

TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS, POR DANIEL DE PÁDUA ANDRADE

*TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS,
BY DANIEL DE PÁDUA ANDRADE*

GIOVANNA BRUNA POZZATI

Pós-graduanda em Processo Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.
giovannabruna.pozzati@gmail.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: ANDRADE, Daniel de Pádua. *Tutela específica das obrigações contratuais*. São Paulo: Almedina, 2022.

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Processual

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apresentação da obra. Análise e conclusão.

INTRODUÇÃO

O autor e pesquisador mineiro Daniel de Pádua Andrade é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC), especialista em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É pesquisador visitante do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (MPIPRIV/Hamburgo) e do *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT/Roma), membro do Instituto de Direito Privado (IDiP), do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont) e da Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC), bem como Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV).

A abordagem desenvolvida passará por uma apresentação da obra e do problema enfrentado pelo autor e por uma breve análise do caminho e do resultado ao final alcançado.

1. APRESENTAÇÃO DA OBRA

Após o prefácio elaborado pela professora dra. Flávia Portella Puschel, a obra *Tutela específica das obrigações contratuais* está organizada em introdução, conclusão e quatro capítulos intermediários: I. A tutela específica enquanto remédio preferencial para o descumprimento do contrato; II. A desproporcionalidade como limitação da tutela específica de obrigações contratuais; III. A difusão da exceção de desproporcionalidade no sistema romano-germânico; e IV. Proposta de aplicação da exceção de desproporcionalidade no direito brasileiro.

De forma objetiva, o autor delimita o tema e as particularidades a serem abordadas: a tutela específica nas obrigações de dar, fazer e não fazer e, particularmente, o que acontece nos casos em que a tutela específica é dispendiosa e de difícil cumprimento pelo devedor.

O autor aproveita o ensejo e introduz um dos conceitos aprofundados ao longo do texto, a que denomina “exceção de desproporcionalidade”, que congrega, segundo ele, tanto um aspecto objetivo – que se refere à alteração da regra estabelecida pelo ordenamento jurídico, a saber, a conversão da prestação *in natura* em prestação genérica – quanto um aspecto subjetivo, a possibilidade de o devedor escusar-se de cumprir a tutela específica em virtude dos *desproporcionais* requisitos exigidos para a sua satisfação.

No primeiro capítulo, são apresentados diversos conceitos ligados à temática, necessários para o esclarecimento da tese proposta: faz-se a diferenciação entre tutela genérica e tutela específica ou *in natura*, classificando esta como a que tem por objetivo conferir ao credor o conteúdo violado (a prestação da obrigação em si, e não uma quantia em dinheiro) ou que esteja sob ameaça de violação pelo devedor.

Na sequência, o autor discorre sobre os meios à disposição do judiciário para a efetivação das tutelas: (i) medidas executivas coercitivas ou indiretas, que dependem da participação do devedor para a realização da conduta pretendida; e (ii) medidas executivas sub-rogatórias ou diretas, que não demandam a participação do devedor, pois é o Estado que, ao se valer dos meios necessários, atingirá os fins desejados. Nesse último caso, o Código de Processo Civil confere ao magistrado especiais poderes de coerção (art. 139, IV, CPC).

Passando pelas Ordenações Filipinas em 1595, pelo Código Comercial de 1850, pelo Código Civil de 1916, pelo Código de Processo Civil de 1939, pelo Código de Processo Civil de 1973, e pelo Código Civil de 2002, é com o Código de Processo Civil de 2015, segundo o autor, que a tutela específica tem o seu papel fortalecido e

assume a predileção em relação à tutela genérica (artigos 497 a 501, 536 a 538 e 806 a 823). Mais especificamente, o artigo 499, do CPC, seria o marco da passagem da tutela específica como opção disponível ao credor para o âmbito de sua determinação pelo ordenamento.

Após a introdução da sistematização das tutelas específicas à luz da doutrina de Fredie Didier Jr. (tutela específica inibitória, tutela específica reintegratória e tutela específica ressarcitória, sendo que a tutela específica do adimplemento contratual¹ é considerada como um subtipo da tutela específica reintegratória), o autor promove uma releitura contemporânea do conceito de obrigação – incluída a análise sobre os papéis desempenhados pela boa-fé objetiva – e nos conduz pelas diferentes espécies de inadimplemento (a relação causa e efeito, a imputabilidade ou não do inadimplemento a uma das partes, a classificação entre inadimplemento absoluto e relativo) até o sistema de remédios para o descumprimento contratual.

De acordo com a definição proposta por Judith Martins-Costa e Cristiano de Sousa Zanetti, transportadas para a obra em análise, são três os remédios ao alcance do credor: (1) a execução específica da prestação; (2) a execução do equivalente pecuniário da prestação; e (3) a resolução do contrato, podendo, nos três casos, haver cumulação com eventuais perdas e danos.

No capítulo seguinte o autor problematiza sobredita exceção de desproporcionalidade, que teria por eficácia impedir o recurso à tutela específica em razão do elevado sacrifício pelo devedor para satisfazê-la, em detrimento do proveito a ser auferido pelo credor.

Trata, inicialmente, dos limites implícitos e explícitos para o cabimento da tutela específica. Isso porque, ainda que a tutela *in natura* seja a regra, existem algumas situações de ameaça ou violações a direitos em que a adoção desta modalidade não é admitida pelo ordenamento.

Os limites explícitos estão delineados no CPC, mais precisamente no art. 499, isto é: mediante requerimento do credor, acompanhada de demonstração da perda de utilidade da prestação descumprida ou da impossibilidade de cumprimento da obrigação avençada em virtude de obstáculo intransponível, seja ele de caráter físico ou jurídico. Por sua vez, os limites implícitos decorrem da combinação de princípios e regras insculpidos no ordenamento jurídico. Segundo o autor, tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira têm conferido destaque à preservação da liberdade do devedor, em se tratando do cumprimento de obrigação infungível, de natureza personalíssima, como limite implícito.

-
1. O estado antijurídico que a tutela específica do adimplemento contratual pretende desconstituir, no entanto, é bastante peculiar e corresponde exclusivamente à situação do inadimplemento relativo ou mora decorrente de um negócio jurídico bilateral.

O autor situa o objeto do trabalho (exceção de desproporcionalidade) como um limite implícito para a concessão de tutela específica. Apresenta, ato contínuo, três casos em que, a despeito da não utilização desse *nomen*, para afastar o recurso à tutela específica, o Superior Tribunal de Justiça teria se valido da desproporção entre o benefício auferido pelo credor e o sacrifício do devedor, determinando a aplicação de remédio contratual diverso: REsp n. 898.184/RJ (2008)², REsp n. 1.055.822/RJ (2011)³ e REsp n. 1.250.596/SP (2011)⁴.

Com efeito, a obra demonstra preocupação com o fato de que a utilização da exceção de desproporcionalidade possa subverter a regra da primazia da tutela específica. A fim de solucionar a problemática, confere tratamento dogmático à exceção.

2. Tratava-se de demanda sobre contrato de locação imobiliária comercial, envolvendo a joalheria Amsterdam Sauer Joalheiros Ltda. e a rede hoteleira Marriott do Brasil Ltda. A rede de hotéis era responsável (de forma exclusiva) por ceder um espaço comercial no *lobby* do hotel para a joalheria em questão. Descumprindo com o contrato, o hotel construiu um bar no espaço inicialmente reservado e celebrou um novo contrato, com outra joalheria. A Amsterdam Sauer ajuizou uma ação postulando pela tutela específica da obrigação descumprida em acréscimo aos lucros cessantes, ou, alternativamente, a conversão da prestação em perdas e danos. O primeiro e o segundo grau determinaram a conversão da obrigação em perdas e danos, entendimento seguido pela 6ª Turma do STJ, na medida em que a demolição do bar e o rompimento do segundo contrato importariam em custas exorbitantes ao devedor, em comparação ao benefício auferido pelo credor (REsp n. 898.184/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 24.06.2008, DJ 04.08.2008).
3. No caso, a autora renovou um contrato de assinatura de revista com a Editora Abril S.A. pelo período de um ano, mediante o pagamento antecipado. Após cinco meses, a editora informou que a revista não seria mais editada e ofereceu à autora a opção de receber outra publicação. A proposta foi recusada e a consumidora ajuizou uma demanda requerendo que a editora editasse e enviasse as revistas faltantes. O primeiro e o segundo grau reconheceram a impossibilidade da prestação da tutela específica, em razão do sacrifício a ser exigido do devedor. A decisão foi parcialmente mantida pelo STJ, que destacou o descabimento do emprego da tutela *in natura* em virtude de manifesta desproporção entre o esforço do devedor e os benefícios da credora (REsp n. 1.055.822/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 24.05.2011, DJe 26.10.2011).
4. A demanda versava sobre um contrato de *joint venture* envolvendo as sociedades Caloi Fitness Ltda. e Kiko's Fitness Store Comercial LTDA, que haviam conjugado esforços na criação de uma terceira pessoa jurídica, denominada Gymbrands Equipamentos de Ginástica Ltda. A relação entre as sócias sofreu desgaste e a Caloi ajuizou uma ação requerendo, em caráter liminar, o encerramento do empreendimento comum. O pedido foi negado em primeiro grau. O TJSP conferiu provimento ao agravo de instrumento interposto pela Caloi, determinando o desfazimento da empresa. A Kiko's Fitness Store recorreu, alegando que a Caloi contrariou o disposto no art. 475, CC. A terceira Turma do STJ negou provimento ao recurso especial, destacando que o direito à tutela específica não é absoluto, devendo ser afastada a prestação da forma como solicitada por considerá-la desproporcional ao benefício auferido pelo credor (Kiko's Fitness Store) (REsp n. 1.250.596/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03.11.2011, DJe 16.11.2011).

Tendo isso em mente, o autor se debruça sobre as análises efetuadas pela doutrina a respeito do tema: perpassa por Pontes de Miranda; traz o entendimento de Gabriel de Almeida Barreto, de Luiz Guilherme Marinoni, e de Guilherme de Puchalski Teixeira no tocante à tutela específica ressarcitória, que diverge da tutela específica do adimplemento contratual. Marinoni e Puchalski Teixeira compartilham da mesma linha de raciocínio e defendem a possibilidade de invocação do sacrifício desproporcional para limitar a execução da tutela específica.

Com entendimento contrário, refere a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves. Numa “terceira via”, Venceslau Tavares da Costa Filho e Roberto Paulino Albuquerque Júnior se manifestam pela viabilidade de utilização do princípio da menor onerosidade da execução, com a finalidade de invocar a existência de abusividade para afastamento da tutela específica inicialmente almejada. Por último, alude também ao posicionamento de Fredie Didier Jr., que discorda da utilização do princípio da menor onerosidade como fundamento para impedir a utilização da tutela específica.

No final do segundo capítulo, o autor analisa e aprofunda o entendimento sobre três formulações jurídicas e os motivos pelos quais tais conceitos são insuficientes para fornecer substrato à utilização da exceção de desproporcionalidade: o instituto da impossibilidade superveniente da prestação⁵; as regras sobre o desequilíbrio superveniente do contrato⁶; e o princípio da menor onerosidade da execução⁷.

-
5. Prevista no art. 499, do CPC, a impossibilidade superveniente da prestação se enquadra como um limite explícito para a concessão da tutela específica. Conforme exposto na obra, parte da doutrina defende que o instituto abrange não só os impedimentos invencíveis como também as dificuldades exorbitantes impostas ao devedor, o que, por consequência, resolveria a problemática da tutela específica desproporcional. De forma muito breve, já que todos os meandros da conceituação são tratados na obra analisada, a impossibilidade da obrigação contratual possui as seguintes classificações: quanto ao momento da ocorrência (como originária ou superveniente); imputável ou não imputável a uma das partes; física ou jurídica; objetiva (total ou parcial); ou subjetiva e definitiva ou temporária. É a impossibilidade relativa que se conecta com o sacrifício desproporcional do devedor: ainda que fosse fisicamente ou juridicamente possível à prestação da tutela, a forma como foi originalmente contratada importaria em um dispêndio desproporcional e exorbitante por parte do devedor. Após a análise, o autor conclui que o instituto da impossibilidade não fornece base sólida e necessária para o controle da tutela específica desproporcional.
 6. Após exposição histórica sobre o instituto e a interferência do Estado nos contratos, o autor conclui que as regras sobre desequilíbrio superveniente do contrato são inábeis a justificar a análise voltada à averiguação da existência de um esforço desarrazoado de parte do devedor para o cumprimento da tutela em razão da ausência de elasticidade do conceito para abarcar a exceção de desproporcionalidade.
 7. No tocante ao princípio da menor onerosidade, divergindo de parte da doutrina, o autor conclui que é inviável a sua utilização para justificar a exceção de desproporcionalidade, na medida em que tal instituto se refere aos atos executivos e não ao conteúdo da prestação

No terceiro capítulo, são apresentados elementos do direito estrangeiro, com a finalidade de demonstrar como o sacrifício excessivo do devedor para cumprir a tutela específica é encarado na França, na Alemanha e em Portugal, países nos quais, assim como no Brasil, a tutela *in natura* é preferível à tutela genérica, em distinção ao que ocorre nos sistemas de *Common Law*.

Segundo o autor, o *Common Law* se baseia na Teoria da Opção, de Oliver Wendell Holmes, e na Teoria do Adimplemento Eficiente, concebida pela Análise Econômica do Direito (AED). Sendo assim, para a aplicação da tutela específica em detrimento da tutela genérica, são consideradas três circunstâncias: (1) a dificuldade de comprovar a extensão dos prejuízos; (2) a dificuldade de encontrar um substituto para a execução da prestação com o dinheiro recebido; e a (3) a probabilidade da frustração do não pagamento do montante devido.

Em relação ao *Civil Law*, o questionamento principal tem sido a “exceção da desproporcionalidade”. A primazia é pela tutela específica em detrimento da tutela genérica, mas nos cabe perguntar: o que acontece quando o cumprimento dessa tutela é deveras dispendioso ao devedor em face da prestação a ser entregue? Qual o argumento jurídico invocado para fundamentar o emprego da exceção, e não da regra?

O autor avança, então, à experiência alemã quanto à impossibilidade de prestação da tutela específica pelo devedor em virtude do sacrifício exorbitante para cumprir a prestação avençada. A exoneração do dever de executar a prestação está prevista no § 275 do Código Civil Alemão, e o autor conclui que o BGB abarca, na atualidade, diferentes hipóteses de inviabilidade de cumprimento da obrigação: seja em razão de uma impossibilidade técnica, seja em razão da impossibilidade de cumprimento decorrente do sacrifício dispendioso pelo devedor (ainda que, tecnicamente, seja possível o cumprimento da obrigação).

Assim, o dispositivo que trata do cumprimento da tutela específica está dividido em três seções: a primeira diz respeito a uma impossibilidade técnica, ou seja, há um obstáculo intransponível tanto para o devedor quanto para um terceiro no cumprimento daquela tutela; o segundo segmento se refere à denominada impossibilidade prática, quando o sacrifício do devedor é desproporcional aos ganhos do credor; e, por último, a impossibilidade moral, por conta da qual o devedor está desonerado de prestar forçosamente obrigações personalíssimas em razão de um contexto inaceitável.

É o segundo segmento do § 275 que legitima, segundo o autor, a exceção de desproporcionalidade no direito alemão.

cumprida pelo devedor. Assim como as regras sobre o desequilíbrio superveniente do contrato, o princípio da menor onerosidade da execução não possui elasticidade suficiente para extrapolar os limites de análise dos atos executivos perpetrados pelo credor para a existência de sacrifício desmedido do devedor para o cumprimento da obrigação avençada.

Na sequência, ele trata da experiência francesa. Em razão da reforma de 2016, a temática está estabelecida no Código Civil de 1804, no art. 1.221, e prevê a possibilidade de o devedor desonerar-se do cumprimento da tutela específica quando verificada desproporção entre o seu custo para o devedor e o benefício auferido pelo credor. O autor destaca que a inclusão da exceção de desproporcionalidade no *Code Civil* se deu como forma de impedir que a tutela específica fosse concedida a qualquer custo.

A fim de corroborar o exposto, são utilizados dois exemplos: o caso da piscina construído com três em vez de quatro degraus; e o da residência edificada com 16 polegadas a menos do que o contratado. Os dois são casos concretos ocorridos antes da reforma de 2016, nos quais se determinou a execução da tutela *in natura* mesmo diante de um sacrifício exorbitante para o devedor em detrimento do resultado. Em ambos os exemplos, a Corte de Cassação determinou que o devedor cumprisse a sua obrigação exatamente como contratada, nos termos do art. 1.184 do Código Civil.

Aqui é importante destacar que a exposição de motivos do Código Civil francês relacionava a exceção de desproporcionalidade com a necessidade de evitar o abuso de direito à tutela específica.

Em 2018, houve uma modificação na legislação civil francesa e o art. 1.221 passou a vigor com nova redação, acrescentando a boa-fé como atributo a ser verificado em relação ao comportamento desempenhado pelo devedor para o inadimplemento relativo, para a posterior averiguação da ocorrência de exceção de desproporcionalidade e o cumprimento específico ou sua conversão por uma tutela genérica.

Quanto à experiência lusitana, o Código Civil português não contemplou a exceção de desproporcionalidade de forma expressa e abrangente. Há, todavia, conforme expõe o autor, alguns dispositivos que tratam de situações manifestamente desproporcionais para o devedor: demolição de obra realizada em desconformidade com a obrigação de não fazer; extrema dificuldade para a restituição de objeto de mútuo não pecuniário; e o saneamento de defeitos encontrados no decorrer do contrato de empreitada.

Assim, o autor enuncia que a dificuldade dos juristas portugueses está em transportar a exceção de desproporcionalidade das situações especificadas no diploma civil para situações que não se enquadram nas situações legisladas, quando se verifica o sacrifício exacerbado do devedor. Parte da doutrina⁸ portuguesa utiliza os fundamentos do abuso de direito com a finalidade de carrear os elementos da exceção de desproporcionalidade dos artigos específicos para outras situações.

8. Para ilustrar o posicionamento, o autor se refere a Catarina Monteiro Pires e a Gabriela Mesquita Sousa.

No final do terceiro capítulo, a obra abrange a exceção de desproporcionalidade nas normativas internacionais – são analisados seis documentos internacionais de países *Civil Law*, sendo cinco deles vinculados à União Europeia e um deles à comunidade latino-americana – e as razões econômicas para a difusão da exceção de desproporcionalidade, mais especificamente a abordagem efetuada pela Análise Econômica do Direito, que acredita na expansão da exceção de desproporcionalidade nos países *Civil Law*, porquanto a sua admissão conduziria a resultados mais eficazes (menos desperdício de recursos e desestímulo a condutas oportunistas – *moral hazard*).

No quarto e último capítulo, o autor verifica se, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível que a figura do abuso de direito fundamente o afastamento da tutela específica em razão da exceção de desproporcionalidade.

Primeiramente, o autor trata da formação das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, bem como de seus aspectos positivos e negativos. Na sequência, aborda a trajetória percorrida pela cláusula geral do abuso de direito (art. 187, CC). É no contexto do direito francês pós-revolucionário (séc. XX) que se inicia a teorização do abuso do direito enquanto teoria autônoma e, inicialmente, conectada à fruição dos direitos relacionados à propriedade imobiliária. Depois da sua consolidação na França, o abuso de direito é difundido nos países de sistema romano-germânico.

A obra expõe que, no Brasil, em que pese às discussões doutrinárias já existentes, a teoria do abuso de direito se consolida legislativamente com o Código Civil de 2002. Em relação ao Código Civil de 1916, a doutrina extraía o abuso de direito da interpretação *a contrario sensu* da excludente de ilicitude do exercício regular de um direito. Dessa forma, da análise do abuso de direito, art. 187 – “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” –, o autor extrai três parâmetros para o controle do exercício jurídico: a) o limite do fim econômico ou social; b) a boa-fé; e c) limite dos bons costumes.

Ato contínuo, discorre sobre o abuso de direito como desequilíbrio no exercício jurídico, afirmando que tal figura também é passível de acomodar a exceção de desproporcionalidade. Dispõe que o abuso de direito tem por objetivo agrupar condutas e situações em que a atuação jurídica pretendida pelo credor, ainda que permitida juridicamente, importa em práticas desproporcionais que devem ser barradas pelo Poder Judiciário.

O autor expõe o posicionamento de Fernando Noronha, Eduardo Tomasevicius Filho, Judith Martins-Costa e Luciano Camargo Penteado, que, sob diferentes formas e com peculiaridades inerentes às respectivas teorias, elencam a tutela específica exigente de esforço desproporcional de uma das partes em detrimento da outra sob o título de “*exercício desequilibrado de um direito*”.

Na sequência, são apresentados quatro exemplos que ilustram a preocupação do ordenamento jurídico com o desequilíbrio no exercício jurídico e a limitação da resilição contratual: a) nos casos em que o devedor já cumpriu parte significativa do contrato celebrado (adimplemento substancial); b) nos casos de exceção do contrato não cumprido, art. 476, CC; c) nos casos em que a evicção atinge uma pequena parcela do objeto transacionado, art. 455, CC; e d) nos casos em que a parte já efetuou investimentos consideráveis para a execução do contrato, parágrafo único do art. 473, CC.

Encaminhando-se para o fim, o autor apresenta os fundamentos para a admissão da exceção de desproporcionalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Destaca que a figura do abuso de direito, na forma de desequilíbrio no exercício jurídico, fornece a fundamentação necessária para sua utilização no Brasil.

Como alternativa para os casos de inviabilidade de exigência da execução da tutela específica, em razão da exceção de desproporcionalidade, o autor apresenta a possibilidade de escolha, pelo credor, da tutela pelo equivalente pecuniário ou a opção pela resolução contratual (art. 475, CC).

Há, ao cabo, uma legítima preocupação do autor não só com o enquadramento do conceito de exceção de desproporcionalidade na cláusula de direito abusivo, mas também com a maneira como se dará a hipótese em termos práticos, ou seja, como o poder judiciário pode verificar a existência de um sacrifício exorbitante a ser realizado pelo credor para o cumprimento da tutela específica avençada em face dos benefícios auferidos pelo credor.

ANÁLISE E CONCLUSÃO

Logo de início, cabe destacar uma virtude da obra analisada: além da preocupação dogmática, há uma inquietação quanto à aplicação da exceção de desproporcionalidade e a forma como serão apurados os custos do devedor para a realização forçada da tutela contratada, em detrimento da benesse auferida pelo credor; se o devedor contribuiu para que a tutela a ser prestada se tornasse deveras onerosa; ou mesmo qual é a margem de tolerância a ser adotada entre desproporção e resultado final recebido pelo credor.

O autor, inclusive, colaciona diversos exemplos para ilustrar a tese proposta, desde as referências apresentadas pela doutrina, passando por casos concretos na sistemática do direito comparado, até os exemplos ocorridos nas Cortes Superiores.

A questão de fundo pode, ao final, ser sintetizada da seguinte forma: é possível que o devedor seja exonerado do cumprimento específico da obrigação que se apresente desproporcionalmente oneroso, impondo-se ao credor salvaguarda de outros remédios?

Segundo a obra, considerando que a lei teria estabelecido como regra a tutela específica, qualquer desvio dessa primazia desse remédio demanda fundamentação

particularizada de acordo com o caso concreto e que justifique a alteração de um remédio por outro. Não basta a mera indicação da inviabilidade da prestação anteriormente contratada pelas partes sob a alegação de que se tornou deveras onerosa ao devedor.

Com efeito, é preciso refletir sobre a necessidade de se cunhar uma “figura” específica para se referir ao sacrifício desmedido do devedor em detrimento do benefício percebido pelo credor, qual seja a exceção de desproporcionalidade. Isso porque o abuso de direito, na sua vertente de exercício desequilibrado de um direito, cumpre a função resolver situações limítrofes – tais quais aquelas tratadas pelo Superior Tribunal de Justiça nas notas 2, 3 e 4.

Inclusive, é importante ressaltar dois aspectos: a legislação portuguesa invoca a cláusula geral do abuso de direito para afastar o cumprimento da tutela *in natura* nos casos não especificados na legislação, mas nos quais o sacrifício de devedor é desproporcional aos ganhos do credor; e o autor destaca que a utilização da exceção de desproporcionalidade, baseada no exercício desequilibrado de um direito, facilita a sua aplicação na medida em que não é necessário efetuar alterações legislativas no CPC e/ou no CC para a criação de um tipo legal.

Também é necessário refletir sobre a utilização de um termo carregado de fluidez e deveras abrangente – desproporcionalidade – para se referir a uma figura tão específica e tão excepcional no ordenamento jurídico: a desoneração de uma das partes quanto ao cumprimento forçado de prestação desarrazoada. Referido termo, *proporcionalidade*, já tem seu uso bastante banalizado, sendo normalmente vinculado ao teste de proporcionalidade entre posições jurídicas fundamentais.⁹

Ademais, é importante destacar a preocupação do Superior Tribunal de Justiça quanto à disfuncionalidade no exercício do direito à execução específica do contrato, observada a reflexão da Corte sobre a necessidade de alijar o devedor da obrigação contratada, elegendo-se outros remédios.

O enfrentamento da matéria pelo STJ também é importante, pois confere visibilidade sobre a desproporcionalidade do cumprimento forçado da prestação pelo devedor em detrimento da prestação auferida pelo credor. Assim, ainda que a tutela específica seja a regra no ordenamento jurídico, não pode ser aplicada a todo e qualquer custo, sob pena de seguir o disposto na legislação francesa pré-reforma de 2016.

Convém notar a comparação efetuada entre o tratamento conferido à exceção de desproporcionalidade na Alemanha, na França e em Portugal com o trabalho realizado pela doutrina no Brasil. Há uma convergência nos sistemas de *Civil Law* quanto

9. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 25.

à utilização da cláusula do abuso de direito para caracterizar dogmaticamente a exceção de desproporcionalidade. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro caminha no mesmo sistema trilhado pelos países europeus analisados – a divergência maior se dá com Portugal, que estabeleceu limites mais rígidos e não tão elásticos para a aplicação da exceção de desproporcionalidade, mas, ainda assim, e conforme explicita o autor, a doutrina tem se valido do abuso de direito para transportar a exceção de desproporcionalidade das situações previstas legislativamente para os casos em concreto.

Novamente, o escopo do trabalho desenvolvido pelo autor é analisar o abuso de direito e uma das suas vertentes: o desequilíbrio do exercício jurídico. É acerca dessa tipologia já prevista no ordenamento jurídico que o autor manifesta a possibilidade de enquadramento dogmático. Entre os aspectos mais importantes, há que se destacar a desnecessidade de criação de um tipo legal específico para alocar a exceção de desproporcionalidade, estimulando eventuais discussões ou mesmo a aplicação do instituto pelo Poder Judiciário.

Sendo assim, e sem mais delongas, é por meio do desequilíbrio do exercício do direito, uma das espécies de abuso de direito, em conjunto com a boa-fé, que é possível extrair a base para a aplicação da exceção de desproporcionalidade, na medida em que tal formulação respeita o princípio da primazia da tutela específica, consagrado no art. 499, do CPC, e afasta a necessidade de modificação legislativa, mediante incremento ou modificação de artigo, no CPC e/ou no CC.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A construção legislativa de um modelo da execução judicial civil brasileira – elementos para um novo paradigma, de Paulo Eduardo Alves da Silva e Natália Batagim de Carvalho – *RePro* 308/83-101; e
- A tutela específica no novo Código de Processo Civil, de Antônio Pereira Gaió Júnior – *RePro* 241/313-335.