SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

INADIMPLEMENTO CONTRATUAL: PODER ILIMITADO PARA O CONTRATANTE FIEL?

BREACH OF CONTRACT: UNLIMITED POWER TO THE PARTY?

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Isabela Maria Pereira Lopes

Resumo

Este trabalho científico identifica as possibilidades do credor para satisfazer seu interesse quando ocorre o inadimplemento do contrato, especialmente a alternativa de exigir a prestação específica ou converter a obrigação em perdas e danos. Em alguns casos, essa prerrogativa pode legitimar abusos do contratante fiel que não devem ser tolerados pelo direito. Por isso, é importante identificar critérios que direcionam essa escolha para que a tutela de interesses legítimos não se torne uma justificativa para arbitrariedades. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do método hipotético dedutivo, com marco teórico no direito civil constitucional.

Palavras-chave: Inadimplemento, Prestação específica, Indenização

Abstract/Resumen/Résumé

This work identifies the possibilities of the lender to satisfy your interest when the breach of contract occurs, especially the alternative of requiring a specific provision or exchange the bond for damages. In some cases, this prerogative can legitimate faithful contractor abuses, which should not be tolerated by law. Therefore, it is important to identify criteria that guide the choice for the protection of legitimate interests does not become a justification for arbitrariness.Use shall be the literature, through the hypothetical deductive method, with theoretical framework in constitutional civil law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Breach of contract, Special performance, Damages

[1] Professor orientador da pesquisa e coautor

1 INTRODUÇÃO

O inadimplemento é violação do dever obrigacional, estabelecido por convenção das partes, e acarreta prejuízos, maiores ou menores, ao contratante fiel. O art. 389 do Código Civil enuncia que o devedor deverá indenizar o credor pelo inadimplemento da obrigação. Isso não significa que a indenização pecuniária seja sempre a única alternativa possível. Se o objeto da prestação não se perdeu, e pretende o credor recebê-la, poderá lançar mão da tutela específica das obrigações.

A mudança do paradigma estatal inspirou preocupações processuais com a efetividade do provimento jurisdicional e seus resultados. Com efeito, desenvolveram-se mecanismos processuais para assegurar os interesses de quem buscar a proteção judicial, dentre os quais a tutela específica das obrigações, inclusive de fazer e não fazer, estabelecendo diversas medidas para garantir o direito do credor em espécie.

Todavia, já no contexto da execução forçada das obrigações, a lei admite que a prestação específica seja convertida em perdas e danos caso torne-se impossível ou se o credor o requerer. Segundo a melhor doutrina, a impossibilidade não envolve apenas aspectos físicos, mas a perda de utilidade da prestação para o credor. Por isso, é importante refletir sobre a possibilidade de conversão da prestação em valor monetário a requerimento do credor: como tutelar seus interesses sem legitimar escolhas abusivas?

Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do método hipotético dedutivo, com marco teórico no direito civil constitucional.

2 INADIMPLEMENTO: ESPÉCIES E CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO

O inadimplemento é o não cumprimento da obrigação, ou o cumprimento deficiente, insatisfatório, incompleto, que acarreta para o responsável o dever de indenizar o contratante fiel (BEVILAQUA, 1958, p.171). Ao se obrigarem, as partes não determinam somente o conteúdo da prestação principal (o dar, o fazer ou o não fazer), mas também como, quando e por quem ela deve ser realizada. A violação de qualquer um desses aspectos caracteriza o inadimplemento. Mas ele é gênero que comporta duas espécies: o inadimplemento absoluto e o inadimplemento relativo, e cada um acarreta consequências diversas para o credor.

O critério legal para distinguir as espécies de inadimplemento é a possibilidade da prestação, de modo que o inadimplemento absoluto se caracteriza pela impossibilidade de realização da prestação principal, não restando alternativa para as partes além de resolver o contrato (PONTES DE MIRANDA, 1959, p.9). Sendo a causa da impossibilidade imputável ao devedor, o credor fará jus à indenização. Vale destacar, ainda, que a impossibilidade apenas levará à resolução do contrato e, eventualmente, à indenização do credor, se ela for

superveniente à formação do vínculo contratual. Isso porque a validade dos negócios jurídicos exige que seu objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável; logo, se a impossibilidade já se verifica na formação do contrato, este deverá ser declarado nulo (SILVA PEREIRA, 2012, p.19; AZEVEDO, 2002, p. 43).

O inadimplemento relativo, ou mora, é o atraso ou o cumprimento imperfeito, mas que ainda pode ser realizado, por isso diz-se que o devedor tem o direito de purgar a mora, se dispondo a prestar e a indenizar o credor pelos prejuízos decorrentes do cumprimento deficiente. Nesse caso a prestação ainda pode ser realizada, isto é, ela ainda é possível.

Todavia, o critério da possibilidade não se resume às condições físicas de realizar a prestação. A obrigação é composta por uma estrutura voltada à satisfação do interesse do credor, portanto o critério da possibilidade é do recebimento da prestação, e não de sua realização pelo devedor, como leciona Agostinho Alvim (ALVIM, 1980, p.41). Portanto, enquanto a prestação for útil e interessar ao credor, o devedor poderá purgar a mora, realizando o conteúdo da obrigação e indenizando o credor pelo atraso.

A distinção entre inadimplemento absoluto e mora pelo critério de possibilidade de recebimento da prestação conduz à conclusão de que, nos casos de inadimplemento absoluto a prestação será convertida em perdas e danos, se a causa for imputável ao devedor, ou extinta, se não houver culpa. Por outro lado, a mora admite que o credor tome certas medidas para receber a prestação, pois seu interesse permanece presente.

Mas além dessa conclusão, é preciso questionar como essa impossibilidade de recebimento deve ser determinada. Será o credor, com base apenas em sua vontade, quem determinará a impossibilidade do recebimento, ou ela deverá ser verificada com base nas circunstâncias objetivas e no conteúdo da obrigação? O interesse creditício a ser levado em conta é aquele do momento em que surgiu a obrigação ou o interesse contemporâneo ao adimplemento?

3 ALTERNATIVAS DO CREDOR

O legislador, tanto em 1916 como em 2002, repetiu a regra da indenização pelo inadimplemento imputável ao devedor nas disposições específicas de cada espécie de obrigação. Assim é no inadimplemento das obrigações de dar coisa quando esta se perde: se o devedor tem culpa, deve pagar o equivalente à prestação e às perdas e danos; se não houver culpa, resolve-se a obrigação. Cumpre esclarecer que, se a coisa se perde quando o devedor está em mora, sua culpa é presumida, e só poderá ser afastada se ele comprovar que ela se perderia mesmo que fosse entregue ao credor na forma e data combinadas.

Em caso de deterioração do objeto da prestação, sem culpa do devedor, caberá ao credor escolher se ainda quer recebê-la no estado em que se encontra ou resolver a obrigação. Verificada a culpa do devedor, a escolha será entre a coisa deteriorada e a indenização pelo equivalente, ambas acrescidas das perdas e danos cabíveis pela falta de cuidado com a coisa. Ausente a culpa do devedor, o credor pode optar entre resolver o contrato ou receber a coisa no estado em que se encontra, com proporcional abatimento do preço.

Se a coisa não se perdeu ou deteriorou, e pretende o credor recebê-la, poderá lançar mão da tutela específica. O juiz, então, fixará um prazo para que o devedor entregue a coisa e poderá coagi-lo impondo-lhe multa cominatória. Porém, nas obrigações de dar coisa as medidas judiciais disponíveis mais eficientes são a expedição do mandado de busca e apreensão, se a coisa for móvel, ou mandado de imissão na posse, se for um bem imóvel.

Nas obrigações de fazer, repete-se a regra da indenização condicionada à culpa do devedor. Caso seja a obrigação *intuito personae*, a recusa do devedor equivalerá ao inadimplemento absoluto e ele terá de indenizar o credor. Lado outro, se a obrigação puder ser cumprida por terceiro, o credor poderá providenciar que o faça a custa do devedor, além de poder exigir dele uma indenização. Dessa forma, o credor tem a possibilidade de receber o resultado prático equivalente, pois é indiferente a pessoa que realizará a prestação.

As obrigações de não fazer obedecem à mesma lógica. A impossibilidade imputável ao devedor admite que o credor lhe exija o desfazimento, ou que terceiro o faça à custa do devedor, sem prejuízo das perdas e danos. Essa hipótese era vista por Clóvis Bevilaqua como "[...] uma fonte de abusos e uma anarquia imprópria de uma legislação sistematizada" (BEVILAQUA, 1977, p.22). Para ele, o credor teria de requerer a medida em juízo. Porém, as alterações do projeto pelo Congresso à época fizeram desta uma hipótese de "justiça de mão própria" exclusiva da lei brasileira (PONTES DE MIRANDA, 1958, p.76/77). O Código atual prevê que o credor só poderá providenciar que terceiro efetue a prestação à custa do devedor em casos de urgência, e sendo ela uma exceção, a regra é que a medida deve ser autorizada pelo juiz.

As obrigações de fazer comportam, ainda, outros meios de garantir o resultado almejado pelo credor. Na hipótese de obrigação de manifestar vontade de contratar, sua falta poderá ser suprida pela sentença judicial. O Código de Processo Civil de 1939 tinha previsão nesse sentido, a qual foi classificada por Pontes de Miranda como ação executiva de obrigação de manifestar vontade (PONTES DE MIRANDA, 1958, p.77/78). Essa possibilidade persiste nos casos de execução de contrato preliminar, desde que não contenha cláusula de arrependimento, e permanecendo inerte o devedor no prazo estipulado para

cumprimento, o interessado poderá requerer em juízo uma sentença que supre a ausência de manifestação de vontade da contraparte.

Todavia, as obrigações de fazer são muito mais vastas do que a declaração da vontade de contratar. Existe a possibilidade da execução por terceiro, porém ela só será cabível nas obrigações fungíveis. Por isso, é importante compreender melhor as formas da tutela específica das obrigações.

4 A TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES E O RISCO DE LEGITIMAR ESCOLHAS ABUSIVAS

A execução específica afeta o patrimônio do devedor a fim de proporcionar ao credor o recebimento da prestação nos moldes acordados. Tal medida decorre de uma concepção processual comprometida com os resultados e a efetividade. Já a execução substitutiva busca satisfazer o credor com base no patrimônio do devedor, por meio de uma indenização. (THEODORO JR., 2002, p.14/15).

O Código de Processo Civil de 1939 previa ação cominatória que se valia de multas previstas no contrato ou requeridas na petição inicial para compelir o devedor a prestar. O Código de Processo Civil de 1973, pelos artigos 461 e 461-A inseridos pela lei 8.952/94, buscou dinamizar e expandir as formas de tutela específica das obrigações nos casos de inadimplemento, admitindo que os meios previstos fossem utilizados ainda no processo de conhecimento. Para tanto, previa várias medias em seu §5º do art. 461 em um rol exemplificativo.

O Código de Processo Civil de 2015 mantém a preocupação com a efetividade dos provimentos, e atribui ao juiz na redação do art. 139, IV, o poder de determinar quaisquer medidas para assegurar o cumprimento da ordem judicial. Tem-se, portanto, uma expansão dos meios para assegurar a prestação específica da obrigação ou o resultado que lhe for mais semelhante, por medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Contudo, o art. 499 manteve a prerrogativa prevista no §1º do art. 461 do CPC 1973, estabelecendo duas hipóteses para a conversão da prestação específica em perdas e danos. A primeira delas é a impossibilidade da prestação, o que se amolda ao critério já apresentado. A segunda, porém, é o requerimento do credor, para o qual a lei não prevê expressamente nenhum critério. Mas se a perda de interesse do credor está abarcada nas hipóteses de impossibilidade, qual seria a justificativa para tal prerrogativa do credor?

Araken de Assis reconhece que essa medida representa uma vantagem para o contratante fiel, mas entende que a lei conferiu verdadeira faculdade ao credor nos casos de inadimplemento contratual. Para ele, a faculdade de requerer a conversão da prestação em

perdas e danos deve apenas observar os requisitos processuais para mudança de pedido (ASSIS, 1994, p. 26/37).

Na mesma linha segue Clóvis do Couto e Silva, reconhecendo que é uma "facultas alternativa" do credor escolher entre a prestação e a indenização. Aponta que essa escolha não se confunde com as obrigações alternativas, pois nela há apenas a faculdade de substituir o objeto da prestação, e não a prestação em si (COUTO E SILVA, 1976, p. 211/212). Ademais, a obrigação perfeita é composta pela prestação primária (dever) e a prestação secundária (responsabilidade). Elas coexistem na obrigação e o credor prejudicado pode escolher entre esses elementos para satisfazer seu interesse (COUTO E SILVA, 1976, p. 100).

Todavia, em certos casos o art. 499 do CPC poderá legitimar a conversão de obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de dar (dinheiro), pois as perdas e danos correspondem a um valor monetário. Além disso, a coexistência do débito e da responsabilidade não implica, necessariamente, em uma faculdade para o credor. Mesmo que a impossibilidade seja superveniente à propositura da ação e, com isso, o credor perca o interesse na prestação, deverá justificar o seu pedido de conversão para indenização substitutiva.

Essa é a perspectiva de Clóvis Bevilaqua e Pontes de Miranda, apontando que a regra é que a prestação seja de interesse do credor, de modo que só poderá recusá-la se demonstrar que lhe é inútil ou não mais lhe interesse (BEVILAQUA, 1958, p.91; PONTES DE MIRANDA, 1958, p.9). Agostinho Alvim também reconhece a necessidade de o credor demonstrar o desinteresse, argumentando que mesmo o critério da possibilidade sendo subjetivo, o devedor tem o direito de purgar a mora (ALVIM, 1980, p.51/58).

A lição de Valle Ferreira acerca da cláusula resolutiva nos contratos de compra e venda é ainda mais elucidativa. Segundo o autor o credor pode optar entre a execução do contrato e o pedido de resolução (que corresponde ao pagamento de indenização). Contudo, devido à natureza extraordinária da faculdade de resolução, ela é subsidiária do direito de execução e, portanto, está subordinada à discricionariedade do juiz (VALLE FERREIRA, 1951, p.150).

Sendo assim, é preciso cautela para compreender o art. 499 do CPC. O interesse do credor deve ser tutelado, ainda que tenha que se valer da força estatal por meio da tutela específica. Todavia, o dispositivo legal não tem por finalidade conceder ao credor uma prerrogativa ilimitada e que possa legitimar uma conversão arbitrária da obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de pagar quantia (indenizar) de forma unilateral. O inadimplemento abre um leque de possibilidades para o credor, mas entre elas não está o poder de modificar o

conteúdo e a natureza de uma obrigação sem apresentar uma justificativa, ao sabor de seus interesses.

5 CONCLUSÃO

O esforço empreendido para garantir a tutela específica enriqueceu as possibilidades disponíveis para o credor na execução e, de certa forma, aumentou seus poderes para alcançar um resultado satisfatório. Mas a conversão da obrigação específica em perdas e danos além das hipóteses de impossibilidade se afasta da finalidade das obrigações e da tutela específica, que busca efetividade e não abuso.

Todo esse sistema voltado à garantia da prestação obrigacional não pode ser utilizado para que o credor modifique o conteúdo da obrigação a ser cumprida porque já não possui os mesmos interesses de outrora, ou porque visa uma possibilidade de contratação mais atraente.

Assim, em se tratando de substituição da prestação por perdas e danos, que não se confunde com a indenização pelos prejuízos decorrentes do atraso, ela é possível desde que o a prestação específica perca sua utilidade, tendo por referência o interesse do credor à época da contratação. Essa condição pode decorrer do próprio conteúdo do contrato, a exemplo de um vestido de noiva que não é entregue até a data do casamento, ou do artista que não se apresenta na data do evento para o qual foi contratado. Do contrário, caberá ao credor demonstrar a perda da utilidade da prestação para que ela seja convertida em perdas e danos.

BIBLIOGRAFIA

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

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

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Bevilaqua.* Rio de Janeiro: Rio, 1958. v. IV.

BRASIL. Código Civil – Lei nº 3.071/1916. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil- Decreto Lei 1.608/1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil* – Lei nº 5.869/ 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. *Código Civil* – Lei nº 10.406/2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil* – Lei nº 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

COUTO E SILVA. Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi,1958. t. XXII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* Rio de Janeiro: Borsoi,1959. t. XXVI.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 2.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. II.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. III.

THEODORO JR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, nº105, jan/mar 2002, ano 27- p.9/33.

VALLE FERREIRA, José Gaenaert do. Resolução da compra e venda. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 3, 1951.