



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

Disciplina: **DIRP17 – DIREITO COMPARADO**

Professores: Me. Sérgio José Porto e Me. Christoph Fabian

Mestranda: Alessandra Lehmen

Área de concentração: Direitos Especiais (Direito Internacional)

Data de apresentação: 21/10/2003

## **SPECIFIC PERFORMANCE**

### **INTRODUÇÃO**

Na presente exposição pretende-se abordar de forma brevíssima o instituto do sistema da Common Law denominado *specific performance*. Nesse contexto, é importante notar, em primeiro lugar, que se trata de um remédio de *equity*. Como sabemos, a *equity* desenvolveu-se, mais notadamente a partir de 1875, como uma forma de superação das limitações dos remédios de *common law*.

A primeira parte tem conotação de direito estrangeiro, ou seja, procuraremos definir os contornos que a *specific performance* tem no sistema da Common Law, sempre partindo-se do direito inglês, enquanto berço dessa tradição jurídica; já na segunda parte, tentaremos, ainda que de modo breve, traçar algumas linhas comparativas entre a *specific performance* da Common Law e os institutos correspondentes na tradição romano-germânica, tentando estabelecer, primeiro, as semelhanças entre os institutos

(baseadas, em nosso entender, nos **fins e funções** atribuídas aos remédios em questão, já que, a despeito de diferenças conceituais e de operacionalização, todos visam obter da parte faltosa o cumprimento da obrigação originalmente estabelecida) e, depois, as diferentes terminologias e as distintas acepções que cada termo encerra.

## PARTE I – CARACTERÍSTICAS

### A) CONCEITO

*Specific performance* é um remédio de *equity* através do qual o juiz determina que a parte recalcitrante cumpra uma obrigação de fazer previamente assumida.

Neste ponto, GUENTER H. TREITEL anota, a meu ver com propriedade, que, na verdade, a execução não se dará **exatamente** nos moldes em que foi acordada, porque, obviamente, a prestação acabará ocorrendo em pelo menos tempo diverso do que fora ajustado.

É importante que se diga que, para garantir o cumprimento da determinação do tribunal de *equity* que ordena a *specific performance*, determina-se o uso do *contempt power*, ou seja, aquele que descumprir a obrigação, a partir de tal momento, não apenas estará inadimplindo obrigação *vis-à-vis* a contraparte, mas descumprindo ordem judicial, e sujeito às penalidades decorrentes da dita *contempt of Court*, que, é importante assinalar, têm caráter **punitivo**, e não compensatório (ou seja, terão aplicação ainda que a contraparte não sofra dano em decorrência da inexecução). O uso do *contempt power* é um instrumento que se formou em conformidade à ética protestante, que privilegia a responsabilidade do indivíduo por ser próprios atos (diferentemente da ética católica, presente como pano de fundo para muitos países de tradição de *civil law*, que prevê a possibilidade de redenção e, de certa forma, retira o livre arbítrio das mãos do indivíduo, conforme aponta MAX WEBER – daí talvez decorra o fato de o sistema continental privilegiar a idéia de processo e de execução, retirando prerrogativas de ação individual tanto das partes quanto do juiz enquanto ente individual).

Tratando-se de um *equitable remedy* ou *equitable relief*, duas conclusões importantes devem ser traçadas:

a) a primeira, decorrente da própria estrutura do direito inglês, de que somente poderá a parte pleitear a *specific performance* na falta de remédio *at law*, ou seja, de *common law*, apto a dar solução **adequada** ao caso.

Como sabemos, o remédio por excelência, na tradição da Common Law, para casos de inexecução contratual são os *damages* ou perdas e danos; essa é a solução *at law* que, entretanto, pode por vezes se revelar inadequada para a solução do caso concreto. Quando isso ocorre, então, pode a parte pleitear a *specific performance*. Resulta daí, então, que a noção de **adequação** é fundamental para determinar quando poderá ser deferida a pretensão a compelir o devedor à *specific performance*, e a idéia fundamental do sistema da Common Law a esse respeito é a de que esta é cabível em dois tipos de casos: a) quando for muito difícil quantificar os danos; e b) quando a parte contratante tiver interesse específico no objeto do contrato. Resulta dessa segunda premissa que o campo de aplicação prática mais freqüente da *specific performance* tem sido a compra e venda de bens imóveis, em que se reputa que a coisa é individualizada, particularizada e portanto insubstituível aos olhos do comprador. De modo geral, as cortes não têm admitido a *specific performance* em casos envolvendo bens móveis, a não ser quando, pela natureza e quantidade dos bens ou urgência da entrega, a prestação específica se revele ser a única solução adequada.

b) A segunda, de que a determinação da *specific performance* por um tribunal de *equity* é **discricionária**, ficando condicionada às noções de *hardship* (ou seja, não será determinada se se revelar demasiado onerosa para o devedor da prestação) e de *(un)fairness*, na Inglaterra, e a correspondente noção norte-americana de *(un)conscionability*.

## **B) SPECIFIC PERFORMANCE E INJUNCTION**

Conforme dissemos acima, a *common law* originalmente admite apenas a indenização em dinheiro pelas perdas e danos verificadas em razão da inexecução contratual. Entretanto, a *equity* desenvolveu, para casos excepcionais, as noções de *specific performance* e de *injunction*. Com efeito, sendo a Court of Chancery um tribunal de “conscience”, com maior margem de discricionariedade, tais remédios são concedidos

quando for “justo” (*fair*), por oposição aos danos, remédio de *common law*, que são concedidos como um “direito” (*right*).

Nessa linha, é passando à segunda subparte da primeira parte, é importante traçar um paralelo entre os institutos da *specific performance* e da *injunction*.

*Specific performance*, conforme vimos, é a ordem judicial que determina a uma parte que cumpra suas obrigações contratuais.

As *injunctions*, de outro lado, são “proibitivas”, isto é, determinam que se cumpra obrigação de não fazer.

De qualquer modo, aplicam-se a ambas as seguintes regras comuns:

- a) Não se aplicam quando a *common law* proporcionar um remédio adequado (ou seja, tem função supletiva);
- b) Não se aplicam na ausência de *mutuality*, ou seja, quando as partes não estejam em igualdade de condições. Não haverá, assim, *specific performance* em promessas gratuitas.
- c) Não se aplicam em caso de contratação de serviços pessoais, já que isso consistiria em ato por demais invasivo da esfera das liberdades individuais. Tal orientação jurisprudencial foi refletida recentemente no *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*, de 1992;
- d) Pelo mesmo motivo acima, e com mais razão, não se aplica para compelir terceiro a cumprir a obrigação (p. ex., quando o contrato determina que o devedor deverá contratar terceiro para execução do objeto contratual).
- e) A corte pode conceder perdas e danos em vez da execução específica se julgar adequado (“*thinks fit*”, termo estabelecido pelo *Chancery Amendment Act de 1858 – Lord Cairns’ Act* e que denota o caráter discricionário do remédio em questão);
- f) Não se aplica quando o contrato for ambíguo ou impreciso;
- g) Não se aplica quando o contrato estiver eivado de vícios do consentimento;
- h) Não se aplica quando o ato a ser praticado, objeto do contrato, exigir a participação do cônjuge;
- i) Não se aplica quando haja dúvida razoável (*reasonable doubt*) por parte do devedor quanto à forma de cumprimento do contrato;

- j) Não se aplica quando o devedor estiver legalmente impedido de praticar o ato;
- k) Não se aplica quando o objeto do contrato for ilegal ou *unconscionable*; e
- l) Não se aplica quando onerar demasiadamente o devedor (*hardship*), por exemplo, em caso de flutuações significativas de mercado no curso do processo judicial.

É importante frisar que as limitações referidas dizem respeito apenas a aplicabilidade desses remédios, e não necessariamente à validade e eficácia, em si, do contrato.

## PARTE II – COMPARAÇÃO COM O SISTEMA ROMANO GERMÂNICO

Traçadas as linhas do instituto da *specific performance* no sistema da Common Law, passamos, agora, à Segunda parte da exposição, com vistas a avaliar, primeiro, as semelhanças entre a *specific performance* e os institutos correlatos no sistema romano-germânico e, depois, as principais distinções entre estes. Julguei oportuno efetuar essa abordagem, ainda que incipiente, por dois motivos: primeiro, porque somos, em maioria, juristas habituados ao sistema continental, e, segundo, porque guarda maior relação com o objeto desta disciplina.

### A) SEMELHANÇAS

Em primeiro lugar, é importante que se diga que todos os sistemas admitem, de modo geral, três grandes categorias de soluções para o caso de inadimplemento: 1. A execução específica (no caso da Common Law, *specific relief*), 2. A execução substitutiva ou alternativa (*substitutionary relief*) e 3. A extinção (*termination*) do contrato. No presente trabalho, abordamos a primeira categoria, ou seja, medidas visando o efetivo cumprimento da obrigação pela parte faltosa do quanto foi acordado entre as partes.

É justamente aí – na **finalidade** e na **função** conferidas ao instituto – que reside, a meu ver, a principal semelhança entre os institutos, que irão variar, evidentemente, quanto às condições e modalidades para atingir esse escopo comum.

Ainda quanto a este aspecto, é importante que se diga algumas palavras a respeito de alguns desdobramentos da teoria, no âmbito da Common Law, nos tempos modernos. Dissemos antes que a aplicação **residual** da *specific performance* decorre da própria

estrutura do direito inglês – subdivisão em *common law* e *equity* – deve-se fazer ainda um esclarecimento de natureza histórica. A *specific performance*, com efeito, sempre foi aplicada com parcimônia, e isso se deve fundamentalmente a dois fatores, apontados por GUENTER STREITEL: 1. A rivalidade histórica entre as cortes de *common law* e *equity* e 2. A relutância em utilizar o processo de *contempt of court*, que era o método tradicional de *enforcement* das decisões das *Chancery decrees*, por ser demasiado drástico. Entretanto, embora a distinção entre os dois ramos do direito inglês mantenha sua relevância, na história recente a administração das cortes de *common law* e de *equity* foi unificada, de modo que o primeiro obstáculo à aplicação mais abrangente da *specific performance* foi, de certo modo, superado. Além disso, o direito australiano evoluiu na linha de que sempre que a *specific performance* for menos onerosa ou de modo geral mais adequada no caso concreto, ainda que a solução pelos *damages* não seja inadequada, pode, sim, ser determinada. Resta observar, pois, se o direito anglo-americano seguirá essa tendência.

Assim, pode-se dizer que somando-se 1. O desenvolvimento da teoria no âmbito da Common Law em linha de flexibilização do instituto; 2. As diversas limitações determinadas aos institutos correlatos nos países de tradição romano-germânica; 3. As formas de aplicação mista dos institutos definidas pelo fenômeno da circulação de modelos jurídicos (TREITEL cita a Escócia, a Louisiana, Quebec, África do Sul e Sri Lanka) e, por fim, 4. A importância das regras interestatais (comunitárias) e supra-estatais (de Direito Internacional Privado), acaba-se com o resultado de que a diferença entre os sistemas não é tão marcante quanto pode parecer. Tendo em mente esse pano de fundo, vejamos, então, as principais distinções verificadas entre os sistemas no que diz respeito à *enforced performance*.

## **B) DISTINÇÕES**

A razão para o emprego do termo *enforced performance* (correspondente, em tradução livre, à nossa idéia de “execução forçada”) é o fato de que *specific performance* é o termo usado especificamente no sistema da Common Law. Sob a expressão mais ampla *enforced performance*, porém, podemos classificar também as diferentes terminologias utilizadas no sistema romano-germânico. Nesta exposição, levaremos em consideração as teorias alemã e francesa, por parecerem as que mais aprofundaram o tema, bem como

o tratamento dado ao assunto no direito brasileiro. Ainda sob o aspecto terminológico, a Alemanha adotou a expressão *Naturalherstellung* (prestação – produção, fabricação – *in natura*), a França, *exécution en nature*, e, entre nós, encontramos nos artigos 247 a 249 do Novo Código Civil as disposições sobre obrigações de fazer e, no que diz respeito ao remédio processual para forçar o cumprimento da obrigação de fazer, encontramos no art. 461 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, a locução *tutela específica*.

A grande distinção entre os sistemas de Common Law e romano-germânico é o fato de que, no primeiro, em princípio, **a *specific performance* só é cabível quando a determinação de *damages* for inadequada**, enquanto que no sistema romano-germânico, de modo geral, a idéia de execução específica não é, como veremos, um remédio de exceção. Ainda que não tenha caráter excepcional, veremos, a seguir, que sua implementação está fortemente condicionada.

Alemanha: BGB § 241: pode o credor exigir execução específica do devedor (*eine Leistung von dem Schuldner zu fordern*). Além da *Leistungsklage*, há a possibilidade de obter *Schadenersatz* (mais ou menos correspondente à noção de perdas e danos). Entretanto, há diversas limitações quanto à possibilidade de *Naturalherstellung*, de modo que é mais comum, segundo TREITEL, pleitear-se indenizações em dinheiro. Não encontrei referência específica à necessidade de utilização, primeiro, de um ou outro remédio, mas tive a impressão de que a lei alemã, respeitadas as condições por ela estabelecidas, dá ao credor a possibilidade de escolha entre pleitear a execução específica ou perdas e danos.

Não encontrei menção a sanção semelhante ao *contempt of Court* ou à *astreinte* no que diz respeito ao cumprimento da ordem de execução específica.

França: Difere da Alemanha no sentido em que não admite prestação substitutiva ou similar (na Alemanha, o reconhecimento dessa possibilidade surgiu em tempos de crise financeira). O art. 1.142 do Code Napoléon prevê que o descumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se em perdas e danos, inspirado certamente pelas idéias de liberdade individual da Revolução Francesa, já que, talvez mais do que qualquer

outro código, procura limitar ao máximo a ingerência estatal sobre a conduta do indivíduo.

Entretanto, estabelece o uso da *astreinte*, ou seja, uma forma pecuniária de forçar o devedor ao cumprimento da obrigação. Difere do *contempt of Court*, como se vê, por não ter caráter punitivo nem de desrespeito de ordem judicial, mas sim de constituir uma ferramenta que force o devedor ao cumprimento da obrigação de modo não inconsistente com a proteção de suas liberdades individuais (isto é, substitui a ordem judicial direta para a execução específica).

Brasil: o art. 247 do Novo Código Civil (Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível) segue a solução francesa, determinando que se resolve em perdas e danos a inexecução da obrigação de fazer. O sistema brasileiro, como se sabe, também admite a cominação de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer, que é cumulativa às perdas e danos. Entretanto, o art. 461 e parágrafos do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, estabelece o quanto segue:

**Art. 461.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

Assim, temos, hoje, uma regra material e uma regra processual aparentemente conflitantes, na medida em que a primeira (de edição posterior) limita o credor da obrigação de fazer a pleitear perdas e danos, enquanto que a segunda estabelece que estas só se aplicam acaso frustrada a execução específica.

## CONCLUSÃO

Dito isso, parece importante reter que a) a *specific performance*, diferentemente de seus correlatos romano-germânicos, é um remédio de exceção; b) inobstante isso, a determinação de cumprimento da *exécution en nature* e a *Naturalherstellung* encontram fortes limitações, de modo que, na prática, as distinções não são tão acentuadas quando podem parecer à primeira vista, e c) no Brasil – e isso como sugestão de tema para reflexão – constata-se uma antinomia entre a norma material (que limita as conseqüências da inexecução da obrigação de fazer às perdas e danos e à multa) e a norma processual (que estabelece que as perdas e danos somente têm lugar quando esgotada a possibilidade de cumprimento da prestação específica).

## BIBLIOGRAFIA

BLANCHARD, John T.. “*Specific performance*”. [Http://www.blanchardlawoffices.com/specific\\_performance.asp](http://www.blanchardlawoffices.com/specific_performance.asp), consultado em 17.10.2003.

BRASIL, Deilton Ribeiro. “*Apontamentos sobre a tutela jurisdicional específica do art. 461 do CPC.*” <http://www.attach6.groups.yahoo.com/>, consultado em 17.10.2003.

BURTON, Steven J. Principles of contract law. West Publishing Co., St. Paul, 1995.

DAVID, René. Les grands systèmes de droit contemporains. Dalloz, Paris, 2002, 11<sup>a</sup> ed. por Camille Jauffret-Spinozi.

EDLIN, Aaron S. e SCHWARTZ, Alan. “*Optimal Penalties in Contracts*”, in Chicago-Kent Law Review, nº 78-1, Chicago, p. 33-54, maio de 2003.

GARNER, Brian A.. Black’s Law Dictionary. West Group, St. Paul, 1999, 7<sup>a</sup> ed..

HENRICH, Dieter. Einführung in das englische Privatrecht. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993.

ROHWER, Claude D. e SKROCKI, Anthony M. Contracts. West Group, St. Paul, 2000, 5<sup>a</sup> ed..

Selected Commercial Statutes. West Group, St. Paul, 2000.

SHEARS, Peter e STEPHENSON, Graham. James' introduction to english law. Butterworths, Londres/Dublin/Edimburgo, 1996, 13ª ed..

TREITEL, GUENTER H. Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved). International Encyclopedia of Comparative Law, v. VII, capítulo 16, 1976.

WEBER, Max. A ética protestante e o espírito do capitalismo.

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, 3ª ed..