

ANTECIPATORY BREACH NA COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA EM ANÁLISE COM A VIOLAÇÃO POSITIVA DOS CONTRATOS EM FATOR DIFERENCIAL DO TEMA REPETITIVO 1.095 STJ

Resumo: Busca a discussão do conceito de descumprimento do contrato pelo distrato neste modelo de transação imobiliária diante da questão da violação positiva do contrato ou descumprimento antecipado.

JÚLIO CÉSAR BALLERINI SILVA, ADVOGADO MAGISTRADO APOSENTADO E PROFESSOR DA FAJ DO GRUPO UNIEDUK DE UNIDADE FACULDADE - COORDENADOR NACIONAL DOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL, DIREITO IMOBILIÁRIO E DIREITO CONTRATUAL DA ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO – ESD PROORDEM CAMPINAS E DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MÉDICO DA VIDA MARKETING FORMAÇÃO EM SAÚDE. EMBAIXADOR DO DIREITO À SAÚDE DA AGETS – LIDE. MEMBRO DO IBDFAM.

A "anticipatory breach" é um conceito de direito anglo-saxônico, logo originário do sistema jurídico da Common Law e foi posteriormente incorporado em outras jurisdições, como a norte-americana – em sistemas de direito que tem uma visão do contrato como instituto que deve ser protegido e não flexibilizado sem uma causa mais contundente.

No Brasil, o instituto conhecido como "anticipatory breach" (implica em situações de quebra antecipada ou repúdio antecipado de um contrato), malgrado não previsto de modo expresso em sede de normatização, acaba sendo aceito e reconhecido pela doutrina e jurisprudência, consistindo na declaração expressa ou tácita de que uma parte não cumprirá o contrato antes do prazo.

Esta manifestação de vontade, de impossibilidade ou recusa de cumprimento, confere à outra parte a faculdade de considerar o contrato resolvido e buscar as reparações legais cabíveis.

O inadimplemento antecipado pode ocorrer de forma expressa (uma declaração clara de que não vai cumprir) ou tácita (através de ações ou inações que demonstram a incapacidade ou recusa de cumprimento), como a falha na produção de um bem ou a recusa em aceitar um pagamento.

Ao ter conhecimento de uma quebra antecipada, a parte prejudicada pode: Ou considerar o contrato resolvido (a quebra antecipada, assim, poderia ensejar a resolução do contrato antes mesmo do termo para cumprimento), ou buscar reparação (a parte lesada acionaria judicialmente o responsável para obter a composição de prejuízos experimentados) ou exigir garantias (a contraparte pode solicitar garantias de que o acordo será cumprido, protegendo-se contra o inadimplemento futuro).

O conceito é associado a outras figuras do direito contratual brasileiro, como à [violação positiva do contrato](#), que se refere ao descumprimento de deveres laterais (como lealdade e cooperação) que afetam a confiança e o cumprimento das obrigações do contrato. Sobre a questão, inclusive, trecho de aresto STJ^[1]:

“é possível que antes do termo ajustado o devedor declare ao credor que não cumprirá a obrigação (...) Nessa hipótese, estará caracterizado o inadimplemento antecipado do contrato.”

Nessa medida, em regra geral, o STJ reconhece a quebra antecipada quando a parte manifesta intenção de desfazer o contrato por impossibilidade ou dificuldade, pois isso revela o futuro não pagamento e autoriza o tratamento jurídico próprio do inadimplemento antecipado (“anticipatory breach”).

Mesmo no âmbito doutrinário, se tem a mesma posição embasada, como se tem pelo apontado por Vera Jacob de Fradera: “diante de (...) o devedor declare que não pretende cumprir (...) deveria ser facultado ao credor promover a ação conveniente, de vez que esperar (...) lhe traria maior prejuízo.”

Ademais, há motivação para que se permita ao credor a faculdade de escolher por qual modo proceder dentre as opções acima (resolver o contrato, buscar indenização ou exigir garantias).

E em minha opção pessoal entendo que a luz do privilégio jurisprudencial e doutrinário decorrente da constitucionalização do direito privado, e, em nome da busca da concretude de um contrato, se deva prestigiar o princípio da conservação dos atos jurídicos como exigência da boa-fé objetiva (imposta a todos pela legislação geral, como se tem pela previsão do artigo 422 CC).

Ainda se poderia analisar a tese do inadimplemento antecipado permite que uma das partes pleiteie a resolução do contrato antes mesmo do advento do termo de vencimento da obrigação. Isso ocorre quando a conduta da contraparte ou circunstâncias objetivas demonstram, de forma inequívoca, que a prestação não será cumprida no tempo e modo pactuados.

Diferente da mora (atraso) ou do inadimplemento absoluto (após o vencimento), o *anticipatory breach* foca na quebra da confiança e na violação positiva do contrato.

Se abre aqui um breve parênteses para apontar que em regra geral se analise obrigações pelo viés de seu cumprimento. Se uma obrigação se torna impossível de ser cumprida, se observa o inadimplemento absoluto, que se diferencia do inadimplemento relativo – ou mora, que implica em não apresentar a prestação no tempo, local e modo ajustado.

Essa violação positiva do contrato, também chamada de cumprimento imperfeito, seria uma forma diferenciada entre inadimplemento absoluto e relativo. Seria uma modalidade de inadimplemento que ocorre quando o devedor, embora realize a prestação principal (o objeto central do contrato), o faz de forma imperfeita, defeituosa ou com inobservância de deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.

Diferencia-se do inadimplemento absoluto (não cumprimento total) e da mora (atraso), pois foca na qualidade e no modo de execução. Ela se manifesta pela quebra dos chamados deveres anexos, laterais ou acessórios, tais como os deveres de informação, proteção, cooperação, lealdade e sigilo.

A teoria da violação positiva do contrato foi concebida na Alemanha, em 1902, pelo jurista Hermann Staub. À época, o Código Civil Alemão (BGB) previa

apenas a mora e a impossibilidade da prestação como formas de inadimplemento. Staub identificou uma lacuna: casos em que a prestação era entregue no prazo, mas de forma defeituosa ou causando danos à contraparte por falta de cuidado.

A violação desses deveres decorrentes da boa-fé objetiva (tanto de modo direto como em relação aos deveres anexos[2]) gera algumas consequências jurídicas, como o dever de indenizar perdas e danos (artigos 475 e 927) e a possibilidade de o lesado poder pedir a extinção do contrato se a violação do dever anexo comprometer a utilidade da prestação ou a confiança necessária para a continuidade do vínculo (art. 475 CC)[3].

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os tribunais estaduais aplicam a tese de forma recorrente, como se observa pelo resultado do julgamento de recurso que redundou na criação do Tema 1.221 STJ: O tribunal reconheceu expressamente a categoria ao discutir a responsabilidade por falha na prestação de serviço público (mau cheiro em estação de esgoto).

Por exemplo, quanto a essa ideia de violação positiva de contrato, se tem como exemplos de incidência, o aresto do TJDFT[4] a respeito de quebra de confiança, em que se aplicou a tese para justificar a rescisão de contrato de consultoria após a contratada se envolver em operações policiais, o que violou o dever de idoneidade e confiança, ou ainda como exemplo o caso julgado pelo TJRJ[5] a respeito de prestação de serviço inferior ao contratado, em que se reconheceu a violação positiva quando um hospital acomodou paciente em enfermaria, embora o plano previsse quarto particular.

A violação positiva do contrato é ferramenta essencial para a proteção da confiança e da eticidade nas relações contratuais modernas, permitindo a responsabilização por condutas que, embora não configurem atraso ou falta total de entrega, frustram a legítima expectativa das partes. E isso se aplica na opinião deste articulista aos casos em que se tem apresentado a discussão em torno da anticipatory breach.

INADIMPLEMENTO ANTECIPADO (ANTICIPATORY BREACH)

NO STJ

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o inadimplemento pode se configurar antes mesmo do termo contratual, quando o devedor manifesta, de forma inequívoca, sua intenção de não cumprir a obrigação.

Assim, o STJ vem apontando um entendimento consolidado, a partir do julgamento lançado no REsp nº 1.867.209/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma – j. 08.09.2020, em que se aponta, de modo textual, trecho bastante relevante: “é possível que, antes do termo ajustado, o devedor declare ao credor que não cumprirá a obrigação (...) configurando inadimplemento antecipado do contrato.”

Disso se extrai a tese pela qual o inadimplemento não depende do vencimento, bastando a conduta inequívoca de ruptura. Mas seria de se questionar se o tema repetitivo, de nº 1.095 STJ, poderia ser tido como um distinguishing fundamental para que se aplique em casos de anticipatory breach.

O próprio STJ delimitou o alcance da tese repetitiva (STJ – Tema 1.095), que surge no Leading case, REsp nº 1.891.498/SP, Rel. Min. Marco Buzzi que tem um trecho essencial a se destacar “a compreensão baseada no anticipatory breach (...) não deve ser considerada na fixação da tese repetitiva.”

Ou seja, como conclusão técnica, o quanto julgado no Tema 1.095 não regula anticipatory breach, de sorte que ainda existe espaço para construção jurisprudencial autônoma que ainda não se regulou. De todo modo, como se tem observado, de modo mais recente, existe equiparação à mora, com aplicação da lei especial (alienação fiduciária).

Ora se uma das partes age de modo a tornar impossível ou improvável o cumprimento futuro, ela viola a boa-fé (e aqui se impõe a própria redação do artigo 422 CC que impõe a qualquer contratante deveres anexos de lealdade e cooperação), de modo direto ou mesmo em cumprimento desses deveres anexos, ressalvadas situações excepcionais e imprevisíveis, obviamente.

Importante aqui também um comentário sobre a chamada exceção de insegurança do artigo 477 CC que, a luz da incidência da bilateralidade contratual e da exceção de contrato não cumprido, na insegurança se permite

que uma parte sobreste a sua prestação se a outra sofrer diminuição patrimonial que comprometa a contraprestação.

Para que o inadimplemento antecipado seja reconhecido judicialmente, é necessária a presença de elementos objetivos, a saber a certeza do descumprimento (não basta o mero receio; deve haver evidência segura de que a obrigação não será adimplida), comportamento concludente (em atos do devedor que sejam incompatíveis com a vontade de cumprir o contrato) e na inutilidade da espera (quando aguardar o termo final apenas agravaria o prejuízo do credor).

Os tribunais brasileiros aplicam a tese especialmente em contratos imobiliários e de consumo, em situação em que o **STJ** reconhece que a manifestação do adquirente em não prosseguir com o contrato (por dificuldades financeiras, por exemplo) caracteriza o *anticipatory breach*, permitindo a resolução imediata e a aplicação das regras de restituição[6].

Com igual teor se tem decisão do TJMG[7] pela qual se afirma que, diante da certeza quanto ao não cumprimento do prazo (ex: obra abandonada), não é razoável exigir que a parte lesada aguarde o vencimento para buscar seus direitos. Também o TJDFT[8] aplica a teoria para mitigar prejuízos do consumidor quando o cronograma da obra está substancialmente atrasado, tornando impossível a entrega no prazo.

Como efeitos desta resolução antecipada, se tem que o contrato se terá resolvido (extinto), antes do seu prazo (termo), o que leva a uma restituição integral, sendo certo que em casos de caracterização da culpa exclusiva do devedor (como construtoras), a devolução dos valores deve ser imediata e integral, conforme a Súmula 543 STJ[9] e daí surge a possibilidade de pleitear indenização pelos prejuízos causados pela quebra da expectativa.

De um modo geral o TJSP tem visões divergentes sobre a aplicação da *anticipatory breach* se está ou não abarcada pelo Tema 1.095 (...), podendo-se colocar como exemplos extremos, a tese de que não se encontraria a discussão abarcada, devendo prevalecer a Lei nº 9.514/97 (TJSP – Apelação nº 1012171-30.2021.8.26.0068 Rel. Des. Rui Cascaldi j. 09.08.2023) e o entendimento de que o desinteresse do adquirente configura quebra antecipada do contrato (...) submetendo-se à sistemática da Lei nº 9.514/97.

(TJSP – Apelação nº 1006564-22.2018.8.26.0624 Rel. Des. Alexandre Marcondes j. 31.07.2023).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o inadimplemento pode se configurar antes do vencimento da obrigação, quando o devedor manifesta inequivocamente sua intenção de não cumprir o contrato (STJ, REsp 1.867.209/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08.09.2020).

No mesmo sentido, a Corte Superior reafirmou que o pedido de resolução por desinteresse do adquirente configura quebra antecipada do contrato, atraindo a aplicação da Lei nº 9.514/97 (STJ, REsp 2.072.039/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.05.2023).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo segue a mesma linha, reconhecendo que a “anticipatory breach (...) deve ser equiparada à mora propriamente dita” (TJSP, Apelação nº 1003356-77.2022.8.26.0272, Rel. Des. Fernando Reverendo Vidal Akaoui).

Ou seja, nos contratos de compra e venda com alienação fiduciária o desinteresse do comprador manifestado judicialmente ou extrajudicialmente configura inadimplemento antecipado (anticipatory breach), equiparado à mora e submetido à Lei nº 9.514/97,

O STJ quando do julgamento do REsp nº 1.867.209/SP Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma – j. 08.09.2020 aponta no sentido de que “é possível (...) antes do termo (...) não cumprir a obrigação (...) configurando inadimplemento antecipado”. Observe-se pela ementa completa:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.867.209 - SP (2020/0064090-3) RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO RECORRENTE: ASSISI EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA RECORRENTE: UNICOS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA ADVOGADO: EDUARDO LEMOS PRADO DE CARVALHO - SP192989 RECORRIDO: ALSSANDRA LUCINÉIA MARTINS DA SILVA RECORRIDO: CELSO DA SILVA ADVOGADO: ADILSON JOSÉ CHACON - SP289240 EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE

CONTRATO COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (LOTE) GARANTIDA MEDIANTE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE CULPA DO VENDEDOR. DESINTERESSE DO ADQUIRENTE. 1. Controvérsia acerca do direito do comprador de imóvel (lote), adquirido mediante compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, pedir a resolução do contrato com devolução dos valores pagos, não por fato imputável à vendedora, mas, em face da insuportabilidade das prestações a que se obrigou. 2. A efetividade da alienação fiduciária de bens imóveis decorre da contundência dimanada da propriedade resolúvel em benefício do credor com a possibilidade de realização extrajudicial do seu crédito. 3. O inadimplemento, referido pelas disposições dos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, não pode ser interpretado restritivamente à mera não realização do pagamento no tempo, modo e lugar convençados (mora), devendo ser entendido, também, como o comportamento contrário à manutenção do contrato ou ao direito do credor fiduciário. 4. O pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, configura quebra antecipada do contrato ("anticipatory breach"), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Neste caso, a Segunda Seção STJ buscou resolver o conflito entre duas correntes jurisprudenciais, os que têm feito prevalecer o entendimento de que, resolvido o contrato, não há aplicar o quanto disciplinado no art. 53 do CDC atinente à devolução dos valores pagos pelo adquirente, senão o procedimento próprio, previsto na legislação especial a dispor sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e a alienação fiduciária de coisa imóvel, estabelecido nos artigos 26 e 27 da Lei 9.514/97^[10], e os que tem reconhecido que a ausência de inadimplemento por parte do adquirente afastaria a adoção do procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade na pessoa do credor fiduciário e submissão do bem a leilão^[11].

Pela ementa do aresto, se tem, obviamente, que a primeira corrente se sagrou vitoriosa, o que igualmente se vislumbra no entendimento mais atual da Corte. Tanto assim que sobreveio novo precedente. Sobre a questão: STJ – REsp nº 2.072.039/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.05.2023, em que frisou que “o desinteresse do adquirente (...) configura quebra antecipada (...) aplicando-se a Lei nº 9.514/97”.

De todo modo, no próprio tema 1.095 STJ, se tem distinguishing expresso, no sentido de que o REsp nº 1.891.498/SP, Rel. Min. Marco Buzzi em que o mesmo asseverou de modo expresso que “o anticipatory breach não deve ser considerado na tese repetitiva”.

E como o tema 1.095 STJ expressamente ressaltou a questão, a conclusão técnica se dá no sentido de que exista espaço hermenêutico para que a discussão continue, se perdendo a oportunidade para uma solução de segurança jurídica.

Assim, se tem situações em que várias Cortes do país tem entendido no sentido de que os compradores, mesmo estando em dia com pagamento de suas prestações, nos contratos que tenham como fundamento a contratação com o direito real de garantia de alienação fiduciária, quebram contratos ao quererem destratar em denúncias unilaterais, com o afastamento da ideia de incidência do artigo 53 CDC que seria invocável em outros tipos de contratos análogos sem essa garantia específica que tem lei posterior e especial em relação ao CDC, que seria a lei de alienação fiduciária.

O TJSP tem manifestado interesse firme no sentido de que não se possa aplicar o CDC nesses casos. Como exemplo dessa orientação o entendimento do Desembargador Francisco Loureiro:

Contratos de compra e venda com financiamento do preço mediante alienação fiduciária em garantia normalmente não são passíveis de resolução por impossibilidade econômica dos adquirentes. Se as prestações do preço financiado não forem pagas, resta ao credor a execução da garantia, já que o contrato de venda e compra se encontra perfeito e acabado (TJSP – 1ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 1025764-56.2019.8.26.0405 – j. 08.09.21).

Nesse sentido, seria de se apontar o quanto consta de muito bem elaborado aresto oriundo do TJSP – Apelação nº 1003356-77.2022.8.26.0272, Rel. Des. Fernando Akaoui em que se frisou que a “anticipatory breach (...) equiparada à mora (...) aplicação da Lei nº 9.514/97”.

De modo bastante elucidativo, seria de se apontar a ementa lançada nesta apelação nº 1003356-77.2022.8.26.0272, TJSP, Rel. Des. FERNANDO

REVERENDO VIDAL AKAOUI, da 7ª Câmara de Direito Privado, em que se tem, de modo expresso:

APELAÇÃO CÍVEL – Rescisão de contrato com pedido de restituição de quantias pagas – Autores que adquiriram imóvel da ré – Compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária – Demanda a pretexto de não mais terem interesse no negócio – Pretensão de resolver o contrato com a restituição de 90% dos valores pagos – Sentença de parcial procedência - Recurso da vendedora – Acolhimento – Compra e venda perfeita e acabada, registrada na matrícula do imóvel – Impossibilidade de se desfazer negócio irretratável, já consumado e registrado na matrícula, por mero desejo da parte adquirente, que em verdade significaria obrigar que a vendedora lhe readquirisse o bem – Inexistência de exceção por inadimplemento da alienante – Pretensão de aplicação do CDC que não se admite – Inaplicabilidade da tese fixada no Tema 1.095 do C. STJ, que expressamente exclui sua incidência nos casos de quebra antecipada, tal como na situação telada – *Distinguishing* – Quebra antecipada (*antecipatory breach*), por seu turno, que deve ser equiparada à mora propriamente dita e, da mesma forma, conduz à liquidação pela sistemática da lei especial – Precedentes – Sentença reformada para julgar improcedente o pedido – RECURSO PROVIDO.

Em análise integral do voto lançado e vitorioso, em votação unânime, se observa uma questão essencial e que muitas vezes se tem por ignorada em alguns julgados, qual seja a de que esses contratos são de compras e vendas perfeitas e acabadas, mesmo em sendo vendas em caráter pro soluto (ou seja, em situação de propriedade resolúvel) com a cláusula de alienação fiduciária em garantia.

Ou seja, em negócio já finalizado (que passou pelas barreiras da existência, da validade e da eficácia que apenas seria contida por questões de pagamento para fins de liberação de registro), não haveria que se falar em tese, de retratação ou desfazimento unilateral.

Asseverou de modo expresso o Desembargado Relator no sentido de que “o fato de existir pacto adjeto de alienação fiduciária, contrato paralelo e ainda em curso, não tisa o caráter definitivo da compra e venda. Se houver inadimplemento, haverá execução da garantia, e não desfazimento da venda – bem porque esse desfazimento, repita-se, é impossível”.

Corretamente se diferenciou não ser o caso, em uma contratação como esta, de se aplicar o regime da rescisão, que seria um exercício potestativo para colocar fim ao prolongamento de um contrato, e nem tampouco haveria discussão sobre resolução (inexecução, cláusula resolutiva ou onerosidade excessiva), não sendo adequado, como parece ser óbvio, que se obrigue o vendedor a recomprar o bem. E nesse julgamento se apontou de modo expresso no corpo do voto:

Fora de tais possibilidades, se os adquirentes efetivamente quiserem desfazer o contrato, notadamente por meio de ação de rescisão contratual, haverá de se caracterizar a quebra antecipada (ou *antecipatory breach*), cujo caráter é equiparado ao da mora propriamente dita e reclama, assim, a aplicação da mesma sistemática da lei especial.

Além disso se observa que a norma contida no artigo 53 CDC, não se aplicaria em casos como tal, justamente porque a compra teria sido concretizada, diante da necessidade de aplicação da sistemática de liquidação e leilão esculpida pela Lei nº 9.514/97 para os casos de mora no pagamento de prestações. Também outros precedentes exemplificativos do mesmo TJSP a respeito do tema em questão e com a mesma solução:

COMPRA E VENDA – Rescisão – Desistência do comprador autor – Avença garantia por alienação fiduciária devidamente registrada na matrícula do imóvel – Inexistência de débito do comprador à época do ajuizamento – Pretensão de anticipatory breach que não está abarcada pelo enunciado da tese, formulada para os fins do art. 1.040 do Código de Processo Civil, no REsp nº 1.891.498/SP (Tema nº 1.095) – Inviabilidade da rescisão pretendida – Hipótese de seguimento do rito da Lei nº 9.514/97 para a execução da garantia fiduciária – Precedentes da Câmara - Decisum mantido – Apelo não provido, com observação (TJSP – 1ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 1012171-30.2021.8.26.0068 – Rel. Des. Rui Cascaldi – j. 09.08.23).

Compra e venda. Ação de rescisão contratual. Sentença de parcial procedência. Irresignação da ré. Autores proprietários registrais do imóvel e devedores fiduciantes. Garantia fiduciária registrada. Inaplicabilidade da tese vinculante aprovada pelo STJ no julgamento do Tema 1095. Autores adimplentes ao tempo do ajuizamento da ação. Fato que não justifica a resolução do contrato na forma pretendida na inicial. Pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia, por

desinteresse do adquirente, que configura quebra antecipada do contrato ("*anticipatory breach*"), mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações. Precedentes do STJ e desta Corte. Resolução que deve se submeter aos ditames da Apelação Cível nº 1003356-77.2022.8.26.0272 -Voto nº 12 Lei nº 9.514/97. Ação improcedente. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP – 1ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 1006564-22.2018.8.26.0624 – Rel. Des. Alexandre Marcondes – j. 31.07.23).

E isso encontra afinado com a ideia apontada no julgamento do *leading case*, REsp 1.891.498/SP, mencionado acima, de relatoria do Ministro Marco Buzzi e do *leading case* o REsp nº 1.867.209/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 8/9/2020, pelos quais se tem que o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia por desinteresse do adquirente, ainda que não tenha havido mora no pagamento das prestações, configuraria quebra antecipada do contrato (*anticipatory breach*), decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente.

Nessa medida se tem que o entendimento TJSP ora em análise, mesmo reconhecendo que o tema 1.095 STJ tenha diferencial quanto à tese da *anticipatory breach*, não se interpretaria estritamente, admitindo até que se resolva analisar a questão naquela Corte, que se entenda pela aplicação do regime específico da Lei de Alienação Fiduciária, em detrimento do CDC, mesmo quando o consumidor não esteja em mora com as prestações para reconhecer que o mesmo tenha violado o contrato no caso de querer uma rescisão unilateral, o que estaria em consonância com outro posicionamento mais recente do STJ lançado em precedente de 24 de maio de 2023, ou seja, após a publicação do tema 1.095 STJ, corporificado no REsp 2.072.039/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, já mencionado linhas acima^[12].

Em todos estes julgados parece claro que, estando ou não em mora, o comprador, o fato de querer rescindir o contrato por mero desinteresse, gera o inadimplemento do contrato, reconhecendo-se o regime da quebra antecipada (*anticipatory breach*) que é equiparado à mora para todos os fins de direito.

O fato relevante apontado nesses arestos pode ser resumido em duas situações jurídicas distintas, em que a diferença estaria no registro, ou não, do contrato, podendo ser assim resumidas:

A) Adquirente do imóvel incorre em inadimplência das parcelas e não houve registro do contrato ou constituição em mora: solução baseada no Tema 1.095, aplicável o Código de Defesa do Consumidor;

B) Adquirente do imóvel incorre em inadimplência das parcelas e houve o registro do contrato, bem como a constituição em mora dos devedores: solução baseada no Tema 1.095, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, prevalecendo os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97.

C) Adquirente do imóvel não incorre em inadimplência do preço, mas em ação judicial manifesta desinteresse na continuidade da avença: solução que não se dá à luz do Tema 1.095 e reclama adoção de técnica lógica-jurídica de equiparação à mora regular, prevalecendo, igualmente, os artigos 26 e 27 da Lei nº 9.514/97.

Nesses casos, se aponta no sentido de que houve ruptura antecipada (repúdio/condução incompatível com a manutenção do vínculo), legitimando reação imediata do credor, com base em boa-fé objetiva e proteção da confiança, vedação ao agravamento do prejuízo do credor (racionalidade do sistema obrigacional), deferindo tutela do adimplemento útil (obrigação como processo).

Esses casos, apontam no sentido de que providências que possam ser adotadas, desde logo, pelo credor (geralmente vendedor) como a obtenção de uma situação de resolução por inadimplemento antecipado (ou declaração de resolução), com efeitos patrimoniais, possibilidade de exceção de contrato não cumprido / suspensão da prestação do credor, quando bilateral, obtenção de tutela inibitória/urgência para evitar dissipação de garantias, agregada à obtenção de perdas e danos (danos emergentes, lucros cessantes, cláusula penal, etc.), conforme prova.

Em doutrina, seria de se apontar no sentido do quanto apontado por Vera Jacob de Fradera para quem “diante da declaração de não cumprimento, deve-se permitir reação imediata do credor”, enquanto para Judith Martins-Costa, se tem que “a boa-fé objetiva impede comportamentos contraditórios que frustrem a confiança legítima” o que encontra amparo também na opinião de Flávio

Tartuce para quem “a quebra dos deveres anexos constitui inadimplemento contratual”

Para esses doutrinadores se tem como interpretação inequívoca que o desinteresse do comprador equivaleria, então, a uma situação de violação da boa-fé, eis que obrada em quebra da confiança, gerando um inadimplemento funcional.

Mesmo quando se analisa o quanto se tem em sede de doutrina internacional (estrangeira) para fins de uma análise de direito comparado, não se poderia deixar de apontar que no sistema jurídico da Common Law (de qual o instituto se origina) que naquelas plagas se reconhece que o contrato pode ser rompido antes do vencimento quando há repúdio claro.

Pelas regras da Convenção de Viena (CISG) se permite atuação antecipada diante do risco de inadimplemento em ideia próxima da nossa exceção de insegurança. Assim se tem que o regramento dessa anticipatory breach fornece tutela imediata sem necessidade de aguardar o inadimplemento.

De um modo geral, no entanto, numa análise entre os sistemas de Civil Law x Common Law, se observam divergências (dissensos), sendo que sistemas civilistas são mais restritivos quanto à resolução antecipada. Assim quanto a esse tema, o Brasil estaria em fase de convergência e o STJ já incorporou o instituto e o TJSP aplica com maturidade.

Em tese se tem que esses casos, não seriam de denúncia ou de distrato simples, acabando por se converter em inadimplemento antecipado, o que afastaria a incidência do regime jurídico do CDC, diante da existência de lei especial e posterior que seria a Lei 9.514/97 pela qual não haveria direito de desistir do negócio em que exista cláusula de alienação fiduciária em garantia, o que gera a quebra contratual com consequências.

A luz da incidência do imperativo de boa-fé objetiva (artigo 422 CC) se deva impedir desistências contratuais oportunistas (ademais, contratos tem função econômica a ser preservada o que seria a base do princípio da conservação dos negócios jurídicos, com proteção, inclusive, do mercado imobiliário que tem suas peculiaridades), mas isso deve ser temperado pelo critério residual de

equidade que seria o da vedação de situações de enriquecimento sem causa, impedindo devoluções amplas, mormente porque o empreendimento ensejou uma série de investimentos e experimentou muitos custos, e, por vezes, o comprador envolve financiamentos muito onerosos.

O desinteresse do adquirente, manifestado antes do vencimento das obrigações, configura inadimplemento antecipado (anticipatory breach), conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.867.209/SP e REsp 2.072.039/SP), hipótese que não se submete à tese firmada no Tema 1.095/STJ, por expressa exclusão.

Nessa linha, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo vem consolidando o entendimento de que tal conduta deve ser equiparada à mora, atraindo a aplicação da Lei nº 9.514/97, afastando-se o regime do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina nacional e internacional converge no sentido de que a quebra antecipada do contrato autoriza reação imediata do credor, em proteção à boa-fé objetiva, à confiança legítima e à racionalidade econômica do sistema contratual.

No caso da jurisprudência da Corte bandeirante se tem que há corrente muito forte no sentido de aplicar a legislação especial, qual seja, a aplicação dos artigos 26 e 27 da Lei de Alienação Fiduciária, na solução destes casos, reconhecendo que os compradores não possam se beneficiar da incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse entendimento se tem aventado que a quebra desses deveres anexos também gera a violação positiva do contrato, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva.

No mesmo acórdão, o TJSP também registra expressamente o Enunciado 24 e a ideia de deveres laterais (lealdade, confiança, informação, cooperação), conectando a ideia de violação positiva do contrato e situação de inadimplemento por boa-fé objetiva, havendo situação, nesses casos de abuso de direito (artigo 187 CC) por ofensa a deveres laterais dessa boa-fé objetiva.

Não basta que não se esteja em mora, se a falta de mora se funda, apenas e tão só, em estratégia, com certo abuso de direito para quebrar um contrato (a regra geral seria da *pacta sunt servanda*) levando a polêmicas com credores fiduciários por exemplo.

Assim, a quebra antecipada do contrato, também conhecida como "anticipatory breach" no direito anglo-saxão, é caracterizada por atos do devedor que demonstram inequivocamente sua intenção de não cumprir as obrigações futuras do contrato. No direito brasileiro, essa situação não apenas permite ao credor rescindir o contrato, mas também impõe o procedimento de liquidação da garantia, conforme previsto nas Leis nº 9.514/97.

No caso do julgamento do [REsp 1.867.209-SP](#) pelo STJ constitui um marco importante na interpretação dos contratos de compra e venda com alienação fiduciária em garantia, especialmente no que diz respeito à quebra antecipada do contrato pelo devedor.

Até porque tal decisão lançada STJ destaca o regime jurídico específico aplicável a esses contratos e esclarece o procedimento correto para a resolução e liquidação da garantia. Assim, contribui para a segurança jurídica e para a adequada aplicação do direito nas relações de crédito imobiliário.

Em conclusão, se tem, malgrado alguma insegurança jurídica com dispersão de entendimentos, existe tendência no âmbito do STJ que já vem sendo acompanhada por segmento relevante do TJSP a respeito da preponderância do regime jurídico dos artigos 26 e 27 da Lei de Alienação Fiduciária, nesses casos de desinteresse em manter as aquisições desses imóveis, afastando a incidência da Súmula 543 STJ desses julgamentos.

[1] REsp 2.042.232/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24/08/2023.

[2] Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil: Consolidada o entendimento de que o descumprimento dos deveres anexos gera inadimplemento.

[3] STJ — REsp 2090538 PR — Publicado em 04/12/2024 Com a possibilidade de violação positiva do contrato e de seus deveres anexos, inspirados sob os princípios da boa-fé objetiva e da probidade, os quais devem permear todo o vínculo contratual, inclusive na fase de execução (sobretudo nos contratos de

prestação continuada), também estará caracterizada a mora (inadimplemento parcial) nos casos de cumprimento imperfeito, inexato ou defeituoso da prestação. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2906219583>"

[4] TJ-DF — 0711360-52.2019.8.07.0001 — Publicado em 03/11/2020 A lesão aos deveres anexos à boa-fé objetiva, como ocorre com o rompimento da relação de confiança que existe entre as partes, constitui a chamada violação positiva do contrato e configura inadimplemento contratual a autorizar a resolução do vínculo contratual, mesmo quando cumprida parcialmente a obrigação principal. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1114407067>"

[5] TJ-RJ — 0037590-25.2013.8.19.0204 — Julgado em 03/10/2018 Quando ignorados ou afrontados os deveres anexos da boa-fé, instaura-se a violação positiva do contrato ou cumprimento defeituoso, em que não se observa o descumprimento da totalidade do avençado, mas sim dos deveres laterais do mesmo, caracterizando hipótese de inadimplemento à luz do Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/748040208>"

[6] <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2108055934>.

[7] <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/873790989>.

[8] <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/5633253167>

[9] <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/849953302>"

[10] AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM DEVOLUÇÃO DE VALORES. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. ARTS. 26 E 27 DA LEI 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que, ocorrendo o inadimplemento de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deverá observar a forma prevista nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97, por se tratar de legislação específica, o que afasta, por consequência, a aplicação do art. 53 do CDC. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1848934/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe 25/05/2020)

CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPD. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL

(TERRENO) COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR DESINTERESSE EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI Nº 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. PRECEDENTES. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MATÉRIA NÃO ALEGADA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. "A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial". (AgInt no REsp 1.822.750/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 18/11/2019, DJe 20/11/2019). 3. É vedado à parte recorrente, em sede de embargos de declaração e agravo interno, suscitar matéria que não foi arguida anteriormente, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa. 4. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1848426/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2020, DJe 25/03/2020)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (TERRENO) COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR DESINTERESSE EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1858635, decisão monocrática, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, Data da Publicação 05/02/2020) RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (TERRENO) COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR DESINTERESSE EXCLUSIVO DO ADQUIRENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 26 E 27 DA LEI Nº 9.514/97. NORMA ESPECIAL QUE PREVALECE SOBRE O CDC. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 141, 492 E 1.013, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO PARCIALMENTE

PROVIDO.1. "A Lei nº 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor - CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial". (AgInt no REsp 1.822.750/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. 18/11/2019, DJe 20/11/2019).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. PREVALÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ARTIGO 27, §§ 4.º, 5.º E 6.º DA LEI N.º 9.514/97 EM DETRIMENTO DA REGRA GERAL DO ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (REsp 1.834.456/SP, decisão monocrática, Minha Relatoria, TERCEIRA TURMA, data 10/02/2020)

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RESCISÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DESCRITAS NA LEI 9.514/1997. DESPESAS DO IMÓVEL. TITULAR DO DOMÍNIO. RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR. TERMO FINAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp 1.863.426/SP, decisão monocrática, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, data 18/03/2020)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL. INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que, na hipótese de inadimplemento do devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, a quitação da dívida deve se dar na forma dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, afastando-se as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 3. Na hipótese, com base na análise dos elementos de provas dos autos, a Corte local reconheceu que não ocorreu o inadimplemento. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo interno não provido. (AgInt nos

EDcl no REsp 1824090/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 27/04/2020)

[11] DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CDC. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1 - Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, aplica-se do CDC aos contratos de arrendamento mercantil. 2 - O art. 26 da lei 9514/97 sempre é aplicado quando o fiduciante não paga, no todo ou em parte, a dívida, e é constituído em mora, o que não é o caso dos autos. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 550.820/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011).

[12] RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. DESINTERESSE DO ADQUIRENTE. QUEBRA ANTECIPADA DO CONTRATO. INCIDÊNCIA DA LEI 9.514/1997. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL, CONHECIDO E PROVIDO. ... Nesse contexto, o entendimento firmado pelo colegiado estadual encontra-se divergente do entendimento firmado neste Superior Tribunal, no sentido de que o pedido de resolução do contrato de compra e venda com pacto de alienação fiduciária em garantia, por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, configura quebra antecipada do contrato, decorrendo daí a possibilidade de aplicação do disposto nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997 para a satisfação da dívida garantida fiduciariamente e devolução do que sobejar ao adquirente. ... Assim, verifica-se que o entendimento adotado pelo acórdão recorrido vai de encontro à jurisprudência do STJ, ressaltando-se, ainda, que, na linha dos precedentes mais recentes da Terceira Turma desta Corte, o pedido de rescisão contratual deve ser equiparado à mora, ensejando, portanto, a incidência dos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997