forma ativa com o devedor, para que este possa lhe satisfazer.

Ao passo que possa se considerar a cooperação um dever acessório, temos que melhor tratamento seria o de dever nuclear, pois está na substância da conduta devida. A colaboração possibilita o adimplemento, pois dela são derivados diversos princípios os quais são catalisadores, como o da autonomia privada, da boa-fé e da confiança, sendo este último o fundamento da vinculação negocial⁴⁹. A boa-fé dá um conteúdo material ao adimplemento, ao contrário da pontualidade, que é *per si* um elemento formal. A boa-fé atua como “parâmetro para a verificação da satisfação dos interesses objetivos do credor e em que medida as circunstâncias do caso concreto interferem na prestação devida”⁵⁰. Conclui-se, assim, que além do dever do credor de pagar sua contraprestação avençada, deve, sempre que necessário, agir de forma diligente no sentido de auxiliar o devedor, facilitando seu cumprimento, sob pena, inclusive de incorrer em mora nos casos previstos em lei (a exemplo do que dispõe o artigo 394 do CC/02).

Importa dizer que “toda a relação obrigacional é uma relação transitória no tempo, de modo que está sempre sujeita a um termo”⁵¹. Para a doutrina tradicional, a existência de um termo aprazado para o cumprimento da obrigação é informação basilar à verificação da ocorrência da mora, por exemplo. Na lição de Judith Martins-Costa, “a lei estabelece regras sobre o prazo, ou tempo em que a prestação deva ser feita para indicar quando há mora do devedor (ou mora *solvendí*) e quando há mora do credor (*mora creditoris*)⁵². Nosso código civil traz em seu artigo 394 a mora

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32 – 33.

⁴⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Edersa, 1958, tomo I, p. 37-45.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 55-57.

⁵⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 383.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 333.

do credor e do devedor e, ainda, o artigo 397, também do atual código civil, traz a constituição dessa mora. A ocorrência da mora ou até do inadimplemento é verificada pela falta de diligência por parte do devedor, o que importa na não entrega do resultado útil esperado pelo credor.

A discussão acerca do tempo no Direito é muito atual, pois são cada vez mais necessárias atuações de partes, seja extra ou judicialmente, no sentido de otimizar o tempo, para que se evite demora desnecessária, a qual é sempre onerosa e desgastante. “O fenômeno “tempo” apresenta numerosas facetas no Direito e, de modo especial, no Direito contratual⁵³”, pois está relacionado à vigência do contrato, à forma de sua execução, contraprestação, utilidade da prestação e, ainda, valoração do inadimplemento. Ou seja, a cooperação deve ser verificada tanto na busca pelo cumprimento integral e qualificado, quanto na persecução deste adimplemento no tempo estabelecido, sendo assim plenamente alcançada a finalidade do contrato.

As obrigações devem ser prestadas no prazo previamente estabelecido, sendo daí decorrente o princípio da pontualidade. Através deste princípio, o credor tem o direito de exigir do devedor o cumprimento no tempo estipulado, sendo vedada a antecipação da cobrança da obrigação, à exceção das hipóteses trazidas pelo artigo 333 do código civil⁵⁴, as quais possuem todas o mesmo fundamento de não permitir que se diminuam as chances do credor de ver cumprida a obrigação com o passar do tempo, bem como da hipótese de verificação do incumprimento antecipado, sobre o que se dissertará, em momento oportuno. Ou seja, a previsão do legislador vem no sentido de proteger a possibilidade de prestação por parte do devedor e, por conseguinte, a possibilidade de satisfação do credor.

Importa ressaltar sobre o princípio da pontualidade, que o elemento temporal é considerado em nosso ordenamento como o mais forte, pois a obrigação deve ser cumprida no prazo estabelecido, porém, por pontualidade também se entende a entrega pontual e *adequada*, ou seja, o cumprimento integral da avença da forma

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 33.

⁵⁴ Art. 333. Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

estipulada⁵⁵. O cumprimento, então, deverá observar a identidade, a integralidade e a indivisibilidade, pois nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, o devedor (*solvens*) tem de “prestar o devido, todo o devido, e por inteiro”.⁵⁶ Disso se extrai, assim, que o tempo para o pagamento é em muito relevante, pois traça o marco temporal máximo ao cumprimento da obrigação, porém, não deve ser o único elemento a ser considerado, no que tange ao cumprimento integral, pois a qualidade daquilo que foi prestado, assim como o cumprimento de deveres acessórios e, ainda, manutenção da probidade e boa-fé, com a colaboração, importam para determinação de que a obrigação foi fielmente cumprida, para daí haver a liberação das partes.

Vera Fradera destaca que, de modo diverso do que ocorre nos ordenamentos alemão, norte americano e italiano, no Brasil há que se ter o vencimento da dívida para que esta seja executada⁵⁷, sendo isso que se extrai do texto legal atinente. Para nós, dívida antes de seu vencimento não é exigível e, por isso, não executável. No que tange à exigibilidade, temos que esta possui um sentido lato e um estrito, sendo o primeiro decorrente da perspectiva processualista, de que “a exigibilidade é a ausência de obstáculo ao exercício livre e imediato do direito de ação, com o que o momento do exercício da situação jurídica se casa e se exaure no seu momento patológico, no seu momento processual”⁵⁸, sendo essa a ideia trazida pelo artigo 586 do CPC, ao dizer que “A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”.

Já em seu sentido estrito, a exigibilidade trata do crédito, da obrigação em si, sendo que a situação subjetiva creditória se caracteriza pelo direito do credor ao adimplemento, sendo que no momento em que ainda é inexigível este direito, no caso das obrigações a termo, se deve considerar inexigível também, por lógica, o direito de crédito, sendo que, portanto, “a inexigibilidade encontra fundamento em razões de *valoração funcional* da relação e, em particular, da situação subjetiva creditória, devendo-se falar em inexigibilidades ou exigibilidades, no plural, ou

⁵⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 124.

⁵⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. **AJURIS: Revista da Ajuris**, Porto Alegre, *Ajuris* v.15, n.44, NOV/1988, p. 144-152.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do direito das obrigações**. Do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 385.

escalonadamente”⁵⁹. Tal ideia se explica pelo fato de que não é regra a exigibilidade ser efeito do vencimento, assim como nem sempre a exigibilidade é contemporânea á realizabilidade da prestação pelo devedor, sendo que por vezes a exigibilidade pode ocorrer antes termo fixado previamente no contrato ou, ainda, pode ser encoberta pela impossibilidade da prestação⁶⁰.

Verificou-se, neste tópico, então, a evolução das teorias acerca da obrigação, desde o pessoalismo de Savigny, até a ideia contemporânea da obrigação como processo, na qual o contrato possui uma concepção e função social, tendo por escopo o adimplemento, através da satisfação total dos interesses do credor, com a entrega do avençado na forma, local e tempo estipulados, para que a prestação, então, seja útil ao credor. Além disso, foram determinados os deveres a que estão atreladas as partes, como os primários, os secundários e os instrumentais, sendo a relação obrigacional calcada nos deveres de cooperação mútua e na boa-fé objetiva. Em sequência, foi tratado acerca do termo contratual, sendo sua transcorrência requisito legal para a exigibilidade, em decorrência da aplicação do princípio da pontualidade, apesar de se entender que, por vezes, o termo seja requisito a ser afastado.

Assim, temos que por vezes antes mesmo da ocorrência o termo, já se verifica a exigibilidade da prestação, pela impossibilidade de cumprimento ou pela manifestação do devedor no sentido de que não possui intenção de adimplir, por exemplo. A exigibilidade, portanto, pode ser encoberta pela impossibilidade. O que se questiona, neste sentido, é se apesar da regra legal de necessidade de escoamento do prazo contratual, existe a possibilidade de verificar a ocorrência de um inadimplemento, o qual consubstanciaria o direito do credor de resolver a obrigação. Antes de se tentar responder tais questionamentos, merece estudo o inadimplemento, mediante a verificação das hipóteses para resolução do negócio, sendo isso que se fará no próximo tópico.

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni**. Nápoles: Jovene Editore, 1971, p. 133. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 387.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 387.

2.2 Inadimplemento como elemento constitutivo do direito à resolução contratual

O inadimplemento é a parte patológica do direito obrigacional⁶¹, pois ocorre quando a obrigação deixa de ser cumprida no modo e no tempo devidos⁶², seja intencionalmente ou por impossibilidade. Da leitura dos artigos do atual Código Civil atinentes ao tema, em especial do artigo 475⁶³ deste diploma, temos que o legislador tratou de forma mais aprofundada dos efeitos trazidos pelo incumprimento das obrigações avençadas, do que de sua caracterização e conceituação, omitindo-se, então neste ponto⁶⁴. Porém, da leitura do artigo 394 do CC/02⁶⁵, podemos concluir que é inadimplente aquele devedor que não cumprir a avença no modo, tempo e local previamente estabelecidos, assim como o credor que não quiser assim receber a prestação.

O incumprimento, por ser a insatisfação do credor, através da não adimplência do pactuado, traz ao credor “dois inconvenientes: primeiro priva-o de receber a prestação esperada, com os prejuízos daí decorrentes, e expõe-no ao risco de perder a contraprestação por ele já antecipada”⁶⁶. Com isso, é infligido ao credor, *a priori* adimplente, uma perda dobrada, pois frustra-se pelo não recebimento da prestação avençada, assim como “há uma diminuição imediata de seu patrimônio”⁶⁷, o que pode, por certo, em um momento de verificação da irreversibilidade do inadimplemento, ser buscado através da indenização por suas perdas e danos, o que é legalmente tutelado pelo código civil vigente.

Advém, assim, da leitura coordenada do texto legal, a verificação da existência de duas espécies principais de inadimplemento a partir da classificação

⁶¹ LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. in **A NOVA crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 505.

⁶² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 93.

⁶³ Artigo 475 – A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

⁶⁴ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

⁶⁵ Artigo 394 – Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Loc. Cit.*

⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Loc. Cit.*

quanto aos seus efeitos, que são o inadimplemento absoluto (o qual comporta a subdivisão, ainda, em total ou parcial) e o inadimplemento relativo, ou também chamado de inadimplemento-mora. Há, ainda, quem defenda uma classificação do incumprimento quanto à sua causa, ou seja, se o inadimplemento é imputável (com culpa) ou é imputável (sem a verificação de culpa) ao devedor, sendo exemplos desta última hipótese a ocorrência de caso fortuito ou força maior ⁶⁸.

No que tange à classificação quanto aos *efeitos*, observa-se a existência do inadimplemento absoluto, o qual se verifica “quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo”⁶⁹, sendo, assim, irrecuperável a prestação pela “inviabilidade de execução voluntária”⁷⁰ do débito. Há, portanto, o inadimplemento absoluto quando não há hipóteses para cumprimento da avença, seja por vontade do devedor, por falta de colaboração entre as partes ou por motivos alheios às vontades das partes, mas o que se tem por certo é que aquela obrigação não atingirá seu escopo, com o adimplemento do estipulado.

Para que se verifique o inadimplemento absoluto, não há necessidade que todos os objetos da obrigação tenham se perdido de forma irreversível, mas sim pelo menos parte deles. Importa dizer, então, que o inadimplemento absoluto pode se dar de forma parcial ou total sobre o que fora anteriormente estipulado.

Em sede doutrinária, Araken de Assis traz esta ideia, afirmando veementemente que o inadimplemento absoluto poderá se dar tanto em incumprimentos parciais, como em totais, pois “nem sempre acontece de toda a prestação se tornar irrecuperável.”⁷¹, sendo possível que apenas sobre alguns dos objetos participantes da avença, é que recaia a perda irreversível, enquanto o mesmo pode não ocorrer com o restante. Araken de Assis continua sua lição ao mencionar o exemplo de uma sociedade empresária, a qual se obriga a entregar doze centrais telefônicas e cento e vinte aparelhos, e que por infortúnios em sua gestão, os quais foram imprevistos, não puderam fabricar os aparelhos, porém tendo instalado as centrais. Neste exemplo ocorre um inadimplemento parcial, pois houve

⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 94.

⁶⁹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 5º ed., Saraiva, São Paulo, 1980, p. 15.

⁷⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

⁷¹ ASSIS, Araken de. *Loc. Cit.*

a instalação das centrais, porém é absoluto quanto aos aparelhos que não foram fabricados e que jamais o serão. Nas palavras do ilustre professor “Há, sem dúvida, inadimplemento *absoluto*, porque as peças faltantes jamais serão entregues, e, todavia, *parcial*, pois *em parte* o obrigado adimpliu o contrato”.⁷²

Com tudo isso, apesar de a obrigação ter sido parcialmente adimplida, tem-se que este não é argumento suficiente para obstaculizar a resolução total do contrato⁷³. Isso por que o credor pode recusar-se a aceitar prestação defeituosa, incompleta ou tardia, sendo isso que nos traz a dicção do artigo 395, parágrafo único do CC/02, podendo o credor, neste caso, como já explicitado anteriormente, ter suas perdas e danos ressarcidos pelo devedor inadimplente, ainda que o seja de forma parcial. Com isso, tem-se que é elemento constitutivo do direito à resolução contratual, a ocorrência de um inadimplemento absoluto, o qual é caracterizado principalmente pela irreversibilidade do descumprimento, podendo, contudo, ser total ou parcial.

Como já mencionado, o inadimplemento pode ocorrer por uma escolha deliberada do devedor em não cumprir, ou ainda, pelo aparecimento de uma impossibilidade, a qual é um “obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”⁷⁴. A impossibilidade originária é aquela que aparece antes ou no momento da constituição da obrigação, restando esta por padecer de nulidade ou anulabilidade. Porém, apesar disso, importa a este trabalho a análise da impossibilidade superveniente, que como dito é aquela que ocorre após o nascimento da obrigação, no momento da prestação, ou imediatamente anterior.

A impossibilidade superveniente possui duas espécies: a absoluta e a relativa, sendo ambas extintivas da obrigação⁷⁵. A impossibilidade relativa não se confunde com uma mera dificuldade do devedor de cumprir a obrigação, como insuficiência econômica transitória, por exemplo, mas trata, outrossim, de uma real falta de condição de cumprimento, um obstáculo intransponível, sendo a impossibilidade

⁷² ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101.

⁷³ *Ibidem*. p. 102.

⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 96.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 99.

absoluta, portando, equiparada à impossibilidade relativa superveniente, pois ambas demonstram uma inviabilidade definitiva à prestação.

Além disso, ainda há outras distinções no que tange às impossibilidades, existindo, ainda, as supervenientes totais e parciais, sendo as primeira aquelas que atingem toda a obrigação. No que tange à impossibilidade superveniente parcial, esta paira apenas sobre parte da obrigação, podendo o credor aceitar a obrigação incompleta, ou, ainda, resolve-la com as consequentes reparações, sendo tal situação suporte fático para a norma insculpida no artigo 235 do nosso atual código civil⁷⁶.

Pontes de Miranda assevera que apenas a impossibilidade absoluta superveniente, ou seja, aquela que se deu após a feitura do negócio jurídico, é que libera⁷⁷, sendo esta liberdade entendida como possibilidade de resolução do contrato. Deve-se acrescentar a este conceito de impossibilidade a imputabilidade, a qual, neste caso, constitui o direito resolutivo, através da extinção do contrato somada às perdas e danos que eventualmente o credor possa ter sofrido, ocorrendo aqui a aplicação do que bem dispõe nossa lei civil, no já citado artigo 475. No caso em que houver impossibilidade, em qualquer de suas espécies, mas não estiver presente, porém, a imputabilidade, o devedor será desonerado de arcar com o pagamento de prejuízos, havendo a extinção *ipso jure* da obrigação anteriormente estabelecida⁷⁸.

Dito isso, merece aprofundamento a ideia da imputabilidade quando da ocorrência de impossibilidade absoluta ou relativa, porém total, já que neste caso haverá, como acima trazido, a implementação dos requisitos à resolução do contrato com direito a ressarcimento do valor já despendido pelo credor, mais eventuais perdas e danos. Orlando Gomes reafirma esta ideia, explicando que no caso de não cumprimento pelo obrigado, sem as dirimidas do caso fortuito ou força maior

⁷⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 101.

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1954, tomo XXII, p. 69.

⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. Cit.* p. 99.

(inimputabilidade), há a configuração de procedimento culposo⁷⁹, pois “A impossibilidade imputável é a culpável”⁸⁰.

A culpa contratual, em seu sentido amplo, importa na infringência do devedor dos deveres que o contrato lhe impunha. Há dolo quando o devedor possui intenção de não cumprir a prestação, sendo que neste caso é indubitável que, por ter propositadamente destruído, por exemplo, a coisa devida, terá de ressarcir o credor, havendo culpa também nos casos em que assume o risco quanto ao incumprimento, por fazer negócios além de suas possibilidades, por exemplo. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ainda destaca a possibilidade a ocorrência de culpa *stricto sensu*, na qual não há o propósito do devedor em afastar o cumprimento, porém este viola dever de diligência, a partir do qual se presume o incumprimento.⁸¹

Neste diapasão, então, temos que há o *inadimplemento imputável* quando o devedor não quiser premeditadamente cumprir a obrigação (havendo dolo direto)⁸² ou quando ocorrer uma impossibilidade superveniente absoluta (total ou parcial), devendo esta impossibilidade ser imputável, restando a cargo do credor o “exercício do direito formativo extintivo”⁸³ à resolução contratual, que é, na conceituação de Araken de Assis o “desfazimento da relação contratual, por decorrência de evento superveniente, ou seja, do inadimplemento imputável, e busca a volta ao *status quo* [...] e constitui exceção notória ao princípio da *estabilidade* do vínculo em virtude de fato adventício”⁸⁴.

A doutrina atual leciona que existe, ainda, a quebra ou violação positiva do contrato, na qual não se verifica propriamente a inexecução do contrato, mas sim o cumprimento defeituoso da obrigação, violando deveres instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva⁸⁵. Assim, temos que há duas espécies de deveres, sendo eles os de prestação (primários, secundários e anexos ligados ao dever principal), os quais tem por finalidade “conferir ao credor determinado benefício por meio de um *direito à*

⁷⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 164.

⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 104-105.

⁸¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Loc. Cit.*

⁸² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Loc. Cit.*

⁸³ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p. 123.

⁸⁴ ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 309.

prestação correspondente ao *dever de prestar*⁸⁶ e, ainda, os de proteção, ou também chamados de laterais ou instrumentais, os quais possuem o escopo de resguardar demais condutas, as quais devam ser tomadas pelas partes durante o *iter* obrigacional.

Ou seja, diferentemente do que ocorre nas outras duas hipóteses anteriormente expostas de inadimplemento, que são as de dolo direto pela intenção premeditada de não cumprir e, ainda, as de impossibilidade superveniente, nas quais o devedor não cumpre com a prestação principal constante no pacto, na quebra positiva temos a ocorrência de quebra de deveres como o de cooperação ou de outros deveres de proteção decorrentes da boa-fé, podendo-se citar os de informação e sigilo, proteção e cuidado, omissão, havendo quem englobe, nesta classificação os casos de cumprimento defeituoso e incumprimento antecipado, pois todas estas hipóteses são advindas de “vícios ou deficiências da prestação efetuada, compreendendo, portanto, também os casos de cumprimento defeituoso e inadimplemento antecipado ou outros casos atinentes não ao “retardo” mas à mora por discrepância com o “lugar” e com o “modo” da prestação⁸⁷.

Esta classificação dos deveres de proteção, assim como a teoria da quebra positiva do contrato (originalmente chamada de *positive vertragsverletzungen*), através da ocorrência de violações contratuais positivas, foi inaugurada por Hermann Staub, que em 1902, “ao verificar que o BGB, tratando dos casos de impossibilidade da prestação e da mora, não regulou todas as hipóteses de incumprimento do contrato, deixando de abranger atos positivos, contrários ao contrato [...] causadores de danos pela ofensa a um outro dever de cuidado ou proteção⁸⁸”. Apesar de inaugurar os estudos acerca do tema, há críticas acerca da nomenclatura utilizada, pois o descumprimento nem sempre é advindo de uma ação positiva da parte, mas ocorre, por vezes, através de uma omissão quanto ao cumprimento de um dever anexo⁸⁹. originalmente de *positive vertragsverletzungen*⁹⁰.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil: do inadimplemento das obrigações**. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 229.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.* p. 227.

⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 124-125.

⁸⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Loc. Cit.*

⁹⁰ USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo código civil. **Revista Jurídica**, nº 304, p.32.

Assim, neste diapasão, conceitua-se a “quebra positiva do contrato como uma lesão culposa da obrigação, que não tenha como fundamento a impossibilidade ou a mora”⁹¹. Também, com os estudos da teoria aqui apresentada, atentou-se para a possibilidade de ocorrência de danos os quais não estão vinculados à ausência de prestação, mas sim ao modo como serão cumpridos, ou descumpridos os deveres de proteção tendo-se em vista a finalidade da obrigação para a qual estão instrumentalizados⁹².

A finalidade do estudo é, assim, a verificação de hipóteses em que da falha no cumprimento dos deveres instrumentais seriam acarretados danos à outra parte ou à terceiros, não sendo mais sustentável, pela perda da confiança, a manutenção da obrigação e acarretando, por isso, o direito à resolução. Portanto, além da mora ou do inadimplemento absoluto, há outras formas de comportamento do devedor, as quais podem ocasionar incumprimento, apesar de não violar deveres de prestação, mas sim de proteção⁹³, sendo exemplos os acima elencados.

Importa dizer, rememorando o conceito abordado pelo tópico anterior, que para que haja o adimplemento, deve ser realizado o conjunto de interesses envolvidos na relação obrigacional, os quais podem ser de uma dupla ordem: “a) podem concernir à prestação derivada do negócio jurídico, mas podem, igualmente, b) dizer respeito à ordem de proteção envolvente das condutas a que estão adstritos os partícipes da relação obrigacional, na medida em que os negócios jurídicos são, também, fatos sociais [...]”⁹⁴, sendo nesta segunda esfera que se assentam as ideias aqui trazidas de quebra positiva e, mais especificamente, de incumprimento antecipado do contrato.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca que melhor classificação à teoria da violação positiva seria a de violação do princípio da boa-fé, pois para ele “a desatenção à boa-fé, que impõe comportamentos adequados já na fase das tratativas [...], na celebração, durante a vigência do contrato e mesmo depois (*culpa post pastum finitum*), tal seja sua gravidade, poderá ensejar a eliminação do

⁹¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. AJURIS: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Ajuris v.15, n.44, NOV/1988, p. 144-152.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 230.

⁹³ *Ibidem*. p. 227.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 228.

interesse do credor em receber a prestação principal, assumindo caráter de incumprimento definitivo”⁹⁵. Apesar das críticas à nomenclatura dada à teoria da quebra positiva do contrato, esta se mantém por estar já há muito consagrada, designando, como dito, a quebra dos deveres instrumentais e, ainda, a quebra antecipada do contrato.

Diante das três hipóteses de inadimplemento imputável, que são, portanto, o dolo direto, a impossibilidade superveniente e a quebra positiva do contrato, analisando-se as circunstâncias adjacentes ao negócio jurídico, e restando evidente que a obrigação não será cumprida integralmente, na forma e tempo avençados⁹⁶, é de se admitir a necessidade de resolução do contrato pela parte prejudicada. Ruy Rosado de Aguiar Júnior destaca, neste diapasão, que é possível a ocorrência do inadimplemento e, por conseguinte, a resolução do contrato, antes da implementação do termo, o que se verifica quando da atuação do devedor contrária ao cumprimento da avença, ou declara expressamente que não adimplirá⁹⁷, o que sem dúvida se enquadra na ideia de violação positiva do contrato, já que o incumprimento não se verifica quanto à obrigação principal (a qual ainda não é exigível), mas quanto aos deveres de cooperação, boa-fé, etc.

Em suma, verificou-se que o inadimplemento se dá quando o devedor não cumpre a obrigação no tempo, modo e local avençados, tornando a prestação fora destes parâmetros inútil ao credor, o qual possuía legítima expectativa no cumprimento. Neste tópico houve a classificação do inadimplemento em absoluto e relativo, sendo que mesmo no segundo caso poderá haver o direito a resolução, pois o credor não é obrigado a receber prestação diversa da avençada. O inadimplemento se dá, então, por uma escolha deliberada do devedor em não cumprir, por um comportamento contrário ao adimplemento, ou, ainda, por uma impossibilidade, a qual poderá ser, como se verificou, originária ou superveniente, subdividindo-se, esta segunda em absoluta ou relativa, tendo sido observado que apenas a superveniente absoluta libera.

⁹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 126.

⁹⁶ USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo código civil. **Revista Jurídica**, n° 304, p.15.

⁹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Loc. Cit.*

Nos casos expostos de impossibilidade, ou de expressa manifestação de não cumprimento por parte do devedor, destacou-se a imputabilidade que recairá sobre o devedor, o qual, neste caso, terá de ressarcir o credor naquilo que já despendeu e, ainda, indenizar quanto às perdas e danos. Por fim, neste tópico, verificou-se forma diversa de resolução contratual, a qual se dá pela quebra dos deveres instrumentais já conceituados, sendo, então denominada como quebra positiva do contrato. O questionamento que se faz, a partir de todo o estudo, é quanto a possibilidade de resolução contratual anteriormente à ocorrência do termo, pois temos que o devedor se manifestará quanto ao incumprimento em momento anterior, assim como a quebra de deveres. Foi diante deste pensamento e questionamento, que surgiu a ideia de resolução por quebra antecipada do contrato, sobre o que se discorrerá no próximo capítulo.

3 INADIMPLENTO ANTECIPADO NO DIREITO BRASILEIRO

No capítulo anterior, verificou-se que o escopo da obrigação é o adimplemento, através da satisfação completa, em tempo e forma, do credor. Observou-se, porém, que em muitos casos a relação negocial não chega a ser cumprida, momento em que se dá o inadimplemento, o qual, no caso de ter ocorrido por recusa expressa, por impossibilidade imputável ao devedor ou por violação positiva do contrato pela quebra de deveres instrumentais, perfectibilizará o direito do credor à resolução do contrato com o seu retorno ao *status quo ante*, através da restituição daquilo que pagou e ainda, caso ocorram, do ressarcimento de suas perdas e danos.

Temos que, “identificado, na abordagem tradicional, como cumprimento exato da prestação ajustada, o adimplemento resumia-se a um ato pontual do devedor: a entrega da coisa, a restituição do objeto, a realização do ato devido. Ao que se passava antes ou depois desse ato pontual era indiferente”⁹⁸. Atualmente, contudo, há um reconhecimento de que a relação obrigacional ultrapassa, transcende em muito a ideia de que a obrigação se resume à prestação devida, sendo que a noção de obrigação vem se modificando no sentido de entender que existem “direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum”⁹⁹, sendo que, nesse sentido, se mostram de grande importância os deveres instrumentais, ou de proteção, os quais, como já trazidos no capítulo anterior, impõem comportamentos que vão além da execução da prestação principal, como meio de manutenção da confiança e da boa-fé entre os contratantes, para que se cumpra a função social do contrato.

Neste sentido é que se questiona a necessidade de fazer com que o credor tenha de esperar a transcorrência de todo o prazo pré-estabelecido no contrato, mesmo que tenha verificado a impossibilidade do devedor de cumprir a obrigação no tempo avençado, ou tenha o devedor descumprido com os deveres instrumentais ou, ainda, como dito, em caso de expressa manifestação neste sentido. Ou seja, diante da verificação da função social do contrato, dos deveres de colaboração,

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, Padma v.8, n.32, out./dez. 2007, p. 3-27. P.10

⁹⁹ *Ibidem*, p. 8-9.

cooperação e boa-fé objetiva, não seria mais adequado que houvesse a possibilidade deste credor resolver a obrigação, para restar liberado?

Este capítulo dará conta de analisar, então, o nascimento do instituto da quebra antecipada do contrato, suas características e fundamentos, assim como a sua recepção pela doutrina e jurisprudência brasileiras, buscando a verificação de sua aplicação no ramo do Direito Consumerista, no qual se constata muitas vezes, a necessidade do consumidor esperar o escoamento do prazo estabelecido no contrato, o qual é no mais das vezes de adesão, para daí sim, poder buscar a resolução, assim como o devido ressarcimento. Neste capítulo, então, ao seu final, será enfatizada a análise da hipótese específica da incidência do incumprimento antecipado nos contratos imobiliários de venda de imóvel na planta e a incidência do direito do consumidor nestas relações.

3.1 Origens do instituto e recepção pelo Direito privado brasileiro

A doutrina da quebra antecipada do contrato teve início na Inglaterra, em 1853, quando do julgamento do caso *Hochster v. De la Tour*, o qual, apesar de não ter sido o primeiro caso a versar sobre a quebra antecipada, mas é considerado, desde então como o *leading case*¹⁰⁰. O caso era de um contrato de prestação de serviços, pelo qual *Hochster* foi contratado como mensageiro de *De la Tour*, para que na data de 1º de junho o acompanhasse em uma viagem. Ocorre que em 11 de maio, *De la Tour* enviou a *Hochster* uma correspondência, na qual dizia não mais precisar de seus serviços, e que não pagaria qualquer compensação a este.

Em 22 de maio, *Hochster* ingressou com ação em face do, agora réu, *De la Tour*, sob a alegação de que a recusa expressa do agora réu em manter o pactuado, caracterizaria o inadimplemento do contrato. O réu, em resposta, alegou que tendo enviado comunicado prévio à data do início da prestação, *Hochster* não teria de se colocar à disposição e, por isso, não teria que receber nada, pois inclusive poderia

¹⁰⁰ ROWLEY, Keith A. **A brief History of Antecipatory Repudiation**. Cincinatti Law Review, Cincinatti, 2001, p. 273-275 *apud* ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 149.

aceitar outro trabalho para aquele mesmo período. Na decisão, final, *Lord Campbell*, o relator deste caso, entendeu pela desnecessidade do autor aguardar o advento do termo contratual, para que só daí pudesse ajuizar a ação, julgando procedentes os pedidos do autor e, ainda, condenando *De la Tour* à indenização cabível¹⁰¹, tendo se manifestado, o relator, da seguinte forma: “Não se poderia estabelecer como princípio universal que, na presença de estipulação convencional de cumprir tal ato a tal data futura, não se possa intentar ação fundada sobre a ruptura do contrato antes do dia fixado para cumprimento desse ato”¹⁰².

Após este julgado, outros vieram neste sentido, como *Frost v. Knight*¹⁰³, *Equitable Trust Co. v. Western Pacific R. Co.*¹⁰⁴ e *Tenaviosion Inc. v. Neuman*¹⁰⁵, assentando que o repúdio ao cumprimento, seja ele implícito ou explícito, gera à parte contrária direito de ação, ainda que em momento anterior ao termo, com a intenção de que se protegesse a legítima expectativa do credor de ver cumprido o pacto¹⁰⁶. À esta doutrina deu-se o nome de *anticipated breach of the contract*. O direito francês, mais tarde, consagrou em seu Código Civil, no artigo 1.146 que o advento do termo constitui e caracteriza a mora e, quando somado à impossibilidade de cumprimento, gera a figura do inadimplemento absoluto¹⁰⁷.

Apesar destes casos acima destacados terem sido julgados no século XIX, a doutrina da quebra antecipada apenas veio a ter alguma positividade em país de *Civil Law* já quase na metade do século XX, com a entrada em vigor do novo Código Civil italiano, no qual constava no artigo 1219 que:

¹⁰¹ GILSON, Bernard. **Inexécution et Résolution em Droit Anglais**, LGDJ, Paris, 1969, p. 58-59. *Apud* ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 149.

¹⁰² BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato in *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 12 - Outubro/Dezembro, 1994, p. 72.

¹⁰³ CHESIRE, FIFOOT & FURMSTON'S, **Law of Contract**, 11ª Edição, Butterworths, Londres, 1981, p.484 *apud* ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 150.

¹⁰⁴ AZULAY, Fortunato, **Do inadimplemento Antecipado do Contrato**, Rio de Janeiro: Rio/Brasília, 1977. p, 103.

¹⁰⁵ FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F.; SANGER, Carol. **Contracts: Cases and Materials**, 6ª Ed., Foundation Press, New York, 2001, p. 740 *apud* ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 150.

¹⁰⁶ BECKER, Anelise. *Op. Cit.* p.73.

¹⁰⁷ ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 150.

1219 il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto (1308;att.160).

Non è necessaria la costituzione in mora:

1. Quando il debito deriva da fatto illecito (2043 e seguenti);
2. Quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione; [...] ¹⁰⁸

Nesta disposição, temos que não será necessária a constituição da mora, quando o devedor declarar que não mais cumprirá com a obrigação. Porém, inda que o texto legal aqui trazido se mostre um tanto quanto limitado, sua positivação foi de suma importância para que países de *Civil Law* passassem a discutir a possibilidade da *antecipatory breach of contract*.

Por conseguinte, importa destacar, que de forma diversa do ordenamento inglês, o qual não traz distinções quanto às espécies de inadimplemento, de modo que “tudo que não for aquele cumprimento estipulado é considerado como uma quebra da promessa de garantia feita – *breach of contract*”¹⁰⁹, ordenamentos como o brasileiro e o argentino, traçam diversas classificações, à exemplo da diferenciação entre inadimplemento absoluto ou relativo ou até da distinção entre mora e quebra positiva do contrato ou, ainda, entre mora e cumprimento defeituoso¹¹⁰. É nesse ponto, então, que reside a explicação para a diferença entre o tratamento que dão os sistemas de *Common Law* e *Civil Law* ao inadimplemento.

Diante disso, por não ter refinadas distinções quanto à matéria de inadimplemento, os países que inauguraram a doutrina do *antecipatory breach of contract* tiveram de encontrar uma solução para casos em que o devedor, ainda, antes da ocorrência do termo, afirma ou demonstra que não cumprirá. O primeiro instituto reconhecido foi o do *antecipatory non performance*, “que enseja ao credor uma escolha: ou exerce a pretensão resolutória ou pede a manutenção do contrato, se não tiver necessidade de atos cooperativos por parte do devedor, com o que

¹⁰⁸ ITÁLIA. **II Codice Civile Italiano**. Disponível em:

<[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_\(em_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf)>acesso em 05/05/15, às 16:11h.

¹⁰⁹ ZITSCHER, Herriet Christine. Introdução ao direito civil alemão e inglês. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 152 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 34.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 33-34.

nasce o seu direito a pedir em *debt* o preço contratual¹¹¹”, estando prevista, tal ideia, nos Estados Unidos, no artigo 2-610 do *Uniform Commercial Code*¹¹², o qual determina, em suma, que qualquer das partes que se sentir prejudicada, ao verificar que a outra parte atua no sentido contrário ao cumprimento da avença, ou de forma a diminuir o valor do bem ou serviço contratado, poderá utilizar de qualquer remédio bastante à quebra do contrato¹¹³.

Os primeiros autores brasileiros a falarem acerca destes temas foram Serpa Lopes em 1959, quando defendeu a possibilidade da quebra positiva¹¹⁴ e Fortunato Azulay em 1977, ao lecionar acerca da necessidade de aceitação do incumprimento antecipado em nosso ordenamento, ao dizer que poderia haver interpretação analógica deste instituto junto ao da *exceptio non adimpleti contractus*, do artigo 1.902 do CC/16¹¹⁵. Apesar destas manifestações doutrinárias, tais ideias não tiveram maior repercussão, havendo apenas um julgado contemporâneo a tais lições, o qual adveio do TJ/RS, no ano de 1983, pela relatoria de Athos Gusmão Carneiro¹¹⁶, sendo o estudo de Anelise Becker recaído sobre tal julgado¹¹⁷.

Um pouco antes, porém, em 1980, houve a ratificação da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, fato o qual permitiu que outros países de *Civil Law*, para além da Itália, como a França e Argentina, que foram signatários

¹¹¹ Refere-se ao caso *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] AC 413, referido por MONTANIER, J. C. e SAMUEL, G. *Le contract en droit anglais*. Grenoble: PUG, 1999, p. 114 et. seq. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 35.

¹¹² § 2-610. *Anticipatory Repudiation*.

When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may (a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or (b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and (c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704). Disponível em <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-610>. Acesso em 23.06.15, às 22:39.

¹¹³ ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 151.

¹¹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 291-295.

¹¹⁵ AZULAY, Fortunato. **Do inadimplemento Antecipado do Contrato**, Rio de Janeiro: Rio/Brasília, 1977. p. 111 et. seq.

¹¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 582000378, 1º Câmara Cível, Relator Des. Athos Gusmão Carneiro, julgada em 08.02.1983, RJTJRS 97/397.

¹¹⁷ BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato: **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, n.12, Outubro/Dezembro, 1994, p.68-78.

da Convenção, fossem estimuladas a levar para seus ordenamentos tais conceitos¹¹⁸. No artigo 72 do texto da Convenção, restou estipulado 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”¹¹⁹. Ainda, a referida Convenção prevê que “Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a resolução do contrato deve notificar a outra parte, em condições razoáveis, para permitir a esta dar garantias suficientes da boa execução das suas obrigações”¹²⁰, não sendo tal notificação necessária, porém, no caso em que a outra parte expressamente declarou que não iria mais executar suas obrigações.

Há quem entenda, porém, que tal direito à resolução estaria mais aproximado a um dever da parte credora de não agravar sua perda, visto que se atribui à doutrina da mitigação das perdas a inspiração para a criação da *anticipated breach of contract*. A *doctrine of mitigation* estabelece que o credor que se sentir lesado por algum comportamento da parte devedora, deverá que agir de forma a não agravar a sua perda¹²¹. Anelise Becker afirma que é a doutrina da mitigação que determina a possibilidade da quebra antecipada do contrato¹²², sendo consideradas, tais doutrinas, inclusive, como figuras correlatas ao princípio da boa-fé objetiva. A doutrina inglesa da mitigação foi positivada em 1980, por diversos países de *Civil law*, quando da ratificação da Convenção de Viena sobre venda Internacional de mercadoria, servindo de inspiração, inclusive, para a confecção do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil, na qual consta que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento de seu próprio prejuízo”¹²³.

¹¹⁸ ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 152.

¹¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**, de 1980. Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf> acesso em 05/06/15, às 17:14.

¹²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**, de 1980. Disponível em:

<http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf> acesso em 05/06/15, às 17:14.

¹²¹ ANDRADE, Luís Tomás Alves de. *Op. Cit.*, p. 147.

¹²² BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato: **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, n.12, Outubro/Dezembro, 1994, p.74.

¹²³ ANDRADE, Luís Tomás Alves de. *Op. Cit.*, p. 148.

A problemática da quebra antecipada também foi abordada pela *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* de 2004¹²⁴, que estabeleceu em seu artigo 7.3.3¹²⁵, que antes da data estipulada para o cumprimento da prestação, caso uma das partes demonstre que não adimplirá com a obrigação, poderá, a outra parte por fim ao vínculo contratual, podendo, assim, resolvê-lo. Junto ao texto do artigo, há o comentário¹²⁶, no qual resta claro o entendimento de que um não-fazer, quando devido, equipara-se a um incumprimento. Ou seja, aqui se observa que quando não houver colaboração e/ou quando houver impossibilidade imputável pela inércia na realização do estipulado, concretizado está o inadimplemento, garantindo ao outro o direito à resolução.

No Brasil, apesar deste conceito ser atualmente difundido e aceito na doutrina, não temos ainda número significativo de decisões judiciais acerca do tema. Porém, como *leading case*, considera-se a decisão do nosso Superior Tribunal de Justiça, o REsp 309.626/RJ¹²⁷, o qual tratou exatamente do tema do presente estudo, que é o do incumprimento antecipado, quando da impossibilidade da construtora entregar imóvel, comprado na planta, dentro do prazo contratual, sendo decidido que, no caso de ser evidente que a construtora não conseguiria entregar na data o imóvel, descumprindo, portanto, a avença, poderá o promissário comprador pedir a resolução do contrato, tendo ressarcidos seus prejuízos, pela devolução do montante já pago.

No caso, o incumprimento se tornou evidente, diante do fato de que após longo tempo decorrido da assinatura do contrato, a obra ainda estava em estágio

¹²⁴UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, de 2004. Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>> acesso em 05/06/2015, as 17:28.

¹²⁵ *ARTICLE 7.3.3 (Anticipatory non-performance) Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.*

¹²⁶ *COMMENT: This article establishes the principle that a non-performance which is to be expected is to be equated with a non-performance which occurred at the time when performance fell due. It is a requirement that it be clear that there will be non-performance; a suspicion, even a well-founded one, is not sufficient. Furthermore, it is necessary that the non-performance be fundamental and that the party who is to receive performance give notice of termination. An example of anticipatory non-performance is the case where one party declares that it will not perform the contract; however, the circumstances also may indicate that there will be a fundamental non-performance.*

¹²⁷DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 309.626/RJ. 4º Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 07.06.2001. DJ: 20.08.2001, p. 479. Ementa: Promessa de compra e venda. Resolução. Quebra antecipada do contrato. Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. Recurso não conhecido.

inicial, nas fundações, demonstrando-se que seria impossível a adimplência. Neste caso, então, escolheu-se pela liberação das partes¹²⁸. Neste julgado, o Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior se manifestou no sentido de que “quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária à avença, demonstrando firmemente que não cumprirá o contrato, pode a outra pleitear a sua extinção”, afirmando, ainda, que não se verifica nenhum interesse social na manutenção de um vínculo, o qual se encontra gravemente ferido. No caso em comento, então, “desapareceu a chance de satisfação, e com ela, a função social¹²⁹”.

Miguel Labouriau estrutura o instituto da quebra antecipada em duas esferas, primeiramente por seu elemento objetivo e, depois pelo subjetivo¹³⁰. Os elementos objetivos de verificação do incumprimento antecipado se fundam no comportamento do devedor, o qual repudia o cumprimento da prestação, podendo fazê-lo de através de manifestação expressa, sobre o que já se tratou, a qual deverá ser revestida de certeza, seriedade e determinação¹³¹, ou, ainda, através de comportamento ou conduta concludente do devedor, a qual demonstre que há impossibilidade quanto à prestação, ou seja, o agir do devedor deve ter o condão de impossibilitar o cumprimento da prestação, por exemplo, no caso de que haver grande atraso na prestação obrigacional, a tal ponto que “no momento do advento do termo o retardo será tão significativo que culminará com a perda do interesse do credor no recebimento da prestação. O exemplo recorrente é o da construtora, que, em sede de contrato de compra e venda de unidades imobiliárias, atrasa demasiadamente o início das obras¹³²”, como se demonstrou do julgado trazido anteriormente.

Neste diapasão, Aline Terra faz importante análise, endossando a necessidade de verificação da conduta do devedor, na qual destaca que para a averiguação de ocorrência de hipótese ensejadora de quebra antecipada, há que se observar e demonstrar que o devedor permaneceu inerte desde o início, sem que tenha praticado qualquer ato na direção do adimplemento¹³³, o que, retomando-se

¹²⁸ USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos**: temas atuais. 2.ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012. p, 68.

¹²⁹ *Ibidem.* p, 77.

¹³⁰ LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 97.

¹³¹ TERRA, Aline. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 161.

¹³² LABOURIAU, Miguel. *Op. Cit.*, p. 99.

¹³³ TERRA, Aline. *Op. Cit.* p. 180-181.

os conceitos anteriormente trazidos, demonstra quebra de deveres instrumentais de colaboração, diligência e, portanto, de boa-fé. Ou seja, para haver a caracterização inequívoca do incumprimento antecipado, há que restar demonstrado que não há possibilidade de entrega do avençado no termo contratado, tornando a prestação inútil ao credor, assim como, que mesmo no caso de possibilidade de entrega no prazo, o devedor terá de fazer esforço extraordinário para tanto, tornando, então, cindida de impossibilidade a prestação¹³⁴.

Quanto aos elementos subjetivos da estruturação lógico-sistemática do incumprimento antecipado, Miguel Labouriau destaca que “o inadimplemento das obrigações está intrinsecamente relacionado à ideia de culpa na prestação. O inadimplemento decorre de violação de um dever contratual ou legal que corresponda a uma conduta faltosa do devedor”¹³⁵. Como elemento subjetivo de configuração da quebra antecipada, portanto, temos a imputabilidade do devedor faltoso, o que não se verificará quando da existência de caso fortuito ou força maior. Assim, portanto, temos que para o credor obter o direito à resolução por incumprimento antecipado, há que se verificar a ocorrência do elemento objetivo, a partir da análise da conduta do devedor (através de expressa negativa de cumprimento, impossibilidade, ou havendo quebra de deveres instrumentais) e, ainda, do elemento subjetivo, que é a imputabilidade.

Mostra-se importante, neste momento, que se diferencie o vencimento antecipado do contrato da ideia de quebra antecipada, pois na primeira hipótese temos que a obrigação adquire eficácia antes do prazo previamente estipulado pelas partes, “por força de lei, quando da ocorrência de alteração fática que afete as garantias gerais ou especiais do credor no plano concreto”¹³⁶. O que se está a estudar, no presente trabalho, é a possibilidade de resolução por incumprimento antecipado das obrigações, quando da ocorrência de inadimplemento imputável ao devedor, ainda antes do termo, havendo que se destacar a existência de um mutualismo entre as teorias do inadimplemento antecipado e a do adimplemento

¹³⁴ TERRA, Aline. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 180-181.

¹³⁵ LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 101.

¹³⁶ CATALAN, Marcos Jorge. Considerações iniciais sobre a quebra antecipada do contrato e sua recepção pelo direito brasileiro. Disponível em <<http://www.diritto.it/archivio/1/26875.pdf>>, acesso em 20.06.15, às 15:35. p. 10.

substancial, na medida em que apenas se pode conceber o inadimplemento antes do termo no caso deste comportamento do devedor afetar parte substancial do contrato, ou seja, “o limite da aplicação do inadimplemento antecipado é o inadimplemento substancial”¹³⁷.

Apesar de o incumprimento antes do termo ser diverso do vencimento antecipado, havia quem dissesse (a exemplo de Fortunato Azulay¹³⁸) que a natureza jurídica de ambos era a mesma, falando de uma situação de pré-inadimplência pela deterioração patrimonial do devedor, sendo que tal posição não se mostra a mais adequada, diante do entendimento de que as hipóteses do artigo 333 da nossa Lei Civil não tratam de inadimplemento, mas sim de enfraquecimento da garantia do débito, ou seja, da possibilidade de um inadimplemento¹³⁹, o qual ainda não se verificou, distanciando-se em muito, neste ponto, do incumprimento antecipado, no qual já há, antes do termo, a ocorrência de um incumprimento verificável.

Ainda no que tange à natureza jurídica do inadimplemento antecipado, temos outra corrente doutrinária, a qual é acolhida pela parte majoritária da jurisprudência e da doutrina, à exemplo de Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁴⁰, Anelise Becker¹⁴¹, Raphael Manhães Martins¹⁴², classificando este instituto como modalidade de quebra positiva do contrato, sobre a qual já se discorreu, podendo, porém, ser sintetizada como “o inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha vinculação direta com os interesses do credor na prestação”¹⁴³. Os defensores desta corrente, afirmam que não há possibilidade de se enquadrar a quebra antecipada como inadimplemento absoluto ou mora, já que não há a perfectibilização do termo, do prazo contratualmente estabelecido.

¹³⁷ LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 100.

¹³⁸ AZULAY, Fortunato, **Do inadimplemento Antecipado do Contrato**, Rio de Janeiro: Rio/Brasília, 1977. p, 111-116.

¹³⁹ LABOURIAU, Miguel. *Op. Cit*, p. 102.

¹⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 128.

¹⁴¹ BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato in **Revista de Direito do Consumidor**, n.º 12 - Outubro/Dezembro, 1994, p. 75.

¹⁴² MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 391, ano 103, mai./jun.. 2007, p.172 e 177.

¹⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268.

Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que no caso de incumprimento antecipado da avença, não se pode vislumbrar quebra da obrigação principal de forma absoluta, pois ainda não houve, de fato, a ocorrência do termo, ou seja, entende que em não havendo ainda o momento oportuno para a exigibilidade, não há razão, diante do incumprimento, de se esperar tal momento, visto que “há quebra da confiança quanto ao futuro cumprimento, não havendo nenhum interesse social na manutenção de um vínculo que, por tais razões encontra-se gravemente ferido”¹⁴⁴. Miguel Labouriau, no entanto, entende que o fato de não ter ocorrido o termo, não é a razão determinante para se enquadrar a quebra antecipada como violação positiva do contrato, mas sim, por outro lado, pelo fato de ter ocorrido um “atentado culposos a um dever instrumental decorrente da boa-fé que não esteja relacionado diretamente com o dever principal”¹⁴⁵, ou seja, nesta ideia, há a quebra positiva pela ocorrência de violação de deveres como os de lealdade e probidade, com o afastamento, portanto, da boa-fé objetiva e não pelo fato do não escoamento do prazo contratual.

Jorge Cesa Ferreira da Silva possui um entendimento tido como eclético em relação à corrente acima trazida, considerando que o inadimplemento antecipado poderia ser considerado ora como quebra positiva, quando derivar de violação de dever lateral advindo da boa-fé, e ora como inadimplemento absoluto, quando houver afronta, antes do termo, a deveres relacionados diretamente à prestação principal¹⁴⁶. Apesar disso, existe, ainda, a terceira corrente doutrinária acerca da identificação da natureza jurídica do incumprimento antecipado, a qual acredita que este é “uma situação peculiar do inadimplemento que, conforme o caso concreto, configurar-se-ia como mora ou como inadimplemento absoluto”¹⁴⁷.

Os defensores desta terceira corrente, como Aline Terra¹⁴⁸, possuem o entendimento de que a partir de uma leitura funcionalizada do adimplemento, é possível se atribuir um caráter instrumental ao cumprimento da obrigação, não

¹⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 128.

¹⁴⁵ LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 106.

¹⁴⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 264.

¹⁴⁷ LABOURIAU, Miguel. *Op. Cit.* p. 107.

¹⁴⁸ TERRA, Aline. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, *passim*.

sendo necessário, portanto, que seja criada uma figura diferenciada de inadimplemento. Assim, por se considerar que a satisfação da obrigação seja o atingimento do resultado estipulado pelos contratantes, qualquer violação de dever obrigacional, seja ele instrumental, primário, secundário, lateral, implicará em afronta ao escopo obrigacional, gerando invariavelmente inadimplemento e, por isso, ensejando o direito à resolução¹⁴⁹. “Revisitado o conceito de adimplemento, de modo a corroborar a necessidade de um exame que abarque o cumprimento da prestação contratada também sob seu prisma funcional, as hipóteses hoje solucionadas com o uso da violação positiva do contrato tendem a recair no âmago interno da própria noção de adimplemento¹⁵⁰”, ou seja, caso se entenda que todas as espécies de deveres estão englobados na ideia de prestação devida, então não haveria que se falar em violação positiva do contrato¹⁵¹.

Esta corrente mostra coerência, diante da verificação de que independentemente do elemento objetivo do incumprimento, seja por negativa expressa de cumprimento, ou por comportamento concludente contrário ao adimplemento, haveria violação à prestação devida¹⁵², pois mesmo os deveres instrumentais de proteção estariam abarcados na ideia de prestação ideal, não estando, portanto, apartados das demais espécies de deveres e sua quebra, por conseguinte, também inviabiliza o cumprimento, não havendo, assim, motivos para que sejam analisados de forma separada. Ou seja, nesta linha de interpretação, o incumprimento antecipado não possuiria natureza jurídica diversa dos demais tipos de inadimplemento.

Por existirem diversas correntes acerca da natureza jurídica do incumprimento antecipado, existem também, por conseguinte, diversas linhas de fundamentação do instituto, para aqueles que acreditam ser o incumprimento antecipado espécie de quebra positiva, o fundamento na quebra dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança, para a parte majoritária da doutrina, então, “o motivo justificante da viabilidade do inadimplemento antecipado é a cláusula de boa-fé

¹⁴⁹ LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 108.

¹⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, Padma v.8, n.32, out./dez. 2007, p. 3-27, p. 17.

¹⁵¹ LABOURIAU, Miguel. *Op. Cit.* p. 109.

¹⁵² LABOURIAU, Miguel. *Op. Cit.* p. 110.

objetiva que exige das partes um comportamento probo e honesto, instalando no ambiente obrigacional a cooperação recíproca entre as partes¹⁵³”. Para os defensores da ideia de que o incumprimento antecipado é espécie comum de inadimplemento, o motivo justificante do instituto estará calcado na funcionalização do termo contratual e a consagração dos deveres laterais como “parte incidível da prestação principal”¹⁵⁴, ampliando, portanto, a noção de adimplemento.

Parte importante do estudo da doutrina do incumprimento antecipado é a verificação da sua viabilidade, bem como da sua aplicabilidade em nosso sistema jurídico. A recepção do conceito se deu primeiramente na doutrina, com os já citados estudos de Serpa Lopes e Fortunato Azulay, posteriormente por Ruy Rosado de Aguiar Júnior através da sua obra sobre a extinção dos contratos por incumprimento do devedor, Araken de Assis, entre outros.

Paulatinamente, as ideias carreadas pela doutrina, foram, então, sendo trazidas aos tribunais, exemplificando-se pelos dois exemplos de julgados anteriormente trazidos, um proveniente do nosso Egrégio Tribunal de Justiça gaúcho, do ano de 1983 e, também, outro do STJ, datado de 2001, os quais demonstram a recepção do instituto de forma vanguardista, ainda que de forma embrionária. À época destes julgados, anteriores ao atual código, questionava-se, então, se no novo diploma haveria guarida ao incumprimento antecipado, sendo isso verificável a partir do dizer de Vera Fradera: “Entendemos que com a adoção do novo Código Civil, as possibilidades de acionar o devedor por quebra do contrato serão maiores, desde que há o art. 422.¹⁵⁵”.

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, verificando a existência, também, dos julgados já apontados “a doutrina voltou ao tema, situando o inadimplemento antecipado como uma das eficácias do princípio da boa-fé objetiva e se ocupando em delinear os requisitos exigíveis à sua aplicação¹⁵⁶”, assinalando a doutrina, que apesar de as disposições legais limitarem os efeitos do incumprimento

¹⁵³ LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 113.

¹⁵⁴ LABOURIAU, Miguel. *Loc. Cit.*

¹⁵⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. **AJURIS: Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Ajuris v.15, n.44, NOV/1988, p. 144-152.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 39.

antecipado, “não vedam a admissão da figura em seu aspecto global”¹⁵⁷, sendo que sob uma perspectiva finalista e funcional cabe “aproximar a operatividade da boa-fé como mandamento de correção do próprio escopo da Doutrina, pois não seria probo (art. 422, CC/02) deixar o credor inerte e de mãos amarradas, no aguardo de um adimplemento que certamente não virá”¹⁵⁸. Assim, no dizer de Daniel Ustárroz, “se houver sérios indícios objetivos, aptos a formar juízo conclusivo no sentido do fatal inadimplemento não há razão para ser mantido o vínculo”¹⁵⁹, pois para o mesmo autor “não há sentido jurídico em se preservar contratos que não serão executados”¹⁶⁰.

Neste diapasão, há que se fazer importante observação, no sentido do perigo da indistinção entre os campos normativos de atuação do princípio da boa-fé objetiva¹⁶¹, no tocante em que há que se diferenciar relações entre desiguais, como as de consumo, das de direito civil comum, como as empresariais. Nas relações consumeristas, temos que há forte assimetria social, não se podendo, portanto, dar soluções idênticas a “hipóteses estrutural e funcionalmente díspares”¹⁶², sendo importante que se leve em conta, portanto, “o princípio da materialidade das situações subjacentes”¹⁶³, o qual possui esta ideia como conceito.

Em suma, observou-se através da contextualização histórica, o surgimento do instituto do incumprimento antecipado, tendo sido analisado seu nascimento, na Inglaterra, seu desenvolvimento nos países de *Common Law*, sua chegada e aceitação em países de *Civil Law*, até sua recepção no ordenamento brasileiro, a qual se deu, primeiramente em sede doutrinária, no final dos anos 50 com Serpa Lopes e em 1977 com Fortunato Azulay. Verificou-se, após, que apesar do instituto

¹⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 261.

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 39.

¹⁵⁹ USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2.ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012. p. 81.

¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 82.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.* p. 39.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *Op. Cit.* p. 40.

¹⁶³ MENEZES CORDEIRO, A. M. Tratado de direito civil português. I. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 238. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 40.

da quebra antecipada encontrar guarida na doutrina, o *leading case* proveniente do nosso Colendo STJ apenas foi julgado no primeiro ano do século XXI.

Também, no que tange o instituto da quebra antecipada do contrato, foi trazido neste tópico, depois do desenrolar histórico, quais são seus elementos formadores, natureza jurídica, bem como aplicabilidade e recepção por nosso ordenamento. Temos então, que seus elementos objetivos são ligados ao comportamento do devedor, estando os subjetivos ligados à imputabilidade deste. Quanto à natureza jurídica, há diversas correntes doutrinárias, sendo majoritária aquela que considera a quebra antecipada como espécie de violação positiva do contrato, através da quebra dos deveres instrumentais. Ainda, há a corrente que considera o incumprimento antecipado instituto semelhante ao vencimento antecipado, há o entendimento que o considera ora tipo de quebra positiva, ora espécie de inadimplemento absoluto e, mais modernamente, de que o incumprimento antecipado possui a mesma natureza jurídica do inadimplemento, pelo fato de que seriam os deveres instrumentais partes constantes da obrigação principal e não deveres anexos ou laterais, não necessitando da criação de uma nova natureza para a classificação deste.

Finalizada esta parte do estudo, então, observou-se a recepção do instituto da quebra antecipada do contrato por nosso sistema jurídico, diante das ideias de manutenção da boa-fé, confiança e cooperação, as quais devem ser princípios e práticas balizadoras desde o primeiro momento da relação obrigacional. Assim, havendo um inadimplemento verificável ainda antes do escoamento do prazo contratual, não há justificativas para a exigência de que o credor aguarde o implemento do termo, para só daí poder ver resolvida a obrigação e se ver liberado, havendo nesta hipótese a violação frontal da probidade, a qual é inclusive trazida como requisito legal aos contratos, pelo nosso código civil.

Nesse sentido, importa a análise do tema da quebra antecipada frente às relações de consumo, diante da discrepância de forças entres os sujeitos envolvidos nesta, assim como, por isso, a necessidade de proteção do consumidor, sendo o que se fará no próximo tópico. Ao final deste, será ainda verificada a aplicação deste instituto na hipótese específica dos contratos imobiliários de compra e venda de

imóveis na planta, a forma de responsabilização do incorporador, assim como os danos a serem ressarcidos por este, no caso de inadimplemento antes do termo.

3.2 Aplicação do incumprimento antecipado aos contratos de incorporação imobiliária sob a luz do CDC

Temos que o presente trabalho busca analisar a incidência do incumprimento antecipado da obrigação, principalmente nos contratos imobiliários, cujo objeto seja a venda de imóveis não prontos, na planta. Merece inicialmente, assim, a análise destas relações obrigacionais sob o prisma do Direito consumerista, destacando-se, primeiramente, a possibilidade de aplicação das disposições do CDC a estes contratos e, por conseguinte, a possibilidade de resolução por quebra antecipada, nos casos de incumprimento do devedor, assim como a forma de responsabilização do incorporador no ressarcimento dos danos.

Importa já de pronto destacar, então, que nos contratos de incorporação imobiliária, há uma venda antecipada das unidades, seja de casas, apartamentos, ou imóveis comerciais, para que com isso o incorporador, seja ele pessoa física ou jurídica, arrecade montante em dinheiro, o qual lhe possibilite dar andamento às obras¹⁶⁴. Estes negócios são firmados maciçamente através de contratos de promessa de compra e venda, sendo que “nesses instrumentos, previamente elaborados pelas empresas, promitente-vendedoras, vêm contidas todas as cláusulas das operações contratuais previstas em série uniformizada pelo intermédio da padronização daquelas cláusulas assim predispostas”¹⁶⁵. Assim, nestes contratos o promitente vendedor se compromete em construir e, depois, mediante o pagamento feito pelo promitente comprador, transmitir a propriedade do bem imóvel, nas especificações avençadas contratualmente. Neste sentido, o enquadramento do incorporador como fornecedor de produtos ou serviços não possui maiores óbices,

¹⁶⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. p, 437.

¹⁶⁵ TOMASETTI JR., Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. Revista de Direito do Consumidor, n.2, 1992, p. 53.

visto que este expressamente se enquadra no que dispõe o artigo 3º do CDC, cujo texto segue:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, **construção**, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou **imóvel**, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso) ¹⁶⁶

Importa destacar, que a caracterização do fornecedor de produtos, para a legislação consumerista, passa pela verificação do desenvolvimento de “atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção e a importação”¹⁶⁷, sendo que tais características são importantes, para que se exclua do âmbito consumerista aquelas relações puramente civis, entre não profissionais, “pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”¹⁶⁸. Através disso, então, exclui-se a compra e venda de imóveis entre particulares da apreciação do direito do consumidor, tutelando, este, apenas as relações entre o construtor e incorporador profissionais, os quais percebem lucro com a atividade exercida, em face da contraprestação dada pelo consumidor através do pagamento do montante estabelecido no contrato.

Ou seja, o construtor promete que construirá o prédio, ou a casa, conforme as especificações e pelo preço ajustado (obrigação de fazer), comprometendo-se, ainda, quando da finalização desta obra, em transmitir a propriedade para o comprador (obrigação de dar). A partir disso, então, por um entendimento extensivo, aquele que adquire um imóvel de um incorporador, que é o promitente comprador, também se enquadra nas disposições do CDC como consumidor, mais especificamente as do artigo 2º, o qual dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, sendo

¹⁶⁶ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24.06.15, às 01:32.

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 100.

¹⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Loc. Cit.*

que este é o sujeito a ser protegido nesta relação, o qual aparece quando há um fornecedor na relação¹⁶⁹.

O consumidor a que se refere o artigo 2º do CDC, acima citado, é o chamado de *standard*, que é o consumidor padrão, por ser este que adquire o produto ou contrata o serviço, para seu uso, como destinatário final. Porém, há que ser mencionada a existência de outras espécies, sendo que, assim, o consumidor não é definido por apenas um artigo, mas sim por quatro (artigo 2º *caput* e parágrafo único¹⁷⁰, artigo 17¹⁷¹ e, ainda, o artigo 29¹⁷² do CDC)¹⁷³. A legislação consumerista, então, traz uma definição de consumidor mais ampla, pois “visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais”¹⁷⁴. Ainda, o CDC busca proteger também a coletividade, sendo, portanto, “uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas”¹⁷⁵.

Esses conceitos são provenientes de uma evolução que vem ocorrendo há muito, pois a positivação do conceito de consumidor, fornecedor, assim como de todas as normas protetivas constantes no CDC, é fruto do reconhecimento da existência de uma questão social, produto de uma massificação da produção, distribuição, bem como das contratações, na qual figuravam em polos opostos os fortes e fracos, os detentores da informação acerca do produto ou serviço e consumidor leigo¹⁷⁶, o que fez com que se apurasse a existência da vulnerabilidade do consumidor. Ou seja, através do desenvolvimento do mercado de consumo, o qual despessoalizou-se pelo advento do consumo virtual e global, se passou a ter necessidade de proteger cada vez mais essa figura de destinatário final dos produtos ou serviços, em todas as esferas de sua fraqueza. Verifica-se, portanto,

¹⁶⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 84.

¹⁷⁰ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁷¹ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

¹⁷² Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

¹⁷³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, *Op. Cit.* p. 83.

¹⁷⁴ *Ibidem.* p.83.

¹⁷⁵ *Ibidem.* p.83.

¹⁷⁶ *Ibidem.* p. 45.

que o consumidor é a parte a ser protegida, pois aquele que era considerado outrora como o “rei do mercado”, perdeu a centralidade, teve sua vontade e liberdade de consumo transformadas em mero símbolo¹⁷⁷, sendo este consumidor muitas vezes compelido a contratar como mero aderente à cláusulas prontas, pré-estabelecidas.

A partir de tudo isso, desenvolveu-se o conceito da vulnerabilidade, que passou a ser considerado como ponto de partida e peça fundamental do direito do consumidor, pois é a vulnerabilidade que fragiliza e enfraquece de forma permanente ou provisória o sujeito de direitos, desequilibrando de forma substancial a relação de consumo, sendo um sinal de que tal sujeito necessita de proteção¹⁷⁸, ou seja, o sistema de normas protetivas ao consumidor, vem no sentido de resguardar a incolumidade física, psíquica, bem como econômica do consumidor, frente ao sujeito mais potente da relação, que é o fornecedor¹⁷⁹. A vulnerabilidade, ainda, decorre de forma direta do princípio da igualdade, “com vistas ao estabelecimento de liberdade, considerado [...] que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outrem”¹⁸⁰. Basicamente, a vulnerabilidade é classificada em quatro tipos: A técnica, a jurídica, a fática e, ainda, a informacional, que é tida como básica ou intrínseca ao consumidor¹⁸¹, havendo, ainda, na classificação de Paulo Valério Dal Pai Moraes, as vulnerabilidades política, biológica e ambiental¹⁸².

Por vulnerabilidade técnica se entende a que é relacionada com os conhecimentos específicos acerca da qualidade, características e utilidades do produto ou serviço que está contratando, sendo esta presumida quanto aos consumidores não profissionais, pois quanto a estes se fala de consumo intermediário, sendo então que, “realmente, essa vulnerabilidade está ligada à expertise, logo, à profissionalidade ou não do agente, sobre aquele produto ou serviço”¹⁸³, tendo, quanto a isso, que haver prova *in concreto*. A vulnerabilidade

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 44.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 87.

¹⁷⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

¹⁸⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. Cit.* p. 97.

¹⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 88.

¹⁸² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. Cit.* p. 115-174.

¹⁸³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.*, p. 89.

técnica “configura-se por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, esta última muitas vezes tendo o condão de impedir que o consumidor se aperceba daquelas que realmente interessam”¹⁸⁴, sendo desta ideia que emerge o *duty of care*, o dever de cuidado do direito norte americano, do qual advém o dever de conhecimento do fornecedor acerca daquilo que comercializa ao consumidor¹⁸⁵.

No que tange à vulnerabilidade jurídica, esta diz respeito à falta de conhecimentos jurídicos específicos, englobando-se, no entender de Claudia Lima Marques, também conhecimentos das áreas de contabilidade e economia¹⁸⁶, sendo tal vulnerabilidade presumida quando se tratar de consumidor pessoa física e tendo sua maior expressão quando da apresentação de contratos bancários ou de saúde, tabelas, formulários, etc. Esta faceta da vulnerabilidade exige do fornecedor um agir de boa-fé, com ênfase no dever de informação, pois o consumidor é presumidamente vulnerável juridicamente, e, portanto, *a priori*, incapaz de entender por si informações específicas. Ainda, a vulnerabilidade jurídica manifesta-se de forma determinante pela dificuldade do consumidor em defender seus direitos, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial¹⁸⁷.

Há que se discorrer, ainda, sobre a vulnerabilidade fática, ou socioeconômica, “onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor, que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”¹⁸⁸. Esta é uma espécie ampla, a qual abarca diversas situações de reconhecimento da debilidade do consumidor, sendo a vulnerabilidade econômica o exemplo de mais fácil verificação, pois “a fraqueza do consumidor situa-se justamente na falta dos mesmos meios ou do mesmo porte econômico do fornecedor”¹⁸⁹, ainda, nesta espécie, podemos elencar a hipervulnerabilidade, ou

¹⁸⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 116.

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

¹⁸⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006, p. 322-323.

¹⁸⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Op. Cit.* p. 120

¹⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 91.

¹⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

vulnerabilidade agravada dos consumidores idosos e crianças, a qual se dá pela falta ou pelo menor grau de discernimento e falta de percepção destes.

Outra classificação da vulnerabilidade que importa apreciação, é a vulnerabilidade informacional. Claudia Lima Marques destaca que vemos na atualidade o implemento de novas formas de consumo, as quais são diferentes do que se costumava ver, pois há formas de compra pela internet, telefone, televisão, etc, e, por conseguinte, se verifica que informação denota poder e sua falta, portanto, “representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro¹⁹⁰”. Os detentores da informação acerca do produto ou serviço, que são *experts*, são os fornecedores, cabendo a estes, então, cumprir com o dever de informar o consumidor, pois “o conjunto informacional e de aparências é valorizado a ponto de ser instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana”¹⁹¹, tendo sido valorizada esta espécie de vulnerabilidade principalmente no que tange a produtos e serviços alimentícios e, ainda, a produtos que afetem a saúde dos consumidores, como por exemplo a regulação da publicidade do tabaco¹⁹².

De forma a concluir a apreciação específica acerca da vulnerabilidade, importa fazer a distinção desta em face da hipossuficiência. A hipossuficiência é *ope juris*, devendo o juiz com base em regras ordinárias de experiência determinar sua existência, assim como o sua graduação no caso concreto, entendendo-se, então, que nem todo consumidor é hipossuficiente¹⁹³. Nesta senda, ainda, há quem vincule a hipossuficiência do consumidor aos critérios do artigo 2º da lei 1060/50, a qual trata da assistência judiciária gratuita, não sendo, porém, a medida mais acertada para a correta determinação do conceito de hipossuficiência, “sendo mais prudente vinculá-lo à noção de insuficiência da parte, considerada a excessiva onerosidade daquele específico processamento, critério este constante na Lei, no artigo 51, § 1º, inciso III, do CDC”¹⁹⁴.

¹⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006, p. 330.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 331.

¹⁹² *Ibidem*, p. 332.

¹⁹³ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 100.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 102.

Por outro lado, conforme os conceitos já expostos, e, ainda, conforme dispõe o artigo 4º da legislação consumerista, temos que a vulnerabilidade é reconhecida ao consumidor, independentemente de suas condições pessoais¹⁹⁵, ou seja, todos os consumidores são reconhecidamente vulneráveis, porém não hipossuficientes, merecendo, assim, apreciação judicial neste tocante. Conclui-se, então, que a hipossuficiência “é um conceito relacionado ao processo e à possibilidade de custeá-lo, enquanto a vulnerabilidade é um conceito que relaciona as forças em geral dos dois polos da relação de consumo, verificando se um é mais fraco que o outro”¹⁹⁶.

Temos então, que a aplicação do CDC neste tipo de contrato, o qual muitas vezes é de adesão, é inconteste, tendo isso importância ímpar, pois “as regras de ordem pública do CDC terão aplicação para regular o novo equilíbrio e boa-fé obrigatórios aos contratos de consumo”¹⁹⁷, através de seus princípios gerais que possibilitam a justiça contratual, a equivalência das prestações e, também, o princípio da boa-fé objetiva. Diante disso, resta inconteste que quando da contratação de compra e venda de uma unidade edilícia, a qual ainda será construída, o incorporador compromete-se com as especificações de planta, metragem, acabamentos e também, com um prazo para a entrega, assim como o promissário comprador compromete-se com o pagamento do preço avençado.

Sendo reconhecida, portanto, a possibilidade de incumprimento antecipado nas relações obrigacionais não consumeristas, não se vislumbra nenhum óbice para que haja a aplicação deste instituto também nos contratos de consumo, pois, como verificado, a necessidade de proteção do consumidor é ainda maior que do credor “normal” das obrigações civis. Nesse sentido, inclusive, temos como mais necessária a aplicação da quebra antecipada quando de relações de consumo, pois nestas os deveres de manutenção da probidade e boa-fé são potencializados, por se estar diante de partes em desequilíbrio de forças, por ser vulnerável o consumidor sob diversos aspectos. Ou seja, no caso específico em apreciação, o contrato firmado entre incorporador e consumidor já é de adesão, não tendo o promitente comprador nenhuma oportunidade de discutir os termos atinentes ao instrumento contratual,

¹⁹⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 108.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 122.

¹⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006, p. 437.

diante disso, fazer com que a parte vulnerável da relação tenha, ainda, no caso de inadimplemento prévio verificável, que esperar pelo escoamento do prazo para requerer a resolução, se mostra medida em muito incompatível com a ideia de proteção do consumidor.

Muito se tem visto, em sede de órgãos de proteção ao consumidor, Tribunais de Justiça brasileiros, assim como em sede de STJ, casos em que a incorporadora não cumpre com o contratado, seja por inconformidades estruturais, seja por atraso na entrega, o que reiteradamente vem causando danos patrimoniais e, ainda, extrapatrimoniais aos adquirentes destas unidades. O Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo (IBEDDEC), registrou, nas queixas relativas à compra de imóveis na planta, um aumento de 320% nas reclamações feitas por e-mail e presencialmente, de janeiro de 2011 para janeiro de 2013, sendo que neste período passaram de trinta e duas por semana, para cem reclamações em média¹⁹⁸.

O que se observa, porém, é que os consumidores, diante do que dispõe nossa legislação civil quanto à necessidade de escoamento do prazo contratual, apenas ingressam com suas ações judiciais, na busca de resolução contratual e/ou indenização pelos seus prejuízos, após a ocorrência do termo constante no contrato, o qual muitas vezes ainda prevê extensão de quatro ou seis meses deste prazo. Ou seja, em alguns casos os consumidores verificam que não receberão o imóvel no tempo estabelecido, porém, ainda assim são compelidos a aguardar o escoamento do prazo, para que, daí sim, possam ter a chancela judicial esperada quanto à extinção da relação obrigacional, assim como ressarcimento de seus danos.

Tomando-se por base, então, sobre tudo o que se discorreu acerca dos deveres de probidade, cooperação e boa-fé, assim como a existência da vulnerabilidade sob diversos prismas, a qual é inerente à figura do consumidor, não se mostra adequado fazer com que o consumidor tenha que esperar o escoamento do prazo contratual estabelecido, quando da verificação da impossibilidade do fornecedor de cumprir com o estabelecido. Assim, neste diapasão, cuidará ao credor direito de resolução contratual sob fundamento do incumprimento antecipado,

¹⁹⁸ Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo (IBEDDEC). Disponível em: <http://www.ibedec.org.br/informativos/item/75-problemas-com-im%C3%B3veis-adquiridos-de-construtoras-ibedec-alerta-consumidores-e-convoca-para-a%C3%A7%C3%B5es-coletivas.html>. Acesso em 22.06.15, às 14:13h.

quando forem verificáveis três requisitos básicos, os quais devem ocorrer de forma cumulativa: “a) tratar-se de uma violação grave do contrato, caracterizadora de uma justa causa à resolução; b) haver plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; c) agir culposamente o devedor, [...] que nada revele a disposição para a prática dos atos de execução.”¹⁹⁹.

Diante da incontestável viabilidade de aplicação no nosso Direito Civil, assim como no Direito do Consumidor do incumprimento antecipado, possibilitando, portanto, a resolução contratual com o devido ressarcimento das perdas e danos, há que se fazer, aqui, uma importante verificação atinente à responsabilização do fornecedor. Temos, a partir da leitura dos artigos 12 e 14 do CDC que tanto o fornecedor de produtos, como o de serviços, respondem independentemente de culpa pelos danos causados aos consumidores. Assim, enquadrando-se o construtor como fornecedor de serviços, como trazido anteriormente, responderá este, então, de forma objetiva pelos danos causados aos adquirentes das unidades imobiliárias.

Essa ideia é advinda da utilização por nosso ordenamento da teoria do risco, mais precisamente de seu desdobramento do risco-proveito, pois “responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo²⁰⁰”. Assim, aquele que tem o proveito através do lucro, que é o fornecedor, deverá se responsabilizar pelos danos que a sua atividade causar aos consumidores, dos quais provém este ganho financeiro, através da contraprestação paga por estes.

Aqui há, portanto uma relativização do requisito da culpabilidade, porém, mantendo-se a imputação como elemento subjetivo à implementação do incumprimento antecipado. Ou seja, na aplicação da resolução por incumprimento antecipado dos contratos imobiliários, não será necessária a existência de culpa, pelo fato de responder o fornecedor de forma objetiva, porém a imputabilidade se dará independentemente de haver culpa. Importa que se saliente, ainda, que como

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 41.

²⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 256.

efeitos da resolução por incumprimento imputável ao incorporador, este terá de ressarcir o que já foi despendido pelo consumidor, assim como indenizar os demais danos sofridos por este.

Nesse sentido, tem-se afirmado que o instituto da quebra antecipada do contrato é reconhecidamente aceito pela doutrina, sendo evidenciada a necessidade de sua aplicação em casos concretos, para maior proteção das partes contratantes. No entanto, nossa jurisprudência ainda é insipiente quanto a este tema, não havendo quantidade significativa de julgados aplicando a quebra antecipada, podendo-se citar apenas alguns casos, nos quais houve este reconhecimento, principalmente nos Tribunais de Justiça do Distrito Federal²⁰¹ e do Estado de São Paulo²⁰², sendo a maior parte dos casos julgados atinentes à resolução ou indenização após o transcurso do prazo estabelecido em contrato, com a consequente interrupção dos pagamentos que eventualmente estejam sendo feitos, assim como cobrança de multa contratual²⁰³.

²⁰¹ CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. INADIMPLENTO ANTECIPADO COMUNICADO PELA CONSTRUTORA. CLÁUSULA PENAL. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO. ARRAS. DEVOLUÇÃO. LUCROS CESSANTES. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE.

1. Não há necessidade de o adquirente aguardar o término do prazo de conclusão da obra para ajuizar ação de resolução contratual se já informado, pela empresa, sobre o inadimplemento antecipado.

2. Prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento.

3. Ocorrendo a rescisão contratual por inadimplência da construtora, as partes retornam ao status quo ante, não sendo devida nenhuma compensação a título de lucros cessantes.

4. A quantia paga a título de arras não deve ser retida por aquele que deu causa ao descumprimento contratual, uma vez que a restituição do montante do sinal ou das arras decorre da inteligência do art. 418 do Código Civil. 5. Recurso da ré desprovido e do autor parcialmente provido.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20140110582004APC. 2º Turma Cível. Relator Des. Mario-Zam Belmiro, julgada em 04.02.15.

²⁰² COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Resolução antecipada do contrato. Loteamento ainda não registrado em virtude de inúmeras ações e pendências que colocam em risco o empreendimento imobiliário. Inequívoco inadimplemento da ré, suficiente para respaldar o pedido de resolução do contrato cumulado com perdas e danos. Violação positiva do contrato, com quebra antecipada do adimplemento. Rés que devem devolver integralmente todas as parcelas recebidas, atualizadas e corrigidas a partir do cada desembolso, com juros de mora a partir da citação. Devolução que deve abranger também as parcelas recebidas a título de intermediação ou assessoria imobiliária. Impossibilidade, diante das peculiaridades do caso concreto, de fixação de danos emergentes ou lucros cessantes. Danos morais configurados. Recurso provido em parte.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0008499-33.2014.8.26.0664, 6º Câmara de Direito Privado. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgado em: 10.07.08.

²⁰³ Pesquisa jurisprudencial feita de forma perfunctória, através de busca nos sites de alguns Tribunais de Justiça escolhidos de forma aleatória, assim como no site do STJ, pelas palavras-chave: “Incumprimento ou Inadimplemento ou quebra antecipada” e “resolução contrato imóvel na planta”.

No que tange à verificação dos danos advindos do incumprimento antecipado, se mostra inconteste a necessidade de devolução do montante já pago pelo credor da obrigação, atualizado monetariamente, para que se reponha devidamente o patrimônio do credor. Também, temos a possibilidade da indenização pelos lucros cessantes nos casos de imóveis que seriam utilizados para locação a terceiros, como forma de percepção de rendimento, restituição de locativos, no caso de imóvel residencial para uso próprio, em que o comprador tenha, em razão do atraso que alugar ou continuar alugando por tempo maior que o planejado, tendo prejuízos financeiros com isso e, inclusive, reparação pelos danos extrapatrimoniais, pela frustração da expectativa.

Nesse sentido, temos que o STJ possui entendimento pacífico no que tange a devolução dos valores já despendidos, assim como dos lucros cessantes, quando forem estes devidamente demonstrados, o que pode ser verificado de julgados recentes, nos quais assim se manifestam os julgadores²⁰⁴. Porém, no que tange aos danos extrapatrimoniais, ainda não há consonância quanto sua incidência na hipótese que aqui se examina, pois há Tribunais de Justiça estaduais que por vezes condenam os devedores ao ressarcimento destes²⁰⁵, porém, na maioria dos casos os julgadores consideram como não indenizável o dano extrapatrimonial, quando da ocorrência de simples descumprimento contratual que não ultrapassaria o mero dissabor, por ser este o entendimento adotado majoritariamente pelo STJ²⁰⁶.

²⁰⁴ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. MORA. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Sodalício, a inexecução do contrato de compra e venda, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. 4º Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 525.614/MG. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 19/08/14.

²⁰⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 17º Câmara Cível. Relator Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. Julgado em 12.12.13; RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais. Recurso Cível Nº 71005276449, Quarta Turma Recursal Cível, Relatora Glaucia Dipp Dreher, Julgado em 24/04/2015.

²⁰⁶ CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. ABORRECIMENTO E DISSADOR. EXAME DAS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade. 2. A Corte local, para reformar a sentença

Nesse sentido, vemos que a ideia preconizada é a de que com a liberação das partes e o devido ressarcimento dos valores, haverá o retorno das partes ao *status quo ante*. Porém, Paulo de Tarso Sanseverino assevera que tal expectativa de recolocação da vítima do evento danoso no estado em que se encontrava antes é uma ficção²⁰⁷, sendo o princípio da reparação integral então, uma “diretiva fundamental”²⁰⁸ para a avaliação dos prejuízos, assim como da quantificação da indenização. Assim, tem-se por necessária a reparação de todas as espécies de danos causados ao consumidor, em face do evento danoso, que na hipótese em análise é a impossibilidade de cumprimento do avençado no prazo, levando à resolução do contrato.

A partir do que foi aqui analisado, então, temos que aos contratos de promessa ou de compra e venda de imóveis na planta celebrados entre incorporador e adquirente, aplica-se a legislação consumerista. Em decorrência disso, há a presunção de vulnerabilidade do consumidor, havendo, por conseguinte, uma maximização dos deveres de proteção e cuidado, os quais são denominados, como visto, de instrumentais. Assim, verifica-se como possível a aplicação do instituto do incumprimento antecipado aos contratos desta natureza, sendo esta a medida que mais se coaduna com os princípios e deveres preconizados pelo CDC como legislação protetiva e, também, pelo Código Civil quando se manifesta pela necessidade de manutenção da probidade e boa-fé na realização das obrigações. Com a resolução contratual por quebra antecipada, então, temos como inconteste o dever do incorporador de recolocar o credor o mais perto possível do estado em que se encontrava antes da avença, através da devolução do valor pago e da reparação de todos os danos sofridos pelo consumidor, em decorrência da sua inadimplência, para que seja concretizada a reparação integral da parte lesada.

e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, concluiu que o atraso na entrega do imóvel, de aproximadamente 9 (nove) meses, por si, frustrou a expectativa do casal de ter um lar, causando, conseqüentemente, transtornos por não ter domicílio próprio. Com efeito, o Tribunal de origem apenas superestimou o desconforto, o aborrecimento e a frustração da autora, sem apontar, concretamente, situação excepcional específica, desvinculada dos normais aborrecimentos do contratante que não recebe o imóvel no prazo contratual. 3. A orientação adotada na decisão agravada não esbarra no óbice contido no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que foram consideradas, apenas, as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido. 4. Agravo regimental desprovido.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1408540/MA, Relator Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 19.02.2015.

²⁰⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

²⁰⁸ *Ibidem*. p. 48.

4 CONCLUSÃO

No estudo aqui apresentado, verificou-se a evolução das teorias acerca da obrigação, desde o pessoalismo de Savigny, até o surgimento da obrigação como processo. A partir desta ideia, passou-se a entender que o contrato possui uma função social, tendo por escopo o adimplemento, através da satisfação total das legítimas expectativas do credor, tornando, ao fim, a prestação útil a este. Verificou-se a quais deveres estão atrelados as partes, sendo estes classificados em primários, secundários e instrumentais, devendo a relação obrigacional ser calcada nos deveres de cooperação mútua e na boa-fé objetiva. Tratou-se do termo contratual, sendo seu transcurso o requisito considerado pela lei civil para a exigibilidade, sendo decorrência disso a aplicação do princípio da pontualidade.

Em sequência, foi observada a existência de hipóteses em que a exigibilidade da prestação já existe antes mesmo da ocorrência o termo, pela impossibilidade de cumprimento ou pelo comportamento do devedor contrário ao inadimplemento. A exigibilidade, portanto, pode ser encoberta pela impossibilidade. Questionou-se a possibilidade, então, da verificação da ocorrência do inadimplemento antecipado, e se este traria ao credor direito resolutivo da obrigação. Temos que o instituto do incumprimento foi reconhecido, positivado, bem como vem sendo aplicado há muito em países de *Common Law*, como verificado, também, houve países de *Civil Law* que aderiram à aplicação do incumprimento antecipado. No Brasil, porém, apesar da doutrina reconhecer sua recepção por nosso ordenamento, não há aplicação prática recorrente do instituto.

Nosso Direito pátrio não refuta a aplicação da quebra antecipada, havendo positividade quanto à necessidade de guarda da probidade e boa-fé nas relações contratuais. Diante disso, a interpretação lógica que deve ser feita vem no sentido de considerar a desídia no cumprimento da obrigação uma quebra de confiança, assim como uma afronta às já citadas probidade e boa-fé objetiva. É nessa esteira que vem as manifestações doutrinárias favoráveis à aplicação do incumprimento antecipado, sendo que a parte majoritária exalta o entendimento de que seria este instituto uma espécie de quebra positiva do contrato, diante da violação dos deveres instrumentais acima citados. Ou seja, não poderia ser verificado o inadimplemento

em si pela não ocorrência do termo, mas haveria possibilidade de verificação, por outro lado, pela quebra dos deveres instrumentais, os quais devem ser guardados pelas partes.

Porém, temos que merece razão a doutrina mais recente, ao afirmar que a quebra antecipada do contrato é *per si* um inadimplemento e por este motivo tem a natureza jurídica de um inadimplemento e não diversa. A quebra antecipada poderia ser decretada, portanto, por serem os deveres de proteção partes indissociáveis da prestação principal, sendo ampliada a noção tradicional de inadimplemento. Assim, considera-se que os deveres instrumentais não são laterais ou anexos, mas sim fazem parte da substância da obrigação. Do estudo, então, entendeu-se que sem os deveres de colaboração, informação e confiança, por exemplo, não haverá satisfação plena da obrigação e, portanto, haverá inadimplemento. Neste sentido, observa-se que o incumprimento antecipado da obrigação vem no sentido de proteger o credor de boa-fé de ter que aguardar o escoamento do prazo contratual, para obter o direito à resolução e à reparação de seus prejuízos.

Através do reconhecimento do intuito protetivo da doutrina do incumprimento antecipado, questionou-se sua aplicabilidade no direito consumerista, mais especificamente nos contratos cujo objeto seja um imóvel na planta. Constatou-se, primeiramente que o incorporador enquadra-se na figura de fornecedor, assim como, por conseguinte, enquadra-se o adquirente deste imóvel na figura de consumidor, discorrendo-se, após isso, acerca da presunção da vulnerabilidade dos consumidores, os quais, nestes casos são partes aderentes a contratos já prontos. Assim, por se estar diante de uma relação de disparidade entre os contratantes, restou inconteste a necessidade de extensão da ideia de incumprimento antecipado dos contratos civis, para os de consumo.

A ampliação da área de aplicação da quebra antecipada se dá pela constatação de que nas relações de consumo, os deveres de proteção são potencializados em favor do credor da obrigação, assim, por se estar ciente do evidente prejuízo sofrido pelos consumidores adquirentes de unidades imobiliárias, as quais na maioria das vezes não serão entregues no prazo ajustado. Ou seja, não se mostra em consonância com os deveres de proteção, assim como com a legislação protetiva do consumidor, fazer com que os consumidores, que são as

partes mais frágeis da relação, tenham de aguardar a ocorrência do termo, para só a partir deste momento poder resolver obrigação, a qual já era visivelmente inadimplida, pela relação do tempo *versus* o andamento da obra.

Quando da resolução contratual então, há a necessidade do devedor inadimplente recolocar o consumidor no *status* em que se encontrava em momento anterior à contratação, porém, por ser impossível a “volta no tempo”, há que se preconizar pela busca da reparação integral dos prejuízos do adquirente. Ou seja, há que ser reconhecido o direito do credor de ter devolvido o montante já despendido até então, verificável pelos pagamentos já realizados, o qual deverá ser devidamente atualizado. Também, há que determinar o ressarcimento por parte do devedor dos danos causados ao consumidor, os quais serão verificados casuisticamente, comportando as indenizações por lucros cessantes, locativos, multas contratuais, danos extrapatrimoniais, entre outros.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, UFRGS v.18, 2000.

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

ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, Outubro/Dezembro, 2011, p. 150.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

AZULAY, Fortunato, **Do inadimplemento Antecipado do Contrato**, Rio de Janeiro: Rio/Brasília, 1977. p, 103.

BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato in Revista de Direito do Consumidor, n.º 12 - Outubro/Dezembro, 1994, p. 72.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2010, p. 100.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1930, tomo IV, p. 6.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 24.06.15.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 24.06.15.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br>>. Acesso em 27.06.15.

CATALAN, Marcos Jorge. Considerações iniciais sobre a quebra antecipada do contrato e sua recepção pelo direito brasileiro. Disponível em <<http://www.diritto.it/archivio/1/26875.pdf>>, acesso em 20.06.15.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. 4º Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 525.614/MG. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 19/08/14.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no REsp 1408540/MA, Relator Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 19.02.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.237.054-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/4/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 309.626/RJ. 4º Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 07.06.2001. DJ: 20.08.2001, p. 479.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20140110582004APC. 2º Turma Cível. Relator Des. Mario-Zam Belmiro, julgada em 04.02.15.

ESTADOS UNIDOS. **Uniform Commercial Code**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-610>> Acesso em: 24/06/15.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. AJURIS: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, Ajuris v.15, n.44, NOV/1988, p. 144-152.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 10.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDO E DEFESA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. **Problemas com imóveis adquiridos de construtoras: IBEDEC alerta consumidores e convoca para Ações Coletivas**. Disponível em: <<http://www.ibedec.org.br/informativos/item/75-problemas-com-im%C3%B3veis-adquiridos-de-construtoras-ibedec-alerta-consumidores-e-convoca-para-a%C3%A7%C3%B5es-coletivas.html>> Acesso em 22.06.15.

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_\(em_italiano\).pdf](http://www.ligiera.com.br/codigos/cc_italiano_(em_italiano).pdf)> acesso em 05/05/15.

LABOURIAU, Miguel. Algumas considerações sobre o inadimplemento antecipado no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.11, n.42, p.93-130, abr/jun 2010, p. 97.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. Jaime Santos Briz. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a resolução do contrato na nova teoria contratual. *in* **A NOVA crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 505.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 291-295.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. p. 211.

MARTINS, Raphael Manhães. Inadimplemento antecipado: perspectiva para sua aplicação no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 391, ano 103, mai./jun.. 2007, p.172 e 177.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.393.

_____. **Comentários ao código civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. vol V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Comentários ao código civil**: do inadimplemento das obrigações. vol V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 19.

_____. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), São Paulo, v.98, n.885, p.30-48, jul. 2009, p. 35.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 10024122282197001, 17ª Câmara Cível. Relator Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. Julgado em 12.12.13.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

_____. Função Social do Contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *in* **A NOVA crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**, de 1980. Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf> acesso em 05/06/15.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 124.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 211.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1954, tomo XXII, p. 69.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 582000378, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Athos Gusmão Carneiro, julgada em 08.02.1983, RJTJRS 97/397.

_____. Turmas Recursais. Recurso Cível Nº 71005276449, Quarta Turma Recursal Cível, Relatora Gláucia Dipp Dreher, Julgado em 24/04/2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral:** indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0008499-33.2014.8.26.0664, 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Francisco Loureiro. Julgado em: 10.07.08.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, Padma v.8, n.32, out./dez. 2007, p. 3-27. P.10

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2006. p 20.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268.

_____. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 543 p.

TERRA, Aline. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 161.

TOMASETTI JR., Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum. *Revista de Direito do Consumidor*, n.2, 1992, p. 53.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, de 2004. Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>> acesso em 05/06/2015.

USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo código civil. **Revista Jurídica**, nº 304, p.32.

_____. **Direito dos contratos:** temas atuais. 2.ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012. p, 70.