RUBENS GRANJA

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: VISÃO ATUAL DA TEORIA

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Doutora Patrícia Faga Iglecias Lemos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

RUBENS GRANJA

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: VISÃO ATUAL DA TEORIA

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Professora Associada Doutora Patrícia Faga Iglecias Lemos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Granja, Rubens
Adimplemento substancial: visão atual da teoria ; Rubens Granja ; orientadora Patricia Faga Iglecias Lemos -- São Paulo, 2020.
428
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Obrigações. 2. Adimplemento Substancial. 3. Boa-fé. 4. Contratos. 5. Inadimplemento. I. Lemos, Patricia Faga Iglecias, orient. II. Título.

Nome: Rubens Granja

Título: Adimplemento substancial: visão atual da teoria

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Civil.

Aprovado em: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientadora Professora Associada Doutora Patrícia Faga Iglecias Lemos

Instituição: Faculdade de Direito da USP Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Professor(a): _____ Instituição: _____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

À minha esposa e aos meus pais,

Peças fundamentais para que todo esforço faça sentido.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Patrícia Faga Iglecias Lemos, agradeço pela absoluta confiança e pelos valiosos conselhos e palavras de incentivo. O seu apoio foi fundamental para que esse trabalho fosse concluído.

Aos meus colegas do Kestener, Granja & Vieira Advogados, agradeço pela parceria e pela dedicação com que conduziram o escritório durante a minha ausência, permitindo minha exclusiva dedicação a este trabalho. Estas páginas estariam em branco, não fosse a confiança e apoio de cada um de vocês.

Aos meus pais, Maria Aparecida Granja e Eduardo Granja, agradeço pelos anos de dedicação absoluta e apoio incondicional. Sei que este trabalho tem para vocês, o mesmo sabor especial que tem para mim. Agradeço por poder contar com vocês em cada momento de necessidade, e por poder comemorar com vocês cada sucesso.

À Lisa e à Flora, que não fazem ideia da força que representaram, agradeço pela companhia mais pura e absoluta, pelo carinho mais sincero. Vocês estão eternizadas nas páginas deste trabalho, na minha memória e no meu coração.

À minha esposa, Larissa Klumpp, companheira de todos os dias e de todos as aventuras, agradeço por fazer minha vida mais feliz, por estar comigo em todos os momentos dessa caminhada, por permitir que eu estivesse completamente concentrado nesta tese, por ser a pessoa que eu mais precisava durante este desafio. Juntos seguimos mais fortes. Conte comigo para o que precisar. Você tem meu amor infinito.

“Our proverbs want rewriting.
They were made in winter, and it is summer now”

Oscar Wilde
The picture of Dorian Grey, 1891

GRANJA, Rubens. *Adimplemento substancial*: visão atual da teoria. 2020. 428 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de estudar a teoria do adimplemento substancial, à luz de seus antecedentes históricos, bem como dos fundamentos jurídicos que suportam a teoria no Brasil e no direito estrangeiro, visando à identificação de seu escopo atual e à definição dos pressupostos para sua aplicação. O trabalho parte do processo de funcionalização dos direitos subjetivos, e da consequente mitigação da autonomia da vontade, para explorar a atuação da boa-fé objetiva e da função social dos contratos enquanto elementos que moldam a noção contemporânea da obrigação - que passa a ser vista como processo – e do próprio adimplemento - que passa a ter seu conteúdo definido pelo interesse objetivo do credor. O trabalho analisa, então, a anglo-saxônica *doctrine of substancial performance* e o italiano *inadempimento di non scarsa importanza*, buscando identificar a amplitude que lhes é conferida pelo direito estrangeiro e as eventuais inconsistências do processo de tropicalização dos referidos institutos. Propõem-se, então, dois caminhos para a adequada leitura da teoria do adimplemento substancial diante do sistema de direito-civil constitucional brasileiro. O primeiro, no sentido de que a teoria seja aplicada em conformidade com a disciplina do inadimplemento obrigacional prevista pelo Código Civil brasileiro, aplicando-se o regime da mora aos inadimplementos que não eliminem a utilidade objetiva da prestação. O segundo, no sentido de que os inadimplementos de baixa gravidade recebam tratamento diferenciado, em respeito ao princípio da proporcionalidade, modulando-se efeitos que se mostrem demasiadamente gravosos ao devedor. Para um e outro caminho, propõem-se pressupostos e parâmetros para aplicação da teoria, tendo em mente a preservação da segurança jurídica. Ao final, estuda-se, ainda, temas específicos, analisando o tratamento que lhes tem sido conferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: adimplemento substancial, inadimplemento, boa-fé, mora, abuso de direitos, contratos, obrigação

GRANJA, Rubens. *Substantial performance*: current view of the doctrine. 2020. 428 f. Thesis (Doctorate in Civil Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

The aim of this paper is to study the doctrine of substantial performance, in the light of its historical antecedents, as well as the legal grounds that support the doctrine in Brazil and in foreign law, seeking to identify its current scope and define the requirements for its application. The paper takes as its starting point the process of functionalizing rights, and the consequent mitigation of free will, in order to explore the performance of objective good faith and the social function of contracts as elements that shape the contemporary notion of obligation - which is now understood as a process - and of performance itself - the content of which is defined by the objective interest of the creditor. The paper then analyzes the Anglo-Saxon doctrine of substantial performance and the Italian *inadempimento di non scarsa importanza*, seeking to identify the scope given to them by foreign law and any inconsistencies in the tropicalization process of these doctrines. Therefore, two paths are proposed for the proper reading of the doctrine of substantial performance in the light of the Brazilian constitutional civil law system. The first, in the sense that the theory is applied in accordance with the regulation on breach of obligations, as provided for in the Brazilian Civil Code, applying the default regime to breaches that do not rule out the objective utility of the performance. The second, in the sense that low-severity breaches receive differentiated treatment, respecting the principle of proportionality, modulating effects that are deemed too serious for the debtor. For both ways, requirements and parameters for application of the doctrine are proposed, keeping in mind the preservation of legal certainty. Finally, specific topics are studied, analyzing the treatment given to them by the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: substantial performance, breach, good faith, late payment, abuse of rights, contracts, obligation

GRANJA, Rubens. *Performance substantielle* : la vue actuelle de la théorie. 2020. 428 f. Thèse (Doctorat en Droit Civil) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

RÉSUMÉ

Cet article vise à étudier la théorie de la performance substantielle, à la lumière de ses antécédents historiques, ainsi que des fondements juridiques qui soutiennent la théorie au Brésil et en droit étranger, dans le but d'identifier sa portée actuelle et de définir les hypothèses pour son application. Le travail part du processus de fonctionnalisation des droits subjectifs et de l'atténuation conséquente de l'autonomie de la volonté, pour explorer la performance de la bonne foi objective et la fonction sociale des contrats en tant qu'éléments qui façonnent la notion contemporaine de l'obligation - qui est maintenant considérée comme un processus - et du paiement lui-même - dont le contenu est défini par l'intérêt objectif du prêteur. Le document analyse ensuite la *doctrine of substantial performance* anglo-saxonne et *l'inadempimento di non scarsa importanza* italien, en cherchant à identifier la portée qui leur est donnée par le droit étranger et toute incohérence dans le processus de tropicalisation de ces instituts. Par conséquent, deux voies sont proposées pour une lecture correcte de la théorie de la performance substantielle à la lumière du système de droit civil constitutionnel brésilien. La première, en ce sens que la théorie est appliquée conformément à la discipline du défaut obligatoire prévue par le Code civil brésilien, en appliquant le régime du délai aux défauts qui n'éliminent pas l'utilité objective de la prestation. La seconde, en ce sens que les défauts de faible gravité reçoivent un traitement différencié, respectant le principe de proportionnalité, modulant les effets trop onéreux pour le débiteur. Dans les deux cas, des hypothèses et des paramètres d'application de la théorie sont proposés, en gardant à l'esprit la préservation de la sécurité juridique. À la fin, des sujets spécifiques sont également étudiés, analysant le traitement qui leur est réservé par la Cour Supérieure de Justice.

MOTS-CLÉS: exécution substantielle, défaut, bonne foi, délai, abus de droits, contrats, obligation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **23**

1. ADIMPLEMENTO **29**

1.1. A relação obrigacional: da linearidade à ideia de obrigação como processo 29

1.2. A operação da boa-fé sobre as relações obrigacionais: boa-fé e sua tríplice função 41

1.2.1. A função interpretativa da boa-fé 46

1.2.2. A função limitadora da boa-fé 48

1.2.3. A função criadora de deveres anexos 51

1.2.4. Breve nota sobre a entrada da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro 57

1.3. A noção moderna de adimplemento 64

1.3.1. Terminologia 66

1.3.2. Princípios 68

1.3.3. Amplitude do conceito 71

1.4. Inadimplemento, mora e violação positiva do contrato 74

1.4.1. Inadimplemento 74

1.4.2. Mora 78

1.4.3. Violação positiva do contrato 80

2. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL **83**

2.1. Origem e antecedentes históricos da teoria do adimplemento substancial 83

2.1.1. Princípio do cumprimento integral 83

2.1.2. Princípio da independência das promessas 85

2.1.3. *Doctrine of dependency and independency* 86

2.1.3.1. *A atuação de Lord Mansfield na sistematização da doutrina* 88

2.1.3.2. A aplicação de *Boone v. Eyre* em casos posteriores 91

2.1.3.3. O *Sales of Goods Act* e o advento da dicotomia *condition* v. *warranty* 92

2.1.3.4. O nascimento da *doctrine of substantial performance* e a tríade *Dakin v. Lee*, *Hoenig v. Isaacs* e *Bolton v. Mahadeva* 93

2.2. A teoria do adimplemento substancial no direito estrangeiro 98

2.2.1. Sistema jurídico anglo-saxônico 98

2.2.1.1. Direito inglês 98

2.2.1.2. Direito norte-americano 102

2.2.2. Sistemas jurídicos romano-germânicos..... 112

2.2.2.1. Direito italiano..... 112

2.2.2.2. Direito alemão 120

2.2.2.3. Direito português..... 124

2.2.3. Direito Internacional 132

2.2.3.1. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - CISG 133

2.2.3.2. Os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, publicados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado - UNIDROIT 139

2.2.3.3. Os Princípios do Direito Europeu dos Contratos e a Minuta de Quadro Comum de Referência..... 141

3. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO 145

3.1. A autonomia da vontade e a necessidade de relativização 145

3.2. O Estado Social e a concepção de autonomia privada 150

3.3. O Código Civil de 2002 e a consagração da autonomia privada enquanto expressão da eticidade, solidariedade e operabilidade 156

3.3.1. Breves considerações sobre o princípio da função social do contrato..... 160

3.3.1.1. A função social e o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos....160

3.3.1.2. Função social do contrato enquanto elemento instrumentalizador da atividade econômica....165

3.3.1.3. Função social do contrato enquanto mitigação do princípio da relatividade....174

3.3.1.4. Função social do contrato enquanto promotora do solidarismo nas relações privadas....176

3.3.1.5. Função social do contrato enquanto meio de controle da utilidade social....179

3.4. A recepção da teoria do adimplemento substancial pelo direito brasileiro....182

3.4.1. A evolução da jurisprudência brasileira sobre o tema....188

3.4.2. A teoria do adimplemento substancial e sua qualificação jurídica no direito brasileiro....203

3.4.2.1. O sistema dicotômico do inadimplemento e o princípio da conservação dos contratos....203

3.4.2.2. O espectro do adimplemento e sua repercussão jurídica208

3.4.2.3. A visão atual da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro....213

3.4.2.3.1. A importação imprópria de conceitos estrangeiros....217

3.4.2.3.1.1. Os problemas na importação da *doctrine of substantial performance*....217

3.4.2.3.1.2. Considerações sobre a importação do *inadempimento de scarsa importanza* e/ou do não cumprimento parcial de escassa importância....221

3.4.2.3.2. A teoria do adimplemento substancial e seu impacto sobre a disciplina da mora....224

3.4.2.3.2.1. A atual extensão da teoria do adimplemento substancial 226

3.4.2.3.2.2. As peculiaridades do adimplemento de pequena gravidade 230

4. ASPECTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO (E DO INADIMPLEMENTO) SUBSTANCIAL 241

4.1. Teoria do adimplemento substancial e segurança jurídica 241

4.1.1. A noção de segurança jurídica 241

4.1.2. Estabilidade e previsibilidade em um Direito em constante desenvolvimento 246

4.1.3. A segurança jurídica diante de um sistema móvel, formado por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados 252

4.1.3.1. Um exercício de sopesamento de princípios 256

4.1.3.2. Um exercício de superação de regras por princípios 259

4.1.4. A importância do magistrado na concreção do direito e o risco de ativismo judicial 261

4.2. Pressupostos e parâmetros para a aplicação da teoria do adimplemento e do inadimplemento substancial 263

4.2.1. Preservação da utilidade da prestação 265

4.2.1.1. Interesse objetivo do credor 266

4.2.1.2. Finalidade do contrato 271

4.2.1.3. Natureza do objeto da prestação 279

4.2.1.4. Modelo do negócio 289

4.2.2. Aferição da gravidade do inadimplemento 302

4.2.2.1. Critério quantitativo: percentual do adimplemento 305

4.2.2.2. Critério qualitativo: grau de satisfação do credor, possibilidade de tutela do crédito remanescente e comportamento das partes 311

4.2.2.2.1. O grau de satisfação do interesse do credor .. 312

4.2.2.2.2. As alternativas para a tutela do crédito.....313

4.2.2.2.3. O comportamento das partes 316

4.2.3. Cláusula resolutiva expressa 319

4.3. O tratamento de alguns casos específicos 332

4.3.1. Exceção do contrato não cumprido.....332

4.3.2. Alienação fiduciária em garantia 338

4.3.3. Contratos de arrendamento mercantil financeiro.....362

4.3.4. Atraso na entrega de imóvel adquirido na planta.....368

4.3.5. Contratos de seguro.....371

4.3.6. Insuficiência do depósito realizado em ação consignatória. 377

4.3.7. Débitos de natureza alimentar.....381

CONCLUSÃO.....389

REFERÊNCIAS.....397

LISTA DE CASOS.....425

INTRODUÇÃO

Em 1937, em artigo publicado na centenária e prestigiada *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Louis Josserand alertava a comunidade jurídica francesa para uma inexorável mudança, já em curso, que abalaria definitivamente os paradigmas epistemológicos da teoria dos contratos. O modelo romano *indeformável*, sedimentado nas sólidas premissas da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, encontrava-se em processo de rápida transição. O próprio conceito de contrato, dizia Josserand, "*c'est en marchant, non plus en stagnant, qu'il prouve son existence; si rapide, si complexe est son évolution, que l'observateur ressent de sérieuses difficultés à noter les étapes et à en discerner les tendances*"[1].

O processo vislumbrado por Josserand recebeu, ao redor do mundo, as mais diversas designações, sendo genericamente conhecido, no Brasil, como processo de funcionalização dos direitos subjetivos. O declínio da visão clássica do contrato se deu, por motivos de ordem política, econômica e jurídica, ao longo de todo o século XX, ainda que mais intensamente na segunda metade do período, fruto de movimentos constituintes com forte inclinação social. No Brasil, o movimento resultou na Constituição Federal de 1988 - não à toa conhecida, popularmente, como Constituição *cidadã* -, e, dentre incontáveis normas, no Código Civil de 2002 – erigido sobre o tripé *socialidade*, *eticidade*, *operabilidade*.

Muito mais do que atualizar as normas de comportamento vigentes no diploma anterior, ao incorporar ao sistema de direito civil-constitucional brasileiro as *cláusulas gerais da boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, o Código Civil de 2002 instituiu as bases para uma absolutamente nova teoria dos contratos, que enxergasse a obrigação não mais como um vínculo linear, mas como um *processo*, uma *totalidade concreta*. Desde sua entrada em vigor, em 12 de janeiro de 2003, foram centenas - quiçá milhares - as teses elaboradas com o propósito não apenas de identificar as *inovações* trazidas pela nova Lei, de explorar as *oportunidades* oferecidas pelo novo sistema, mas também de *apontar* as preocupações e incertezas advindas do novo regime, de *propor conceitos e parâmetros* para interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

Dezessete anos se passaram desde a entrada em vigor do ainda *novo* Código Civil, e, curiosamente, a inquietação se mantém. Não há dúvida de que muito se produziu ao

---

[1] JOSSERAND, Louis. Tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 36, p. 1-30, 1937, p. 2.

longo dessas quase duas décadas. Conceitos foram propostos, novos paradigmas consolidaram-se, tudo a contribuir para a segurança dos operadores do direito diante da *operabilidade* do novo sistema. Nada obstante, os acadêmicos do direito continuam a discorrer sobre as diversas teorias decorrentes da boa-fé objetiva e da função social do contrato, teorias essas que continuam a subsidiar a práxis jurídica e a auxiliar a evolução jurisprudencial.

Não há, contudo, razão para surpresa. A boa-fé e a função social são campos extremamente férteis, ainda pouco explorados, para a consolidação de direitos e para concretização do ideário de Justiça. E como já dizia Caio Mário da Silva Pereira, "em todas as épocas e em todos os povos, o anseio pela realização da justiça tem sido uma constante inspiradora da construção doutrinária e informativa do direito positivo"[2]. A proposta deste trabalho é justamente avançar na compreensão desses princípios, discutindo uma nova oportunidade para releitura de um instituto consagrado, à luz do corrente processo de funcionalização.

A teoria do adimplemento substancial, tal como idealizada no direito brasileiro, tem origem dúplice. Por um lado, remonta à *doctrine of substantial performance*, de origem inglesa; por outro, decorre do conceito *dell'inadempimento di non scarsa importanza*, de origem italiana. Embora a doutrina costume associar as duas correntes a uma origem comum, a verdade é que, embora conceitualmente *próximas*, *substantial performance* e *scarsa importanza*, evoluíram a partir de fontes e paradigmas distintos, que serão abordados ao longo deste trabalho. Qualquer que seja a origem, é possível afirmar que, em linhas gerais, ambas as correntes foram concebidas para impedir a resolução contratual decorrente de inadimplemento contratual incapaz de impedir a concretização dos interesses objetivos do credor.

A teoria chegou ao Brasil no final da década de 1970, trazida por Clóvis do Couto e Silva, espalhando-se rapidamente entre seus discípulos, especialmente no sul do país. Ressentindo-se de base legal específica, a doutrina brasileira não titubeou em fundamentar a nova teoria no *princípio geral da boa-fé objetiva*. Foi sob esse fundamento que a teoria ingressou na jurisprudência sul-rio-grandense, pelas mãos do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em meados da década de 1980, e apareceu em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento relatado pelo mesmo jurista, ora Ministro, em 1996.

---

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro, 1997, p. IX.

Admitida esporadicamente até 2003, a teoria do adimplemento substancial encontrou fundamento legal nas *cláusulas gerais da boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, insculpidas nos artigos 113, 187, 421 e 422 do Código Civil de 2002. Aí sim, encontrando suporte jurídico robusto, os magistrados sentiram-se mais confortáveis para, recorrendo à teoria do adimplemento substancial, reagir diante de situações de patente injustiça e limitar o exercício abusivo do direito à resolução contratual. Se nas décadas de 1980 e 1990 algumas dezenas de acórdãos utilizaram-se da teoria do adimplemento substancial como *ratio decidendi*, nos anos 2000 o número atingiu a casa dos milhares.

Como já alertava Menezes Cordeiro, no entanto, os processos de *jussubjetivação* envolvem uma "evolução pendular"[3]: ora os direitos ganham espaço, ora encontram forte resistência, tendendo, no longo prazo, ao equilíbrio. Assim, como era de se esperar, a acentuada invocação da teoria – e a consequente flexibilização de paradigmas clássicos do direito obrigacional (autonomia privada, *pacta sunt servanda*, princípio da pontualidade) – terminou por provocar um recente contramovimento: juristas mais conservadores passaram a se mostrar preocupados com uma possível *inversão da lógica do direito obrigacional*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a *delimitar o âmbito de aplicação da teoria*, reduzindo muito do seu escopo e de suas conquistas.

É diante desse cenário que se apresenta este trabalho. A teoria do adimplemento substancial já percorreu um importante caminho no direito brasileiro, mas é chegado o momento de parar e repensá-la. É preciso retomar seus antecedentes históricos, delinear seu fundamento jurídico, identificar seu escopo atual e definir seus pressupostos. Essa revisão, é bem verdade, não pode deixar de lado a preocupação com a valiosa estabilidade do sistema. Já dizia Josserand, ao tratar das mudanças que se apresentavam à teoria dos contratos, que esse processo, embora importante, não poderia se ser "*un école d'anarchie juridique et sociale*"; ou *"une expérience fantaisiste faite de réactions brusques et de dangereux soubresauts*"[4].

Para atingir esse objetivo, enfrentaremos, no capítulo de abertura deste trabalho, a noção atual do adimplemento, enquanto polo de atração da *obrigação entendida como processo*. Com esse intuito, remontaremos à noção clássica de obrigação e investigaremos a atuação da boa-fé objetiva sobre as relações obrigacionais contemporâneas, buscando elementos para compreender a *amplitude conceitual do adimplemento* diante de um

---

[3] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 669.

[4] JOSSERAND, Louis. Tendences actuelles de la théorie des contrats, op. cit., p. 20-21.

sistema de direito civil-constitucional pautado pela boa-fé objetiva. Além disso, teceremos breves comentários sobre as noções de inadimplemento absoluto, mora e violação positiva do contrato, todos úteis à melhor compreensão dos temas que serão debatidos.

Partiremos, então, para o estudo das origens da teoria do adimplemento substancial. Estudaremos, em primeiro lugar, a evolução da *doctrine of substantial performance* - usualmente apontada como fonte inspiradora da teoria estabelecida no direito nacional -, examinando, ainda, seu tratamento atual pelas Cortes inglesas e norte-americanas. Estudaremos, também, a análoga teoria *dell'inadempimento di non scarsa importanza*, avaliando o atual estágio da jurisprudência na Itália, bem como a reverberação da teoria a alguns países vizinhos (notadamente Portugal e Alemanha). Por fim, avaliaremos a aparição de um instituto análogo – a *fundamental breach* - no plano do direito internacional.

No terceiro capítulo, enfrentaremos o elemento central deste trabalho: o processo de funcionalização dos direitos subjetivos, sua repercussão no direito brasileiro e a internalização da teoria do adimplemento substancial, enquanto resultado desse processo. Estudaremos, então, o fundamento jurídico da teoria diante do sistema de direito civil-constitucional brasileiro e destrincharemos sua evolução, na doutrina e na jurisprudência pátrias, discutindo os principais julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda no terceiro capítulo, proporemos uma releitura da teoria do adimplemento substancial, à luz das particularidades do regime de inadimplemento obrigacional contemplado pelo Código Civil brasileiro. Nesse contexto, proporemos que a teoria seja reinterpretada em uma dúplice função: (a) a primeira, inserida na *subteoria* que chamaremos de *teoria do inadimplemento substancial*, de impedir o exercício resolutório diante de *inadimplementos* que, por não impactarem a utilidade objetiva da prestação, insiram-se no âmbito da *mora*; (b) a segunda, inserida na *subteoria* que chamaremos de *teoria do adimplemento substancial (estrito senso)*, de modular os efeitos da mora e da tutela creditícia, decorrentes de *inadimplementos de baixa gravidade* (ou, como queira, de *adimplementos substanciais estrito senso*).

Em nosso capítulo final, procuraremos avaliar a teoria do adimplemento substancial em confronto com o princípio da segurança jurídica, buscando demonstrar que a aplicação metodológica da teoria pode ser com ele compatibilizada, mediante um criterioso trabalho de sopesamento e fundamentação, a ser realizado, diante do caso concreto, pelo juiz, figura crítica no processo de aplicação segura da doutrina. Visando a auxiliar nesse processo, propomos e discutimos pressupostos e parâmetros para aplicação

da teoria. Ao final, tecemos, ainda, breves comentários sobre algumas matérias que, quando confrontadas com a teoria do adimplemento substancial, têm recebido do Superior Tribunal de Justiça tratamento em apartado.

Espera-se que este trabalho possa auxiliar a comunidade jurídica a compreender com maior profundidade uma teoria que tem sido tão constantemente invocada na prática judiciária, mas que tanto potencial ainda tem a oferecer, diante do extremamente profícuo sistema de direito civil-constitucional brasileiro.

1.
ADIMPLEMENTO

1.1. A relação obrigacional: da linearidade à ideia de obrigação como processo

Seja na linguagem vulgar, seja na literatura técnica, o termo *obrigação*[5] tem sido usualmente utilizado para expressar "qualquer limitação ou restrição imposta, à liberdade, pelo direito ou, até, por ordens extrajurídicas"[6]. Em sentido jurídico, aparece sob diferentes sentidos: como sinônimo de *dever jurídico*[7], como expressão de um *estado de sujeição*[8],

---

5 A palavra obrigação, etimologicamente, decorre do verbo latino *obligare*, este formado pela composição *ligare ob*, *i.e.* "ligar/atar/amarrar por causa de". A expressão tem por objetivo indicar a ideia de vinculação/liame entre sujeitos de uma determinada relação jurídica – *ius et obligatio sunt correlata*. (Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 2, p. 111).

6 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil.* Direito das Obrigações. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, v. 6, p. 29.

7 "(...) este traduz a incidência de normas simples de conduta, implicando, por parte do visado, a necessidade de adotar (ou de omitir) uma conduta; trata-se de um conceito analítico, por vezes (inadequadamente) expresso como "obrigação"; p.ex., os deveres de entregar a coisa e de pagar o preço, que advêm da compra e venda – 879.º, b) e c); a obrigação técnica pode envolver diversos deveres (principais, secundários ou acessórios), como a seu tempo veremos;)(...)". (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 6, p. 30). No entanto, conforme leciona Orlando Gomes, "no mais amplo sentido, a palavra *obrigação* é sinônimo de *dever*. Até deveres não jurídicos se dizem vulgarmente *obrigações*, mas nem mesmo todos os deveres jurídicos podem ser designados por esse nome. Tecnicamente, *obrigação é espécie do gênero dever*, reservando-se o termo para designar o dever correlato a um direito de crédito" (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15).

8 "Diferente do dever jurídico é o chamado *estado de sujeição*, que constitui o contrapolo dos direitos potestativos" (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. 1, p. 55). Isso quer dizer que se tem chamado vulgarmente de *obrigação* o dever contraposto a direito que não admite contestação, que confere ao seu titular a prerrogativa de imiscuir-se na esfera jurídica de terceiros sem necessidade de cooperação ou, como leciona Francisco Amaral, "Direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não seja sujeitar-se. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir" (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 10. ed. rev. e modif., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 301). "Assim, ao *poder* que tem o mandante de revogar livremente o mandato ou ao *poder* que tem o inquilino de denunciar livremente o arrendamento no termo do prazo contratual não corresponde nenhum *dever* especial por parte do mandatário ou do senhorio. Não há necessidade do seu *consentimento* ou da sua *autorização*, para que na sua esfera jurídica se produza o efeito pretendido (a revogação ou a denúncia do contrato) e, por isso mesmo, não há qualquer *comando* dirigido a tal fim. A contraparte está apenas sujeita, quer queira, quer não, a que determinados efeitos (a constituição, modificação ou extinção de um direito) se produzam na sua esfera jurídica, por simples vontade de outra pessoa, actuando estas umas vezes por si só, outras mediante recurso forçoso aos órgãos judiciários (v.g., dissolução do casamento por divórcio)". (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v.1, p. 56).

com a noção de *ônus jurídico*[9], para qualificar os chamados *direitos-deveres/poderes funcionais*[10] e, em sentido técnico estrito, para referir-se à *relação obrigacional*.

A *relação obrigacional*, também intitulada *relação de crédito* ou *relação creditória*[11], caracteriza-se, segundo a visão clássica romanística[12], pelo vínculo linear e pessoal de *débito* e *crédito*, segundo o qual "ao *direito subjectivo* atribuído a um dos sujeitos corresponde um *dever de prestar* especificamente imposto a determinada pessoa"[13].

Como se sabe, o direito romano clássico[14] não previu postulados para regulação das obrigações *in abstracto* – tratava-se de verdadeiro encargo do devedor[15], cujo cumprimento impedia a ação do credor visando concretização de sua pretensão. E, nesse sentido, "a Lei das XII Tábuas regulava o procedimento, na hipótese de o devedor não cumprir"[16] o encargo: comprovada a existência da dívida, o devedor era fisicamente colocado à disposição do credor (*manus iniectio*) e, não cumprida a prestação, entregava-se

---

9 "Resta-nos aludir ao *ónus jurídico*, que se entende como a necessidade de adoptar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria. Já daqui se inferem os tópicos característicos desta figura: o acto a que o ónus se refere não é imposto como um dever; tutela-se um interesse do onerado – traduzindo-se na consecução de uma vantagem nova ou em evitar-se a perda de uma vantagem que preexiste" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. act. reimp., Coimbra: Almedina, 2011, p. 67).

10 "Diferentes das situações anteriormente descritas, e distintas dos *deveres de prestar* próprios das obrigações, são aquelas situações a que na doutrina italiana se dá o nome de *potestá* e a que, entre nós, à falta de termo técnico adequado, se tem dado a designação perifrástica de *poderes funcionais* ou *direitos-deveres*. É o caso típico dos deveres recíprocos dos cônjuges, do poder paternal, da tutela, da curatela e outros institutos análogos e foi, durante muito tempo, o caso do chamado poder marital. São direitos conferidos no interesse, não do titular ou não apenas do titular, mas também de outra ou outras pessoas e que só são legitimamente exercidos quando se mantenham fiéis à função a que se encontram adstritos". (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v.1, p. 61).

11 "Ocupamo-nos no ramo do direito civil denominado direito das obrigações; o que corresponde a dizer, dos direitos de crédito. Os termos equivalem-se, enquanto contemplam a mesma realidade, embora encarada de ângulos diversos. Razão pela qual nenhum deles é inteiramente rigoroso: a expressão direito das obrigações destaca o aspecto passivo da relação jurídica, a existência de um vínculo, o cumprimento de um dever; ao passo que a designação de direitos de crédito põe em relevo o seu lado activo, o poder de uma pessoa exigir de outra um determinado comportamento. Não existe, pois, motivo essencial para se preferir qualquer das duas nomenclaturas, mas terá de reconhecer-se que a primeira está mais radicada na tradição jurídica". (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, op. cit., p. 15).

12 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 597.

13 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v.1, p. 16-17.

14 Com relação às fases do direito romano, seguimos a divisão de José Carlos Moreira Alves: "1ª – *a do direito antigo ou pré-clássico* (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2ª – *a do direito clássico* (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d.C.); 3ª – *a do direito pós-clássico ou romano-helênico* (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de *direito justinianeu* ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)". (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. rev. corr. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 72).

15 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 6, p. 36.

16 Ibidem, p. 41.

ao credor na condição de escravo (*se nexum dare*)[17]. Persistindo o débito, o credor poderia executá-lo (e mesmo esquartejá-lo, cedendo suas partes a outros credores - *pars conditio creditorum*)[18].

Dado o impacto social desse modelo, terminou-se por editar a *lex poetelia papiria de nexis* que, em 326 a.C., proibindo o *se nexum dare*, afastou a obrigação do seu caráter eminentemente pessoal, conferindo a ela um conteúdo substancialmente patrimonial. A despeito disso, o conceito abstrato de obrigações só veio a aparecer muito depois, com a publicação do *Corpus Iuris Civilis* (533 d.C.):

> *Institutiones (III, 13, pr.)*
> *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundo nostrae civitatis jura*[19]
>
> *Digesta (XLIV, 7, 3, pr.)*
> *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*[20]

As definições trazidas pelo *Corpus Iuris Civilis*, cotejadas com os elementos construídos pela evolução do direito romano clássico e justinianeu, orientaram a recepção do instituto das obrigações pelo direito moderno, sobrelevando não apenas a linearidade da *relação obrigacional* (*i.e.* a contraposição direta entre um dever de prestar e um direito de exigir), como duas características fundamentais: a *patrimonialidade/economicidade*[21] e a *transitoriedade*.

---

[17] "Conforme opinião antiga e dominante, o *nexum* era o contrato formal mais velho da sociedade romana e correspondia em sua forma à *mancipatio*, ou seja, ao modo típico romano usado para a transferência das *res mancipi*. Assim, *nexum* e *mancipatio* se realizavam *per aes et libram*. José Carlos Moreira Alves resume a controvérsia sobre o que seria o *nexum* e sua natureza jurídica em duas correntes. Pela primeira, ou tradicional, o instituto é um contrato de mútuo celebrado *per aes et libram* com força executiva e, portanto, independia de julgamento (*iudicatum*). Segundo essa corrente, na presença das partes e de cinco testemunhas, além do *libripens* (porta-balança), pesavam-se os lingotes de bronze que iam ser entregues ao mutuário pelo mutuante e, com a prolação da *damnatio*, criava-se a obrigação de restituí-los. Para que a obrigação se extinguisse era necessária a realização de cerimônia inversa pela qual o devedor pronunciaria uma forma que o desligasse da *damnatio*. Pela segunda corrente, o *nexum* significava um ato pelo qual o devedor ou sua família se vendiam ao credor (automancipação) ou se davam em penhor (autoempenhamento) para garantirem o cumprimento de uma obrigação. Assim, o *nexum* não era um contrato de mútuo porque não criava obrigações. Essas preexistiam ao nexum". (SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 165-181, 2013, p. 171).

[18] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 6, p. 41.

[19] Tradução livre: "A obrigação é um vínculo de direito pelo qual somos obrigados pela necessidade de pagar alguma coisa a alguém, segundo a lei da nossa cidade".

[20] Tradução livre: "A essência das obrigações não consiste em nos fazer tornar proprietário ou em nos fazer adquirir uma servidão, mas em obrigar alguém a nos dar, fazer ou prestar alguma coisa".

[21] Importante ressaltar a posição de autores que, como Serpa Lopes, questionam a necessidade do requisito da patrimonialidade: "Entretanto, mais concisa é a definição de DERNBURG, considerando as

Como ensina Serpa Lopes, "o moderno conceito de obrigações é construído com esses materiais romanos"[22]. E foi essa a noção de obrigação trazida ao sistema brasileiro por Clóvis Bevilaqua, conforme definição consagrada em seu clássico *Direito das Obrigações*[23], que serviu de base ao Código Civil Brasileiro de 1916[24]:

> (...) obrigação: - é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão[25].

A linearidade, economicidade e transitoriedade da relação obrigacional também são consagradas pela definição de outros tradicionais autores brasileiros. Para Orlando Gomes, por exemplo, "obrigação é um *vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra" [26]. Na mesma linha, de fundo romanística, ensina Washington de Barros Monteiro que a obrigacional é a "relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio"[27].

Em linha com essa noção clássica, a *relação obrigacional* contemplaria três elementos estruturais: (a) os sujeitos; (b) o objeto; e (c) o vínculo jurídico[28]. Como leciona

---

obrigações como '*relações jurídicas, consistentes num DEVER DE PRESTAÇÃO, tendo valor patrimonial, do devedor ao credor*'. Excluída a parte referente ao valor patrimonial, pois discutível é se a obrigação pode ou não ter um conteúdo simplesmente moral, reputamos perfeita a supracitada definição, pois o dever de prestação, resume tudo quanto nela possa se conter: dar, fazer ou não fazer alguma coisa" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil.* Obrigações em Geral. 5. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1989, v. 2, p. 10).

22 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 9.

23 A primeira edição dessa obra data de 1895.

24 É exatamente essa a definição trazida por Clóvis Bevilaqua em seus comentários ao artigo 863 do Código Civil de 1916 (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. 4, p. 8).

25 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 5. ed. rev. e acres., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1940, p. 14.

26 GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 15.

27 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 4, p. 8.

28 Embora alguns autores optem por incluir, na estrutura da obrigação, os elementos *fato jurídico* e *garantia,* para o propósito deste trabalho, a opção pelos três elementos estruturais (sujeitos, objeto e vínculo) parece suficientemente completa (não apenas porque a análise do fato jurídico e da garantia é comum ao estudo de qualquer relação jurídica; mas também porque, segundo a teoria dualista, a análise do vínculo contemplaria, em alguma perspectiva, tanto o dever em sentido estrito, concretizado a partir da norma abstrata– *i.e.* o fato jurídico; quanto a responsabilidade pelo adimplemento – *i.e.* a garantia.

Orlando Gomes, "estrutura-se a obrigação pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, certa prestação"[29].

A relação obrigacional pressupõe, antes de qualquer coisa, a existência de sujeitos contrapostos. De um lado aquele que deve algo (o *devedor*, *sujeito passivo* da relação); de outro, aquele a quem se deve esse mesmo algo (o *credor*, *sujeito ativo* da relação). O elemento que liga esses sujeitos (o algo que é devido) é o *objeto imediato* da relação obrigacional, a *pretensão*, a ação ou omissão (dar, fazer ou não fazer) que deve ser realizada pelo devedor para satisfação do interesse do credor. Ao bem ou serviço a ser (ou não ser) prestado, dá-se o nome de *objeto mediato* da relação obrigacional.

O elemento "espiritual"[30] da relação obrigacional é o vínculo jurídico[31], que "liga os sujeitos, possibilitando do credor exigir uma conduta do devedor"[32]. Como leciona Álvaro Villaça, "é um elemento imaterial, que retrata a coercibilidade, a jurisdicidade, da relação jurídica obrigacional"[33].

A natureza do vínculo jurídico é matéria controversa e tem sido objeto de intenso estudo por civilistas do todo o mundo. Dividem-se os autores, principalmente, entre a teoria clássica e a teoria dualista[34,35].

---

29 GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 14.

30 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 35.

31 Ensina Serpa Lopes, no entanto, que o *vínculo jurídico* não é unanimidade entre os autores civilistas: "Entretando, divergem os juristas nesse ponto; para uns, a obrigação é realmente caracterizada por um *vínculo*; para outros, é a idéia de relação *jurídica*, enquanto finalmente outros fazem referência à *necessidade jurídica*. (...) Segundo POTHIER, a obrigação consiste um *vínculo de direito*, que nos subordina a respeito de outrem a dar-lhe alguma coisa ou a fazer ou não fazer alguma coisa. AUBRY et RAU toma-a, porém, como a *necessidade jurídica*, por força da qual uma pessoa fica subordinada em relação à outra, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, ao passo que POLACCO apresenta-a como uma *relação jurídica patrimonial*, por força da qual uma pessoa (que se diz *debitor*) é vinculada a uma prestação (de índole positiva ou negativa), em face de outra pessoa (que se diz credora). Para DÉMOGUE, a obrigação apresenta-se como a *situação jurídica*, que tem por objeto uma ação ou abstenção de *valor econômico ou moral*, da qual certas pessoas devem assegurar a realização" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 9).

32 SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional, op. cit., p. 168.

33 AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 35.

34 Como ensina Serpa Lopes, "o problema [da natureza do vínculo] tem sido objeto de discussão, tanto no direito romano como no direito atual. Duas correntes principais urgem a propósito: a primeira, a dos clássicos, defendendo o ponto de vista de se encontrar a essência da obrigação na dominação do credor sobre um determinado ato do devedor, a segunda, a dos dualistas, pretendendo situá-la nos próprios bens ou valores a que o devedor é obrigado a prestar" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 12).

35 Merece destaque, ainda, a chamada teoria das fases, que se insere entre a teoria clássica e a dualista, para quem a obrigação é constituída de dois vínculos sucessivos, duas fases: a primeira, de natureza material, correspondente ao débito, o dever jurídico do devedor de cumprir a prestação; a segunda, de natureza processual, correspondente à chamada "respondência", caracterizada pelo direito do credor de buscar a proteção do Estado, por meio do Judiciário, para satisfazer sua pretensão. Tal teoria tem força majoritariamente entre os processualistas italianos – e seus adeptos – capitaneados por Francesco Carnelutti (BETTI, Emilio; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006).

Para a teoria clássica, a obrigação possui objeto uno, representando o direito do credor a obter um determinado comportamento do devedor, ou, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, "traduz uma ideia de relação e sujeição"[36]. Ainda, como ensina Antunes Varela[37], para a teoria clássica, o objeto da obrigação é a "acção ou omissão a que o titular passivo da relação se encontra adstrito"[38].

Já para a teoria dualista[39], de origem alemã[40], o vínculo obrigacional se dá em duas perspectivas distintas e independentes: a dívida (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*). Isso significa dizer que o vínculo obrigacional pode ser entendido, *de um lado*, como o *dever jurídico* que recai sobre o *devedor* de *realizar espontaneamente a prestação assumida* (dever esse contraposto à verdadeira *expectativa* – e não direito – do *credor* ao cumprimento espontâneo); e, de outro, ao *estado de sujeição* ao qual se encontra o patrimônio do *devedor* para, em caso de não cumprimento espontâneo, satisfação forçada da prestação (ao qual se contrapõe o direito do credor à execução forçada da prestação, em caso de inadimplemento). Isso significa dizer, ainda, que para a corrente dualista, tais perspectivas são autônomas[41], de modo que haveria *obrigação* ainda que na falta de um desses elementos (sendo o exemplo clássico a *obrigação natural*, para a qual existiria dívida, mas não responsabilidade[42]).

---

[36] Como ensina Caio Mário, essa ideia de "relação e sujeição" decorre da definição clássica de Savigny, segundo a qual "a obrigação consiste na dominação sobre uma pessoa estranha, não sobre toda a pessoa (pois isto importaria em absorção da personalidade), mas sobre os atos isolados, que seriam considerados como restrição à sua personalidade, ou sujeição à nossa vontade" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Teoria das Obrigações. 23. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 6 e 25).

[37] Para Antunes Varela, "só a concepção unitária da relação obrigacional se mostra capaz de retratar aquilo qu pode chamar-se a unidade ontológica da obrigação, através das diversas vicissitudes a que o vínculo obrigacional está sujeito – unidade que se reflecte em múltiplos aspectos do regime da relação" (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 1, p. 156).

[38] Ibidem, p. 154.

[39] "*Le grand apport de la théorie dualiste de l'obligation à la doctrine juridique contemporaine a été de demontrér que l'obligation n'est pas unrapport simple et unitaire, mais qu'elle se composse de deux éléments: la relation de créance et de dette (Schuld), que nous appelerons devoir, et la relation de contrainte et de responsabilité (Haftung), que nous appelerons engagement"*. (COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. 19).

[40] WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: obrigações e contratos. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

[41] "Enquanto na concepção monista, nenhuma diferença há entre o cumprimento voluntário da prestação pelo devedor e a sua execução forçada no caso de inadimplemento, na concepção dualista essas duas fases são absolutamente distintas, em razão de que a obrigação funciona não como o objeto de um direito, senão como um instrumento, um meio de que a ordem jurídica se utiliza para assegurar ao credor o benefício ou a utilidade pretendidos com a realização da prestação" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 11).

[42] Buscando extrapolar o exemplo clássico da obrigação natural, José Fernando Simão analisa diversos institutos do direito civil brasileiro à luz da teoria dualista do vínculo – confrontando sua análise, inclusive, com a explicação apresentada, em diversos casos, por Antunes Varela, adepto confesso da teoria clássica. De acordo com Simão, "para verificação da utilidade ou não da teoria dualista, devemos analisar alguns exemplos das chamadas obrigações imperfeitas em que o vínculo não é composto por seus

Em que pese a relevância dogmática da discussão acerca da natureza do vínculo obrigacional, defendem alguns que sua atualidade decorria, ainda, de um apego à visão clássica romanística de linearidade do vínculo obrigacional[43]. É o que defende Antunes Varela:

> A dificuldade que alguns autores sentem para reconduzir todos aqueles elementos (nomeadamente o poder de exigir a prestação e a acção creditória) à mesma unidade conceitual, que é a obrigação, provém da tendência generalizada para se considerar esta como uma relação una ou simples, e não como relação complexa que ela é na realidade, ou como verdadeiro processo que se desenrola no tempo[44].

Pela tradição clássica romanística, as relações obrigacionais foram concebidas como estruturas simples, *i.e.* uma "formação lógico-conceitual que, embora perfeitamente legítima, tem na sua base um procedimento de abstração, isolador dum vínculo determinado entre sujeitos (dever de prestação) da causa que o produziu (contrato) e do fim visado pelos seus titulares"[45]. Em outras palavras, trata-se a obrigação, em seu sentido clássico, de relação jurídica linear, singular, caracterizada exclusivamente pela contraposição crédito/débito e que, bem por isso, "se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação"[46].

Contudo, situações concretas multifacetadas e negócios jurídicos complexos mostraram-se, ao longo do tempo, incompatíveis com a noção singular da obrigação. A totalidade dos direitos e deveres provenientes de negócios jurídicos modernos não se resume ao vínculo linear singular débito-crédito, de tal modo que a simplicidade da noção

---

dois elementos (*schuld* e *haftung*), mas apenas por um deles, de acordo com os dispositivos do Código Civil brasileiro". E, após cuidadosa análise de diversos institutos, completa: "Em que pesem os argumentos trazidos para combater a teoria dualista do vínculo, como alegação de sua inutilidade, esta é a que melhor explica a noção de vínculo jurídico de acordo com as regras do Código Civil brasileiro. Tanto na hipótese de obrigação imperfeita em razão da ausência de responsabilidade (obrigação natural) ou de dívida (responsabilidade por dívida de terceiro), o Código Civil decompõe o vínculo em seus diversos artigos, deixando claro que a teoria dualista tem a lei por espelho". (SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional, op. cit., p. 176-180).

43 Também sobre essa confusão conceitual, discorre Carlos Alberto da Mota Pinto que "por vezes a nossa doutrina fala da 'obrigação como vínculo complexo' (cfr. GOMES DA SILVA, ob. cit., págs. 147 e segs.), mas num sentido completamente diferente do de relação contratual, pois tem em vista a concepção que distingue na obrigação simples dois elementos (o débito e a responsabilidade). Não se ultrapassa, pois, o plano do vínculo singular" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 331).

44 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral*,* op. cit., v. 1, p. 154.

45 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, op. cit., p. 317.

46 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, op. cit., p. 74.

clássica romanística se mostrou, ao longo do tempo, insuficiente tanto para conceituar o instituto quanto para resolver situações concretas[47].

Ao menos desde o início do século XX[48], a relação obrigacional tem deixado de ser entendida meramente em sentido estrito, "sob o ângulo da totalidade"[49], passando a ser estudada sob sua perspectiva mais ampla, complexa e multifacetada. Como leciona Clóvis do Couto e Silva, "*lato sensu*, [a relação obrigacional] abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. *Stricto sensu*, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos"[50].

A ideia de relação obrigacional complexa aparece, pela primeira vez, incidentalmente, nos trabalhos de Fritz Litten e Peter Klein (respectivamente em 1903 e 1905), em estudos relacionados aos direitos potestativos (que, segundo Litten e Klein), representariam "vínculos não subsumíveis ao conceito de crédito e *obligatio*"[51]. Conforme ensina Menezes Cordeiro, no entanto, foi Heinrich Sieber quem primeiro concebeu, na primeira década do século XX, a obrigação como um "organismo"[52], "o qual abrangeria um conjunto de créditos individuais, correspondentes aos deveres de prestação principais e acessórios"[53]. Visando à postulação de conceito capaz de apresentar soluções concretas a problemas reais, Sieber define assim a obrigação, como organismo:

> É uma relação jurídica como a do empréstimo, compra ou arrendamento. Dela emergem créditos e outros direitos singulares, como os direitos potestativos de denúncia e resolução, mas também simples situações jurídicas, como a qualidade do destinatário das declarações de resolução e denúncia da contraparte[54].

---

47 Como ensina Mota Pinto, "não oferece dúvida que a consideração do vínculo singular é insuficiente para enquadrar a eficácia de um contrato. Como sucede sempre que um quadro formal e abstracto é apontado sobre o mundo, o conceito de obrigação singular deixa passar a realidade da mesma forma que as malhas duma rede deixam passar a água dum rio" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, op. cit., p. 319).

48 Ensina Fernando Noronha, amparado em Larenz, que "a concepção da relação obrigacional complexa, que representa algo mais do que a mera soma dos direitos, deveres, poderes e outras faculdades jurísicas nela englobadas, como enfatizava Larenz, é noção moderna, mas que hoje está definitivamente incorporada à ciência jurídica" (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95).

49 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

50 Ibidem, p. 19.

51 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, op. cit., p. 328.

52 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 588.

53 SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

54 Conforme tradução de Mota Pinto (op. cit., p. 329).

A ideia ganhou forma e robustez, posteriormente, com Felix Herholz, Panjiotis Zepos e Karl Larenz[55], chegando-se à noção de relação obrigacional como relação complexa, assim entendida, nas palavras de Larenz, "*no sólo como lo hace la ley (p. ej., em el §362), es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total (p. ej.: relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes*"[56].

Para Larenz, débito e crédito representam os elementos essenciais da relação obrigacional, mas não a resumem, indicando apenas partes de um todo, que compreende prestações, direitos de formação, poderes potestativos, deveres de conduta, sujeições, todos relacionados entre si e com um preceito finalístico[57]. Partindo dessa proposição, Larenz avança na formulação de Siebel e propõe o conceito de relações obrigacionais como "*conjunto*" e como "*processo*"[58]. Como "*conjunto*", por representar situações jurídicas diversas, porém materialmente conectadas entre si; como "processo", por visar, de seu nascimento à sua extinção, a um fim (qual seja, o adimplemento)[59].

No Brasil, a relação obrigacional complexa foi inicialmente estudada por Clóvis do Couto e Silva, que tratou a obrigação como "*processo*"[60], destacando "o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência"[61], o que se mostra possível em razão de sua "unidade funcional"[62] e "separação relativa de planos"[63].

A obrigação como processo tem, em síntese, duas características principais. A primeira delas, a revisão a estrutura clássica da obrigação de modo a incluir a finalidade como elemento fundamental, o que se dá pelo reconhecimento expresso de que *as obrigações desenvolvem-se como atos concatenados visando ao seu cumprimento*, à

---

55 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 587-589. LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

56 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, op. cit., t. 1, p. 37.

57 Ibidem, p. 37-38.

58 "*La consideración de la relación de obligación como proceso no contradice sus caracteres como 'conjunto', sino que, al contrario, los confirma. Ya que, como subraya Hartmann (Aufbau der realen Welt, pág. 330), 'todos los conjuntos naturales son al proprio tempo sistemas de procesos'. Cuando se califica como 'organismo' (así. Sieber. 1) a la relación de obligación quiere significarse lo mismo que lo que entendemos por 'conjunto' y 'proceso'. La categoría del 'organismo' es, empero, una esfera concreta de la realidad, tomada de la vida orgánica; mientras que 'conjunto' y 'proceso', según Hartmann, son 'categorías fundamentales' aplicables a todas las esferas de la realidad*" (Ibidem, p. 40).

59 Ibidem, p. 38-39.

60 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit.

61 Ibidem, p. 20.

62 Ibidem, p. 22.

63 Ibidem, p. 22.

satisfação dos interesses jurídicos envolvidos, o *adimplemento*[64]. A segunda, o reconhecimento de um rol mais amplo de deveres (e direitos), de parte a parte, incidentes sobre a relação obrigacional[65], em especial aqueles decorrentes da *concretização do princípio da boa-fé objetiva*, elemento cada vez mais aceito pelo direito[66], e expressamente positivado pelos códigos modernos[67].

Maria Cláudia Mércio Cachapuz, partindo das ideias de Larenz, Couto e Silva, e seguindo Judith Martins-Costa[68], remete à teoria dos sistemas e apresenta a obrigação como uma "*totalidade concreta*"[69], ao argumento "de que tudo está em relação a tudo (concepção holística) e de que o todo é mais do que as partes"[70], havendo entre elas uma verdadeira "ordem de cooperação"[71]. Na visão de Maria Cláudia Mércio Cachapuz, a obrigação, entendida como uma *totalidade concreta*, constitui um complexo de direitos e deveres que devem ser interpretados, no caso concreto, de modo finalístico, "como fator de organização do sistema jurídico"[72], e visando prioritariamente ao adimplemento "ainda que formalmente algumas situações ou posições tenham sido modificadas no curso de seu desenvolvimento"[73].

---

64 De acordo com a lição de Couto e Silva, a "obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor" (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 168).

65 Afirma Couto e Silva que "para versar o conceito de obrigação como processo, supõe-se a teoria do nascimento dos deveres, a que se ligam, indissociavelmente, o desenvolvimento e o adimplemento. (...) A principal transformação ocorrente na teoria das fontes é a existência de deveres resultantes da concreção do princípio da boa-fé" (Ibidem, p. 169).

66 "Tal mudança de perspectiva da relação obrigacional, como destaca Thiago Luís Santos Sombra, só foi possível em razão "da evolução social e normativa determinada pela passagem de um Estado de Direito de matriz liberal a um Estado de Direito social, o qual promoveu o progressivo abandono de uma vertente egoísta e individualista da relação obrigacional, graças, especialmente, ao vigor normativo concedido pela boa-fé objetiva à cooperação" (SOMBRA, Thiago Luís Santos. Adimplemento contratual e cooperação do credor, op. cit., p. 22).

67 Em Portugal, acerca do Código de 1966, leciona Antunes Varela: "O novo Código Civil reflecte já a influência das correntes francamente superadas do positivismo jurídico, não só no regime de alguns dos contratos em especial, mas também na aceitação explícita de algumas soluções gerais de forte sentido inovador, entre as quais cumpre destacar as seguintes:
a) A consagração do princípio ético-jurídico da *boa-fé* em termos de grande amplitude, de modo a abranger tanto a preparação e formação dos contratos (art. 227.º), como o cumprimento da obrigação e o exercício do direito correspondente (art. 762.º);
b) A condenação explícita do abuso do direito, definido em termos de grande maleabilidade (art. 334.º)". As mesmas conclusões podem ser tecidas acerca do Código Civil Brasileiro de 2002 (artigos 187, 421 e 422). (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 1, p. 31).

68 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 382.

69 CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Ajuris - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 24, n. 71, p. 108–153, nov. 1997.

70 Ibidem, p. 112.

71 Ibidem.

72 Ibidem, p. 117.

73 Ibidem, p. 138.

Fundamental, ainda a visão de Emilio Betti, que analisa a relação obrigacional sob uma perspectiva subjetiva, revelando a existência de uma necessária "relação de cooperação" entre credor e devedor, visando ao adimplemento[74].

Emilio Betti define a relação obrigacional como "relação de cooperação" a partir de uma comparação entre as relações de direitos reais e as relações de direitos obrigacionais. Para Betti, a configuração dos direitos reais não pressupõe a *expectativa de prestação alheia*, tendo por objeto uma mera *atribuição de bens*, protegida contra eventuais ingerências ou turbações de terceiros. Tem-se, portanto, uma "relação de atribuição"[75] - ou *exclusão*[76], já que cria deveres contrapostos negativos, de abstenção (não agir de modo a perturbar a esfera jurídica do titular do direito real). Os direitos obrigacionais, contudo, pressupõem a prestação (positiva ou negativa) por um terceiro, o que implica a *necessidade de colaboração por parte desse terceiro* para plena *satisfação dos interesses do credor*. Tem-se, assim, no caso da relação obrigacional, uma "relação de cooperação"[77], que é garantida pelos bens do devedor e cuja violação gera responsabilidade civil[78].

Na visão de Emilio Betti, a "relação de cooperação" materializa-se na forma de uma prestação, de caráter complexo, que se apresenta em duas perspectivas (objetiva e subjetiva) sob a finalidade única do adimplemento. De acordo com o autor, a prestação deve ser *objetivamente* apta a satisfazer um *interesse típico do credor;* e *subjetivamente colaborativa,* executada pelo devedor com o propósito de satisfazer esse *interesse típico do credor*[79].

De fato, a ascensão da boa-fé objetiva promoveu uma importante releitura do direito das obrigações[80] – fato que se intensificou com o ingresso no instituto no plano normativo, muito embora, como já destacava Judith Martins-Costa, os Tribunais já vinham aplicando a boa-fé objetiva às relações obrigacionais antes mesmo de qualquer positivação

---

74 BETTI, Emilio. *Teoria Geral das Obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006.

75 "Diremos, portanto, que, nas relações de direito real, se resolve um problema de 'atribuição' de bens, e, nas obrigacionais, um problema de 'cooperação' ou, na hipótese de responsabilidade aquiliana, de reparação" (Ibidem, p. 30).

76 Afirma Betti que, no caso das relações de direito real, "trata-se de atribuir bens a algum associado e de, correlativamente, excluí-los de outro: há, portanto, uma relação de atribuição e respectiva exclusão" (Ibidem, p. 30).

77 Nas palavras de Betti, na relação obrigacional, "a ideia de 'cooperação' é fio condutor que serve para orientar o jurista nas grandes questões do direito das obrigações", pois, ao contrário do que acontece nas relações de direito real, "a prestação alheia está ínsita no próprio conceito de obrigação" (Ibidem, p. 30).

78 Ibidem, p. 31.

79 Ibidem, p. 37.

80 Como ensina Caio Mário, "a doutrina mais recente, contudo, acentua a necessidade de a obrigação ser analisada sob um aspecto dinâmico e funcional, em que o dever de cooperar, entre outros, é reconhecido em relação ao credor" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 25).

como cláusula geral, ainda que "mediante um engenhoso artifício, qual seja o de dar caráter e, principalmente, função de cláusula geral ao princípio inexpresso que resultaria do conjunto de disposições"[81].

E é justamente essa aplicação da boa-fé objetiva sobre o conteúdo e o propósito das relações obrigacionais que permitiu a construção da noção de obrigação como processo, ao modificar os parâmetros centrais do vínculo obrigacional mediante a imputação de inúmeros os deveres de conduta (de proteção, de cooperação, de lealdade, etc.). A lição de Judith Martins-Costa a esse respeito merece reprodução:

> Embrica-se à concepção da relação obrigacional como um processo complexo e 'total' a mudança no paradigma da noção de sistema. A boa-fé objetiva aí desempenha um papel fundamental, porque é o caminho pelo qual se permite a construção de uma noção substancialista do direito, atuando como um modelo hábil à elaboração de um sistema aberto, que evolui e se perfaz dia-a-dia pela incorporação dos variados casos apresentados pela prática social, um sistema no qual os chamados operadores do direito passam a ser vistos como seus verdadeiros autores, e não meramente como seus aplicadores, recipiendários ou destinatários. Nessa perspectiva, já tracejado o desenho geral do novo paradigma sistemático, é preciso, agora, particularizar o discurso, alinhavando as características da concepção dinâmica do vínculo obrigacional, sede, por excelência, da inserção da boa-fé objetiva, para o que seguirei as possibilidades de investigação abertas pelo pensamento de Clóvis do Couto e Silva[82].

Dentre as importantes consequências que a *relação obrigacional como processo* trouxe para o direito das obrigações, a mais pertinente a este trabalho é o seu impacto sobre a noção clássica de *adimplemento*. Se a obrigação é um *processo*, justamente porque compreende o "conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor"[83], parece razoável o entendimento de que o *adimplemento* (*i.e.* o *cumprimento* da obrigação) seja igualmente entendido como o exercício adequado de todo esse *conjunto de atividades*, que comportam não apenas a prestação principal, mas também deveres adicionais (inerentes ou não à prestação principal, como é o caso dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva).

---

81 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 382.
82 Ibidem, p. 382.
83 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 20.

1.2. A operação da boa-fé sobre as relações obrigacionais: boa-fé e sua tríplice função

Como ensina Judith Martins-Costa, "a noção de boa-fé no direito provém do mundo romano, registrando já a Lei das Doze Tábuas a norma segundo a qual *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*"[84]. Contudo, o delineamento do instituto - até sua formatação moderna - tem "tríplice raiz"[85], devido à contribuição não apenas do direito romano, mas da cultura germânica e do direito canônico.

Na evolução do direito romano, a *fides* surge como instituto substancialmente formal, representativo da *garantia (promessa) de cumprimento de deveres estabelecidos em relações de clientela e em contratos formais*[86]. Conforme ensina Antonio Carcaterra, o termo *fides* teria origem grega, significando "liame"/"vínculo". A despeito disso, à vista de sua função no direito romano, Dieter Nörr ensina que, usual e mais amplamente, tem sido traduzido por romanistas como "confiança", "honradez", "lealdade", "fidelidade" "garantia", "crédito" e "confiabilidade"[87].

A difusão dos contratos consensuais (*i.e.* aqueles que não exigiam forma – compra e venda, locação, sociedade e mandato), contudo, termina, por trabalho pretoriano, por ampliar a noção de *fides*, estendendo-a à *garantia de cumprimento dos compromissos assumidos consensualmente entre as partes*, com a diferença de que, nesse caso, a *fides* representaria a garantia de cumprimento "não segundo a letra, mas segundo o espírito"[88] dos contratos. A mudança de sentido venho acompanhada da agregação de qualificativo, passando-se a reconhecer o instituto por *bona fide.* Eis o gérmen do que se conhece hoje por boa-fé, haja vista que, diferentemente da *fide*, a *bona fide* já é, reconhecidamente, um instituto de natureza jurídica, de caráter normativo-valorativo, visando à justiça e ao equilíbrio contratual.

Ainda assim, a ampla aplicação da *bona fide* era contida, até os finais do século I a.C. pelas limitações do processo formulário romano, que, por regra, condiciona o exercício de direito a ações expressamente previstas em lei (*in ius conceptae*). Com o final das guerras púnicas, contudo, Roma buscou expandir-se e, para tanto, entendeu

---

84 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 111.
85 Ibidem, p. 110.
86 CARCATERRA, Antonio. *Intorno ai bonae fidei iudicia*. Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari. Napoli: Jovene, 1964, v. 12, p. 194-195.
87 NÖRR, Dieter. *La 'Fides' en el Derecho Internacional Romano*. Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", 1996, p. 16.
88 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 115.

imprescindível que o direito acompanhasse tal evolução. Nesse contexto, a aplicação restrita da *bona fide* passou a representar empecilho ao crescimento romano, pois trazia insegurança aos negócios, bloqueando novos modelos contratuais. A solução desse problema se deu, novamente, por ação pretoriana, com a criação dos *bona fidei iudicia*, ações gerais assentadas na *bona fide*, nas quais, por meio de uma cláusula especial, requeria-se que o julgamento se desse com fundamento não em lei específica, mas nos ditames da boa-fé.

Conforme ensina Judith Martins-Costa, durante a Idade Média, a *bona fides* romana sofreu "um processo de subjetivação, consequência, entre outros fatores, do papel secundário que merecera na codificação justinianéia, e de já um certo contágio com a boa-fé canônica"[89].

De fato, a *bona fides* romana aproxima-se – ainda que não se identifique plenamente - do conceito de boa-fé objetiva, assim entendida a regra ética que serve de parâmetro às relações interpessoais, que se relacionada com as ideias de honestidade, lealdade, probidade e demais padrões éticos de conduta que devem nortear o comportamento humano. Rita Jabbour, conceitua a boa-fé objetiva como uma *regra de comportamento* e, remetendo ao conceito clássico de Demogue, associa-a ao comportamento do *bonus pater familias*[90]*:*

A boa-fé subjetiva, por sua vez, caracteriza-se pela individualização do agente, pelos elementos psicológicos do sujeito que indicam que, segundo sua visão, teria agido de acordo com o direito[91]. E a boa-fé canônica é substancialmente subjetiva[92], situando-se em

---

89 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 110.

90 "La bonne foi est une règle de conduite dans le contrat. Son identification à une incombrance est en revanche discutable. (...) La doctrine n'a pas manqué de percevoir dans la bonne foi une règle de conduite gouvernant le comportement des parties dans les contracts. La formule explicite de Demogue em témoigne puisqu'il afirme, dans le premier chapitre de son Traité des obligations en général que 'tout débiteur doit dans l'execution de l'obligation se conduire en bon père de famille'" (JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat*. Bibliothèque de droit privé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, t. 573, p. 115).

91 Conforme explica Judith Martins-Costa, "É preciso ter presente a distinção dogmática entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Muito embora ambas as expressões encontrem unidade no princípio geral da confiança que domina todo o ordenamento, cada uma desempenha, dogmaticamente, distintos papéis. A boa-fé subjetiva traduz a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas da usucapião. Diferentemente, a expressão boa-fé objetiva designa, seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé" (MARTINS-

uma dimensão ética e axiológica voltada para o elemento moral do agente e valorada sob a referência do pecado[93]. Observe-se o conceito de boa-fé, segundo o "*Dictionnaire de Droit Canonique*", de Raoul Naz:

> *Bonne Foi. (...) Notion Générale. – La bonne foi est une disposition de l'âme, en vertu, en vertu de laquelle l'auteur d'un acte croit sincèrement, que cet acte est conforme à la loi morale ou aux prescriptions légale. On peut distinguer dans cette disposition un jugement de l'intelligence et une bonne inclination de la volonté. Naturellement la bonne foi existe dans d'innombrables cas où réellement la dite conformité se vérifie. Néanmoins dans l'usage courant on n'emploie généralement cette expression que pour désigner l'antinomie qui peut exister parfois entre la droiture des dispositions intérieures et la violation objective de la loi, soit naturelle, soit positive. Être de bonne foi se dit alors de celui qui, tout en croyant être en règle avec le devoir, se rend cependant coupable d'une violation matérielle de la loi*[94].

Assim, a *bona fides* romanista, traduzida em uma dualidade entre "boa-fé garantia e ignorância escusável"[95], termina, muito pela influência do direito canônico, por adentrar os tempos modernos sob roupagem de alto subjetivismo. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o código civil francês outorgado por Napoleão Bonaparte em 21 de março de 1804. O Código Napoleônico, assim como outros tantos que o tomaram por inspiração[96], discorre sobre a boa-fé em diversos dispositivos – p. ex. nos artigos 201 e 202 (acerca do casamento putativo), nos artigos 549 e 550 (acerca da posse), no artigo 1.240 (sobre os efeitos do pagamento) e, finalmente, no artigo 1.134 (que traz os postulados da autonomia da vontade) – utilizando, a todo tempo, a noção de boa-fé subjetiva[97].

COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Arts. 304 a 388. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, t. 1, p. 42).

92 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 161.

93 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 130.

94 NAZ, Raoul. *Dictionnaire de droit canonique*: contenant tous les termes du droit canonique avec un sommaire de l'histoire et des institutions et de l'état actuel de la discipline. Paris: Letouzey et Ané, 1937, v. 2, t. 12, p. 957.

95 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 133.

96 Como é o caso do Código Civil Brasileiro de 1916.

97 Ensina Judith Martins-Costa que "O Code e os seus comentadores, então, continuam a trilhar, em matéria de boa-fé, a distinção entre a sua atuação em matéria possessória e no campo obrigacional, ambos, porém, presos a um critério subjetivo, interno ao agente, contraposto ao dolo, a mentira e à má-fé, vale dizer, a boa-fé enquanto 'ignorância escusável'. O que ainda poderia restar de elasticidade ao artigo 1.134, eco do jusracionalismo incorporado por Portalis, será totalmente cortado pela Escola da Exegese. (...) Portanto, para os doutrinadores da Escola, a boa-fé da alínea terceira do artigo 1.134 não constitui meio ou instrumento de flexibilização do ajuste através do qual o intérprete pode limitar, em certos casos, a autonomia privada. Pelo contrário, é um instrumento de cristalização da lei e da ideologia que lhe está na base" (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 205-206).

A boa-fé objetiva só ganhou corpo no final do século XIX[98], pelo trabalho da jurisprudência comercial[99] e dos juristas alemães, com sua positivação no artigo 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) - código civil tedesco, aprovado em 1896 e eficaz desde 1º de janeiro de 1900 -, segundo o qual "*o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego*". O artigo, intitulado, em alemão, "*Leistung nach Treu und Glauben*" consagra a "fórmula polar, ou bipartida"[100], herdada da cultura germânica antiga, segundo a qual a vida em sociedade deveria ser experimentada com lealdade (*Treu*) e crença/confiança (*Glauben*).

Limitados, inicialmente, pelo pensamento liberal então dominante, os efeitos reais da introdução da cláusula geral de boa-fé objetiva no BGB, só começaram a ser sentidos após a Primeira Guerra Mundial[101], com o trabalho da doutrina e da jurisprudência concretizadora tedesca do começo do século XX. Esse trabalho terminou por consolidar a boa-fé como *princípio ético-axiológico fundamental*[102], e por desenvolver, nas palavras de

---

98 Há quem defenda que a regra insculpida no artigo 1.134 do Código Civil Napoleônico já trataria de hipótese de boa-fé objetiva. Mesmo esses, em geral, reconhecem que tal "boa-fé objetiva" estaria muito mais relacionada à *fide* romana que à boa-fé objetiva em seu sentido atual, desenvolvido a partir do binômio tedesco *Treu und Glauben.* É nesse sentido a explicação de Karina Nunes Fritz: "Da rápida análise histórica acima operada acerca da boa-fé, evidencia-se que as duas mais importantes codificações ocidentais – francesa e alemã – têm concepções bem distintas sobre a boa-fé objetiva, o que contribui para provocar a enorme confusão conceitual com a qual se depara o estudioso do Direito atualmente. Boa-fé objetiva, para a doutrina francesa, significa reforço ao pactuado no contrato, quanto para a doutrina alemã traduz um dever de se conduzir com lealdade, retidão e consideração pelos interesses alheios. Apesar da forte influência alcançada pelo Direito francês, logo após a promulgação do Código de Napoleão, a concepção de boa-fé objetiva atualmente admitida pela melhor doutrina é a decorrente do Direito alemão" (FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 395, p. 181-182, jan./fev. 2008).

99 Como ensina Menezes Cordeiro, diante de necessidades comerciais, em 1.815, quatro cidades independentes alemães – Lübeck (*Lubeque*), Hamburg (*Hamburgo*), Bremen e Frankfurt (*Francoforte*) -, instituíram um Tribunal de Apelação Comercial que, desde muito cedo, começaram a proferir decisões pautadas num ainda incipiente princípio da boa-fé (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 316).

100 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 124.

101 "A jurisprudência comercial alemã já vinha reconhecendo a importância da boa-fé como regra de conduta; contudo, a índole mais aberta tão ansiada por Menger ainda não encontrara o terreno adequado para frutificar. Nem a entrada em vigor, em 1900, do BGB, monumental codificação que fazia referência à boa-fé em diversas disposições, foi capaz de alterar este quadro, a princípio. Se os primeiros anos do século não trouxeram mudanças substanciais, em contrapartida o cenário resultante da Primeira Guerra Mundial era tão avassalador que Eric Hobsbawn o identifica como 'o colapso da civilização burguesa do século XX […]sentido pelo menos em todos os lugares que homens e mulheres se envolviam ou faziam uso de transações impessoais de mercado'. Por óbvio, na Alemanha (não só derrotada na guerra como humilhada pelo Tratado de Versalhes) o terreno foi mais intenso, ocasionando uma grande instabilidade social. Este, o pano de fundo para o surgimento da constituição de Weimar, em 1919, pedra fundamental das cartas do estado Social" (LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61).

102 Devido à sua estrutura amplamente liberal, o direito anglo-saxônico demorou mais para reconhecer na boa-fé a natureza de princípio.
Na Inglaterra, como explicam Aline Tenenbaum, Cécile Chainais e Ghislain Guillaume, "*as in French law and a certain number of other civil law systems, English contract law has evolved from its initial*

Massimo Bianca, verdadeira "*solidarietà contrattuale*"[103], que, segundo o mesmo autor, "*si specifica in due fondamentali canoni di condotta*"[104]: o primeiro, "*impone la lealtà del comportamento*"[105]; o segundo, "*si specifica anche commo obbligo di salvaguardia*"[106].

Pedagogicamente, e em linha com a proposta de Franz Wieacker, em sua obra "*Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB*"[107] – publicada em 1955, tem-se atribuído à boa-fé objetiva[108], notadamente no âmbito do direito obrigacional, *tríplice*

---

liberal approach to one which promotes a principle of 'fairness'". O caso usualmente citado como paradigmático na elevação da boa-fé um *principle of fairness* é o caso *Schroeder Music Publishing Co Lts v Macaulay*, julgado pela *House of Lords* em 1974 (1 W.L.R 1308). Tal evolução foi, posteriormente, reforçada por inclusão do princípio na legislação, notadamente no *Commercial Agents Regulations* de 1993, nos *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 e nas *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations* de 2002. (TENENBAUM, Aline; CHAINAIS, Cécile; GUILLAUME, Ghislain. Good Faith. In: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (Orgs.). *European Contract Law* - Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding principles, Model Rules. München: Sellier, 2008, p. 199-200).

Nos Estados Unidos, até o início da década de 1970, a boa-fé apareceu na jurisprudência de maneira esparsa, sem rigor ou amparo teórico – e, sempre, mediante relutância por parte da comunidade jurídica local, em razão do forte histórico liberal associado ao direito dos contratos. Defende-se que, desde a metade do século XIX, já vigia o conceito de "*implied covenant of good faith and fair dealing*", com o propósito de atenuar a intepretação literal de dispositivos contratuais à luz das práticas comuns de mercado, tendo sido, tal dever, citado em 1933, no julgamento do caso *Kirke La Shelle Company v. The Paul Armstrong Company et al.* (263 N.Y. 79) (DUBROFF, Harold. The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic. *St. John's Law Review*, v. 80, n. 2, p. 559-620, 2006).

A situação começou a mudar em 1952, com a edição do *Uniform Commercial Code*, norma publicada com o propósito de uniformizar as regras de comércio entre os diversos estados norte-americanos, que trouxe dispositivos capazes de flexibilizar a força vinculante dos contratos mediante recurso à boa-fé. A mudança, no entanto, só ganhou força por meio da publicação, em 1968, do artigo paradigmático, de autoria do Professor Robert S. Summers: "*'Good Faith' in general contract law and the sales provisions of the uniform comercial code*". (SUMMERS, Robert S. Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, v. 54, n. 2, p. 195-267, mar. 1968). Nos anos que se seguiram, o artigo do Professor Summers teve grande repercussão, recendo críticas e apoio, não apenas nos Estados Unidos como nos demais países de *common law*. Entre as publicações de maior repercussão destacam-se a do Professor canadense Barry J. Reiter (REITER, Barry J. Good Faith in Contract. *Valparaiso University Law Review*, v. 17, n. 4, p. 705-734, 1983) e de Steven J. Burton (BURTON, Steven J. More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers. *Iowa Law Review,* v. 69, p. 497-512, 1984).

[103] "*La prevalenza del principio di buona fede sulle determinazioni contrattuali consegue al suo carattere di ordini pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondeza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume. (...) Sulla base dell'esperienza, confermata anche da scarsa ma indicativa giurisprudenza, può dirse che la buona fede in censo oggetivo o correttezza si riporta all'idea di fondo della solidarietà. Ma con riferimento alle parti del rapporto contrattuale essa esprime una concreta esigenza di solidarietà che può indicarsi come solidarietà contratualle*" (BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. *Rivista di dirito civile*, ano XXIX, p. 206-209, primiera parte, 1983).

[104] BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede, op. cit., p. 209.

[105] Ibidem.

[106] Ibidem.

[107] Em espanhol, versão utilizada por este trabalho, "*El principio general de la buena fe*" (WIEACKER, Franz. *El Principio General de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977).

[108] A opção pela *tríplice função* não é, no entanto, absoluta. Karl Larenz, por exemplo, opta por listar rol mais extenso, tomando por base a atuação da doutrina e da jurisprudência alemãs do começo do século XX, após o ingresso da boa-fé no ordenamento tedesco. Fala, o autor, em aplicação da boa-fé nas

função[109]: a) uma *função interpretativa* dos negócios jurídicos, visando ao preenchimento de lacunas e ao pleno atendimento do *espírito da lei*; b) uma *função limitadora* ao exercício abusivo de direitos e posições jurídicas (exercida por meio de *deveres negativos* de abstenção de condutas lesivas, contraditórias, desleais); e c) uma *função criadora* de *deveres positivos*, anexos à prestação principal, e promotores de condutas leais e confiáveis (deveres de adoção de posturas lisas, justas e equânimes).

1.2.1. A função interpretativa da boa-fé

Ainda que as partes sejam exaustivas na definição dos termos contratuais, é natural que, como ensina Larenz, "*surjan cuestiones dudosas que hubieran necesitado una reglamentación en el proprio contrato, sobre las que no obstante las partes nada han determinado, porque no pensaron en absoluto en ellas o porque no estimaron necesaria una reglamentación expresa*"[110]. Para essas situações, entende-se que a boa-fé tenha importante função hermenêutica, permitindo ao juiz, como defende Wieacker, o exercício

---

seguintes hipóteses: "*modo de cumplir la prestación*", "*limitación del ejercicio de Derecho*", "*limitación o desaparición del deber de prestación por causa de inexigibilidad*", "*liberación del deudor por causa de desaparición de la base del negocio*", "*creación de particulares deberes de conduta*" (LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 142-154). Na doutrina nacional, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, ao contrário, defendem rol mais estreito, afirmando que "a rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem, ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato" (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Gustavo Tepedino (Org.). *Obrigações:* Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 37). Cláudio Luiz Bueno de Godoy, no entanto, vai em sentido contrário, e defende rol mais extenso, i.e. quatro funções fundamentais: a) função interpretativa, b) função corretiva, c) função supletiva, e d) função de limitação de direitos subjetivos (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: ALVES, José Carlos Moreira; GOZZO, Déborah; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57-64).

[109] Nos Estados Unidos, a boa-fé tem sido interpretada como "*excluder*", seguindo a posição defendida pelo Professor Robert Summers: "*In contract law, taken as a whole, good faith is an 'excluder'. It is a phrase without general meaning (or meanings) of its own and serves to exclude a wide range of heterogeneous forms of bad faith. In a particular context the phrase takes on specific meaning, but usually this is only by way of contrast with the specific form of bad faith actually or hypothetically ruled out*". (SUMMERS, Robert S. Good Faith in General Contract Law…, op. cit., p. 201). A teoria de Summers é sintetizada da seguinte forma pelo Professor Barry Reiter: "*Summers believed that good faith could be best described in negative terms, as an 'excluder' of bad faith behaviour. Thus defined, he identified four categories of good faith immanent in American law: bad faith in contractual negotiation and formation; bad faith in contract performance; bad faith in raising or resolving disputes; and bad faith in taking remedial action*" (REITER, Barry J. Good Faith in Contract, op. cit., p. 709-710).

[110] LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 117-118.

do *officium iudicis* (ou, nas palavras do autor, a realização "*del plan de valoración del legislador*")[111].

Por essa função, a boa-fé funciona como verdadeiro princípio integrativo, responsável por suprir lacunas e interpretar dispositivos ambíguos à luz dos padrões éticos e solidários. Como explica Larenz, diferentemente do que acontece com a *interpretação segundo a declaração de vontade* – que visa a identificar o que as partes teriam decidido, se houvessem previsto a questão sub judice – a "*interpretación integradora del contrato*"[112], decorrência típica da boa-fé objetiva, visa a entender "*lo que en el contrato se contiene y de él puede deducirse por un intérprete imparcial y razonable*"[113], segundo sua *análise objetiva*, seu *fim* e os *costumes do tráfego*[114].

Nesse sentido, explica Maximo Bianca que, em sua função hermenêutico-interpretativa, a boa-fé objetiva[115] assumiria um significado objetivo e de "*correttezza*"[116], o que se aplicaria tanto na formação quanto na execução da relação obrigacional. Nessa função, igualmente integrativa, a boa-fé agiria como "*generale principio di comportamento*"[117], para determinar o comportamento devido à luz de "*una morale sociale attiva o solidale*"[118], ainda que tal comportamento seja contrário a uma previsão contratual específica.

---

111 WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 52.

112 LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 118.

113 Ibidem, p. 119.

114 Ibidem, p. 119-121.

115 A esse respeito, é interessante o artigo de Davide Achille acerca dos métodos de interpretação contratual, em que, relativizando a dicotomia boa-fé objetiva / boa-fé subjetiva, termina por reconhecer que a interpretação contratual segundo a boa-fé seria expressão do "*princípio di correttezza e lealtà contrattuale*": "*Collocata rettamente la buona fede interpretativa tra i canoni soggettivi di ermeneutica contrattuale, ed abbandonati gli autorevoli orientamenti che alla fine della prima metà del secolo scorso finivano per negare rilevanza a tale canone ermeneutico, non si può non convenire con l'affermazione secondo la quale questa costituisce la 'primaria regola d'interpretazione'. (...) A tali fondamentali principi si allinea la giurisprudenza di legittimità con la pronuncia richiamata in apertura, la quale prende specificatamente in considerazione il concetto di buona fede interpretativa affermando che questa, 'quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di 'solidarietà contrattuale") si specifica in particolare nel significato di lealtà, che si sostanzia nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte'. Sul punto non si può non ricordare che proprio in merito alla buona fede interpretativa emerge in dottrina un panorama particolarmente ricco di opinioni circa il modo di intendere tale canone interpretativo, rinvenendosi opinioni che la riconducono allo stato psicologico dei contraenti nell'intendere il contratto, altre che la concepiscono come soggettiva opinione o non falsa credenza o non ignoranza di una o più circostanza di fatto e di diritto, chi la esplicita come regola di tutela dell'affidamento e chi invece afferma che la previsione contenuta nell'art. 1366 c.c. sia espressione del principio di correttezza e lealtà contrattuale*" (ACHILLE, Davide. Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo. *Rivista di diritto civile*, p. 169-170, jan./fev. 2017).

116 BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede, op. cit., p. 205.

117 Ibidem, p. 206.

118 Ibidem.

1.2.2. A função limitadora da boa-fé

Em sua função limitadora, a boa-fé objetiva atua no sentido de impedir o exercício de direitos que, ainda que previstos em lei ou por dispositivo contratual, impliquem, no caso concreto, violação à *lealdade* e à *confiança* que devem ser observadas, reciprocamente, por aqueles que integram uma relação obrigacional. Atua, portanto, de modo a *interpretar a lei* e o contrato em *sentido negativo*, vedando comportamentos que contrariem o "comportamento social típico"[119], "solidário"[120], causem "lesão"[121] ou desvantagem excessiva e inesperada para qualquer das partes. Como ensina Bertrand Fages, a boa-fé, em sua vertente limitadora, determina às partes, "*de façon négative, de s'abstenir d'un certain nombre d'attitudes manifestement déloyales*"[122].

Nas palavras de Wieacker, tal interpretação limitadora refletiria a atuação judicial representada "*por el campo fundamental de la exceptio doli*"[123], que retrata uma verdadeira "*excepción de inadmisibilidad del ejercicio del derecho*"[124].

Tendo em vista essa função limitadora da boa-fé, a doutrina desenvolveu, ao longo do século XX, diversas "hipóteses típicas"/"figuras sintomáticas"[125] de exercício irregular ou abusivo de direitos, que seriam vedados pela cláusula geral de boa-fé. Tratam-

---

[119] A esse respeito, vale a referência do interessante artigo de Karl Larenz, acerca do "estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico", publicado em 1956, por meio do qual o autor busca explicar como relações obrigacionais imperfeitas devem ser consideradas validas e eficazes se estabelecidas em situações socialmente típicas e usuais (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 55-64, jan./jun. 2006).

[120] BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede, op. cit., p. 206.

[121] Como ensina Arnoldo Wald, a lesão é motivo para anulação do negócio jurídico, se detectada no momento da conclusão do negócio. Se, contudo, identificada durante sua execução, a lesão é motivo para revisão da avença – hipótese que, a nosso ver, representaria a observância da função limitadora da boa-fé. "É necessário esclarecer que, para configurar lesão, o contrato deve ser comutativo, ou seja, deve existir reciprocidade e equivalência nas prestações. Além disso, é mister que a desproporção da prestação, que caracteriza a lesão, seja verificada no momento da conclusão do contrato. Se posterior ao negócio, como, por exemplo, nos contratos de execução continuada, já não tem relevância para a configuração de lesão, visto que nessa hipótese poderia, se fosse o caso, ser revista a avença com fundamento na teoria da imprevisão ou da mera desproporção das prestações, como ocorre nas relações de consumo" (WALD, Arnoldo. *Direito civil*: introdução e parte geral. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255).

[122] E completa o autor, oferecendo exemplos de situações já enquadradas pela jurisprudência francesa como hipóteses de limitação de direitos em razão da operação da boa-fé: "*atteinte à la confiance legitime de l'autre partie, captation d'une opportunité d'affaire, manquement à la probité, appât démesuré du gain, dénigrement ou harcèlement du cocontractant, ruse grossière pour échapper à l'exécution des ses obligations, fait d'entraver sciemment la reconversion de la partie à laquelle a été notifiée la cessation du contrat, etc*" (FAGES, Bertrand. *Droit des obligations*. 8. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2018, p. 241).

[123] WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 59.

[124] Ibidem.

[125] ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59.

se, por exemplo, das teorias do "*abuso de direito*"[126] e das chamadas figuras parcelares da boa-fé objetiva, como o "*venire contra factum proprium*"[127] e o "*tu quoque*"[128] (em

[126] Conforme defende Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, a boa-fé objetiva deve ser tomada como "instrumento para sistematização" do abuso de direito. De acordo com o autor, o abuso de direito deve ser interpretado, à luz da boa-fé objetiva, de maneira ampla, de modo que o aplicador do direito possa "identificar a ocorrência do abuso: (a) no comportamento emulativo (situação em que se presume a violação a todos os valores referidos); (b) no comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro (caso em que se presume ao menos infringência aos fins econômicos e sociais); e (c) no comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de condutas que compõem a 'unidade conceitual valorativa' do Código Civil, abrangidos aí, evidentemente, o fim econômico e social, os bons costumes e a boa-fé" (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 97).
No entanto, vale mencionar o apontamento de Adalberto Pasqualotto, para quem "as relações do abuso do direito com a boa-fé não são muito próximas do ponto de vista da construção daquele conceito. Alguns Códigos, no entanto, estabelecem a vinculação, pelo que existe de vizinhança ontológica entre ambos. Assim o Código Civil de Portugal, da Grécia, da Suíça e o Código das Obrigações do Líbano. Na França, a sua evolução esteve ligada ao combate à chicana, o que também foi contemplado no Código de Processo Civil brasileiro, através da repressão à litigância de má-fé e, de modo especial, na recente alteração ao art. 273, que autorizou o juiz a conceder a tutela antecipatória do pedido, quando *fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inc. II)*" (PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: *Faculdade de direito*: O ensino jurídico no limiar do novo século. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 122).

[127] O *venire contra factum proprium* representa a mais ampla vedação ao *comportamento contraditório*. Nas palavras de Franz Wieacker, "*la inadmisión de la contradicción con una propria conducta previa se basa en la misma exigencia de fides que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el pacta sunt servanda, y la restricción del deber de prestación inicua a través del principio de buena fe, fue llevada a cabo por el antiguo concepto romano de la fides a través del elemental entendimiento de que la concepción textual del vínculo debía ser substituida por una concepción leal del mismo. Dicho más concisamente: en lugar de la letra, el espíritu de la obligación*" (WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 59). Ademais, como ensina Anderson Schreiber, a tutela da confiança, como expressão da boa-fé objetiva em sua função limitadora do exercício de direitos, "atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, *por meio* da incoerência" (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. rev. atual. de acordo com a jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Atlas, 2016, p. 66).

[128] A figura do "*tu quoque*" recebe esse nome em homenagem à famosa frase "*Tu quoque, Brute, tu quoque, fili mi*?", atribuída a Júlio César quando, prestes a ser assassinado por um grupo de opositores, identifica a presença de Marcus Junius Brutus, senador a quem muito admirava (possivelmente seu filho) e sente-se traído. "Até tu, Brutus, até tu meu filho?". Sinônimo de espanto e traição, a expressão tem sido utilizada pela doutrina moderna para designar a regra segundo a qual seria vedada a uma parte, em uma relação obrigacional, praticar comportamento inesperado, incompatível com seu comportamento pretérito, expondo a outra parte a uma situação de injusta desvantagem, à surpresa, ao ineditismo. Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, é a proibição da "utilização de dois pesos e duas medidas" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159). Como indica Giulina Schunck, "trata-se do contratante que emprega determinado critério em algumas situações, mas, sem razão, acaba por se utilizar de critério diferente em outras situações similares, sem que haja motivo a justificar a mudança de critérios. (...) Importante então destacar que o *tu quoque*, diferentemente do *venire contra factum proprium*, não guarda relação efetiva com o comportamento, a atitude da parte, mas está muito mais relacionado aos seus critérios valorativos" (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 121).

conjunto, considerados desdobramentos da *teoria dos atos próprios*[129]), a "*supressio*"[130], a *surrectio*"[131] e o próprio *adimplemento substancial*, que é objeto deste trabalho.

Em todas as *hipóteses típicas* acima listadas, doutrina e jurisprudência desenvolveram-se no sentido de *preservar a natureza finalística da obrigação*, impedindo que o adimplemento não seja obtido por *comportamentos estritamente individualistas,* incompatíveis com um *ambiente social e negocial harmônicos e previsíveis*. Como ensina

---

[129] "*Tu quoque*" e "*venire contra factum proprium*" são considerados pela doutrina desdobramento da teoria dos atos próprios. Conforme ensina Diez-Picazo, a teoria dos atos próprios é decorrência lógica da boa-fé objetiva e representa o comando de que *ninguém deve comportar-se de maneira contraditória com sua própria conduta anterior*. De acordo com o autor: "*Si la buena fe, considerada objetivamente, en sí misma, es un modelo o un arquetipo de conducta social, hay una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico*". Diez-Picazo, apresenta, ainda, os quatro pressuposto que, segundo sua visão, seriam fundamentais para aplicação da doutrina: "*1.º Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz; 2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión; 3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior; 4.º Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos*" (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1962, p. 139-143).

[130] Conforme define António Menezes Cordeiro, "diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé" (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil. op. cit., p. 797). Julio Gonzaga Andrade Neves, em obra monográfica sobre o tema, afirma que *supressio* e abuso de direito não são institutos coincidentes, porém possuem conexão direta, podendo-se "afirmar que a *suppressio* é modalidade particular de abuso do direito, de excepcional e cautelosa aplicação, para a tutela da confiança traduzida em investimento e lastrada na boa-fé" (NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 59). A aplicação prática da *supressio* pode ser observada no julgamento do REsp 1.202.514/RS, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, em que se negou a aplicação de correção monetária anual a contrato de prestação de serviços jurídicos, por não ter o contratado exigido tal direito por mais de seis anos. A exigência desses valores, após tantos anos de não exercício do referido direito, frustraria a legítima expectativa construída ao longo da relação contratual, violando a boa-fé objetiva (STJ, REsp nº 1.202.514/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/6/2011, publicado em [2011]).

[131] A *surrectio*, como verdadeiro contraposto da *suppressio*, a aquisição de direitos subjetivos por uma parte em decorrência de conduta reiterada da outra parte, em contradição com o que fora convencionada entre elas. Tal comportamento contraditório legitima, no beneficiário, a expectativa da aquisição do direito, ainda que em contradição com a convenção. Acerca da surrectio, explica António Menezes Cordeiro que o comportamento contraditório reiterado e aceito entre as partes de uma relação contratual "ora faz desaparecer um direito que não corresponda à efectividade social – é a *supressio* – ora faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efectividade social, era tido como presente – é a *surrectio*". E acrescenta: "perante um fenómeno de *suppressio*, o beneficiário pode encontrar-se numa de duas situações: ou, tendo-se livrado de uma adstrição antes existente, recuperou, nessa área, uma permissão genérica de actuação ou, tendo conquistado uma vantagem particular, adquiriu uma permissão específica de aproveitamento, ou seja, um direito subjectivo. A *surrectio* tem sido utilizada para a constituição *ex novo* de direitos subjetivos. Fale-se, aí, de *surrectio* em sentido próprio ou estrito. Não deve, no entanto, operar-se uma autonomização em profundidade da *surrectio* estrita, uma vez que a primeira possibilidade do beneficiário, portanto a mera recuperação de uma liberdade de movimentos, antes perdida, - chama-se-lhes a liberação – lhe está próxima. Englobando esta última pode, pois, falar-se de *surrectio* ampla" (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 816-821).

Orlando Gomes, as obrigações *nascem para ser cumpridas*[132]. É esse o cerne da natureza *processual* e *finalística* da obrigação defendida por Karl Larenz, Clóvis do Couto e Silva, dentre outros. E é para que o adimplemento seja atingido, satisfazendo-se o legítimo interesse do credor e preservando-se a estabilidade das relações jurídicas, que opera a boa-fé em sua função limitadora.

1.2.3. A função criadora de deveres anexos

Por fim, em sua função positiva, a boa-fé objetiva apresenta-se como criadora de deveres anexo à prestação principal, que visam, nas palavras de Bertrand Fages, a "*une coopération des parties en vue de la bonne exécutions du contrat*"[133]. Como bem menciona Rita Jabbour, "*hors de la sphère juridique, la loyauté, la sincérité ou encore la fidélité, sont autant de valeurs de savoir-vivre en société. Elles ont ainsi une assise sociale et morale*"[134]. Bem por isso, tais comportamentos devem nortear a execução dos contratos, servindo de instrumento de interpretação e de concretização das obrigações neles estabelecidas. Como explica Antonio Junqueira de Azevedo:

> Existe, no contrato, aquilo a que as partes expressamente se referiram, seu objeto principal expresso, e, depois, há os deveres colocados ao lado, ora ditos secundários, ora anexos, especialmente o dever de informar e, mais um dever negativo, o de manter sigilo sobre alguma coisa que um contratante soube da outra parte, ou também deveres ditos positivos, como o de procurar colaborar com a outra parte – daí até mesmo uma visão talvez excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si[135].

Também chamados de laterais, secundários, instrumentais, funcionais, fiduciários, acessórios[136], os deveres decorrentes da função criadora da boa-fé[137] visam a garantir, geral

---

[132] GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 91.

[133] FAGES. Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 243.

[134] JABBOUR, Rita. La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit., p. 101.

[135] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

[136] Como explica Mota Pinto, que opta pela expressão deveres laterais (expressão essa que optamos por seguir, prioritariamente), a denominação desses deveres "é ainda imprecisa: um autor (Stoll) designa-os, algo estreitamente, por deveres de proteção (*Schutzpflichten*), por oposição aos deveres de prestação (*Leistungspflichten*); outro (Larenz) denomina-os 'outros deveres de conduta' (*weitere Verhaltenspflichten*) ou deveres de diligência, sempre em contraposição aos deveres de prestação; outro ainda (esser) fala de deveres laterais (*Nebenpflichten*)" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, op. cit., p. 338).

[137] Trata-se, este caso, da boa-fé operando em sua função *supplendi gratia* e, nessa medida, da hipótese

a amplamente, que a execução do contrato se dê mediante *lealdade* e *cooperação*, sempre visando ao adimplemento contratual e à satisfação dos interesses das partes[138]. Na verdade, para ser mais preciso, vale recorrer à lição de Karl Larenz, que indica que os deveres de conduta decorrentes da boa-fé fazem referência "*a la preparación de la prestación propiamente dicha, a la forma de su ejecución, a la cooperación eventualmente necesaria de ambas partes y a la consideración que según la equidad puede cada parte esperar de la otra en semejante relación*"[139]. Reconhece, igualmente, Larenz, haver deveres anexos à boa-fé que sobrevivem à conclusão do contrato, notadamente com o objetivo de impedir condutas que possam reduzir as vantagens decorrentes do contrato[140].

No intuito de atender a hipóteses amplas e gerais, os deveres anexos da boa-fé *não se apresentam em rol exaustivo* e, com isso, preservam sua condição de cláusula geral. Nada obstante, a doutrina e a jurisprudência não têm medido esforços para tipificar hipóteses (das mais diversas) que devessem integrar um extenso rol exemplificativo de deveres anexos da boa-fé. Os autores franceses têm identificado inúmeros exemplos interessantes de "*bons comportements*" nos julgados da *Cour de Cassation*, como os deveres de: "*la sincérité, la discrétion, la fidélité, la constance, la décence, la tolérance, la bienveillance ou l'abnégation*"[141], ou ainda os deveres "*de s'informer, de faciliter autant que faire se peut l'exécution des prestations de l'autre, de surmonter les difficulté, voire de renégocier le contrat en cas de bouleversement imprévu de l'équilibre économique*"[142]. Fala-se, ainda, na doutrina anglo-saxônica no "*duty to mitigate the loss*"[143], também esse, nos países de tradição romano-germânica, acomodados sob a função criadora da boa-fé objetiva[144].

---

identificada por Franz Wieacker como função de "*creación judicial inovadora*", por meio da qual o juiz, ao interpretar o contrato segundo a boa-fé, atuaria "*contra legem, mediante la ruptura que de la jurisprudencia acomete hacia um nuevo Derecho judicial, que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguardia del Derecho y la justicia em el comportamiento concreto de las partes*" (WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 51*).*

138 Nas palavras de Mota Pinto, "os deveres laterais criam as condições para uma consecução, sem estorvo, do fim visado; o dever de prestação é o elemento principal, a 'alavanca', com que o fim pode ser conseguido" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual, op. cit., p. 349).

139 LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 154.

140 Ibidem*,* p. 156.

141 JABBOUR, Rita. La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit., p. 46.

142 FAGES. Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 243.

143 "*The duty to mitigate is a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objectives*" (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*. Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, p. 967-1024, set. 1983, p. 967).

144 V. sobre o tema, a dissertação de mestrado defendida por Beatriz Veiga Carvalho, perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (O "dever de mitigar danos" na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro). De acordo com a autora, "a mitigação de danos pelo próprio credor da indenização, do ponto de vista doutrinário, poderia ser admitida como um ônus decorrente do princípio da

Os exemplos são inúmeros, valendo, contudo, por seu aspecto categorial e pedagógico, a classificação tripartite de Menezes Cordeiro em *deveres de proteção*, *esclarecimento* e *lealdade*[145], deixando claro tratarem-se de categorias que não se pretendem exaustivas, nem visão à perfeita delimitação dos grupos por elas compreendidos. Tratam-se mais de categorias amplas e que têm por propósito uma visão panorâmica dos deveres nelas compreendidos.

Assim, por *deveres de proteção*, entendem-se que visam não apenas à preservação do objeto da prestação principal, mas também da segurança dos sujeitos da relação obrigacional. Como descreve Menezes Cordeiro, tratam-se de deveres que têm por propósito evitar que "sejam infligidos danos mútuos, nas pessoas ou nos seus patrimônios"[146]. Nesse sentido, ainda que não constem expressamente do contrato, são deveres das partes, decorrentes da boa-fé objetiva, conservar adequadamente a coisa; adotar medidas de segurança para a adequada prestação de serviços; demarcar áreas de segurança no entorno de obras, inclusive mediante aposição de avisos e alertas; disponibilizar assistência médica para a execução de contratos que envolvam risco; adotar medidas de segurança razoáveis para mitigar o risco de furto, como no caso de estacionamentos de shopping center e supermercados[147].

---

boa-fé objetiva, implicando a não indenização dos danos que, embora decorrentes diretamente do inadimplemento, poderiam ter sido razoavelmente evitados pela ação ou omissão do credor. Permitir que a indenização se medisse integralmente pela extensão do dano, ainda que esse fosse evitável, equivaleria a dar guarida ao exercício abusivo do direito à indenização" (CARVALHO, Beatriz Veiga. *O "dever de mitigar danos" na responsabilidade contratual:* a perspectiva do direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014).

145 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 604.

146 Ibidem.

147 No Brasil, o tema encontra-se sumulado pelo STJ, por meio da Súmula nº 130: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento".
Via de regra, referida Súmula tem aplicação ampla, incidindo o *dever de proteção*, inclusive, na hipótese de fortuito interno: "1. A jurisprudência desta Corte Superior possui orientação de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas, por roubos ocorridos em suas áreas privativas - internas ou externas -, deve ser analisada caso a caso, podendo-se conferir interpretação extensiva à Súmula 130/STJ. 2. *In casu*, o roubo do veículo da agravada caracterizou-se como fortuito interno, pois, conforme elementos contidos no v. acórdão estadual, a farmácia/agravante disponibilizava segurança no local do estacionamento - o que funciona como elemento diferencial para atrair seus clientes, além de causar expectativa de segurança no consumidor -, bem como há informação de que, no momento do fortuito, o segurança contratado encontrava-se ausente. (STJ, AgInt no AREsp nº 1317166/PR, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7/2/2019, publicado em 19/2/2019).
A interpretação extensiva da súmula, contudo, não atinge fatos considerados fortuitos externos: 1. O Superior Tribunal de Justiça, conferindo interpretação extensiva à Súmula n° 130/STJ, entende que estabelecimentos comerciais, tais como grandes shoppings centers e hipermercados, ao oferecerem estacionamento, ainda que gratuito, respondem pelos assaltos à mão armada praticados contra os clientes quando, apesar de o estacionamento não ser inerente à natureza do serviço prestado, gera legítima expectativa de segurança ao cliente em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores. 2. Nos casos em que o estacionamento representa mera comodidade, sendo área aberta, gratuita e de livre acesso por todos, o estabelecimento comercial não pode ser responsabilizado por roubo à mão armada, fato de terceiro que exclui a responsabilidade, por se tratar

Deveres de esclarecimento, por sua vez, dizem respeito à prestação de informações relevantes para formação, conclusão e execução do contrato. Nas palavras de Eduardo Tomasevicius Filho, trata-se da ação da boa-fé para "correção do estado de informação assimétrica entre as partes"[148]. Reflete a necessidade de informar à parte contrária tudo aquilo que seja essencial à decisão de contratar e à boa execução do contrato, de modo a preservar o seu fim. Exemplos destacados de *deveres de esclarecimento* são os implícitos nos contratos de prestação de serviços envolvendo médicos, advogados e consultores em geral, aos quais Adalberto Pasqualotto imputa um "dever de informar qualificado"[149], seja porque a troca de informações é intrínseca à natureza do contrato, seja porque o detentor da informação "encontra-se em posição privilegiada frente ao credor da informação"[150].

Note-se, no entanto, que não se trata de dever absoluto, imputado exclusivamente ao detentor da informação. Divide-se, nessa medida, em *dever de informar* e *dever de informar-se* (como "a boa-fé não premia a desídia"[151], recai também sobre o interessado "o ônus de se informar"[152], já que o detentor da informação não tem, em toda e qualquer circunstância, o dever absoluto de saber que tal informação é fundamental para a formação do consentimento negocial da contraparte[153]).

Por fim, os *deveres de lealdade*, igualmente conhecidos por *deveres de cooperação*, têm escopo amplo e visam a engajar as partes em comportamentos condizentes não apenas com o atingimento do adimplemento, mas também com a efetiva obtenção dos benefícios esperados com o contrato. Nessa medida, independentemente de previsão contratual expressa, devem as partes (evidentemente, desde que pertinentes à natureza do negócio entabulado) guardar sigilo acerca de informações comercial ou pessoalmente sensíveis, não concorrer com adquirentes de propriedade intelectual e estabelecimento comercial, evitar a celebração de contratos contraditórios e deletérios para o negócio anterior, cooperar para a realização de pagamentos e, em termos gerais, "reduzir os custos de transação que podem ser evitados, beneficiando ambas as partes"[154].

---

de fortuito externo. (STJ, EREsp nº 1431606/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 27/3/2019, publicado em 2/5/2019).

148 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no código civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETARI, Christiano (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312.

149 PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis, op. cit., p. 115.

150 Ibidem.

151 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no código civil brasileiro..., op. cit., p. 314.

152 Ibidem.

153 Ibidem.

154 Ibidem, p. 315.

Note-se que a observância desses deveres pode se dar não apenas durante a execução do contrato, mas tanto antes quanto após seu encerramento. Fala-se, num e noutro caso, na *culpa in contrahendo*[155] e na *culpa post pactum finitum*[156], como expressões da boa-fé objetiva para proteção das partes nos momentos anteriores à celebração do contrato e posteriores à sua conclusão.

No primeiro caso (*culpa in contrahendo*), trata-se da proteção conferida às partes que já se engajaram na negociação de um contrato, envidando esforços e investindo, tempo e dinheiro, para a concretização do negócio jurídico. Como explica Menezes Cordeiro, engloba tanto (a) a proteção da fase pré-contratual, de modo a atribuir certa segurança e previsibilidade às partes que atinjam "uma certa *proximidade negocial*"[157], impedindo, nas palavras de Pasqualotto, "a interrupção injustificada das negociações ou a decepção sofrida por quem confiou na conduta desistente"[158]; quanto (b) um dever de "esclarecimento a cargo das partes em negociação"[159], fundado no princípio da confiança[160], que tem por

---

[155] Conforme ensina Larenz, em sua Metodologia da Ciência do Direito, a *culpa in contrahendo* é resultado do trabalho de Jhering, divulgado pela primeira vez em 1861, de concretização do "princípio ético-jurídico da boa-fé", a partir da interpretação do §242 do BGB. Jhering, buscando determinar a responsabilidade daquele que contrata em erro – e diante de um BGB que não contemplava cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual – terminou por verificar que seriam esses "casos de uma culpa na celebração de contratos, de uma *culpa in contrahendo*". Jhering então voltou-se as fontes romanas e identificou casos "nos quais se representava a mesma hipótese legal". O achado de Jhering – que, então, "não era ainda mais do que a expressão de uma ideia jurídica", passou a ser mais estudada até que, em 1923, Heinrich Stoll à associou ao princípio da confiança, dando à *ideia* natureza de *instituto* derivado do §242 do BGB, e atribuindo a ele força para desenvolvimento ao longo do século XX, na condição de dever lateral decorrente da boa-fé (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 600-602).

[156] Explica Menezes Cordeiro que também a *culpa post pactum finitum* decorreu dos estudos de Jhering, desenvolvidos a *contrario sensu*. "A *culpa post pactum finitum corresponde* à projeção simétrica da *culpa in contrahendo* no período pós-contratual. Segundo Jhering, e seus seguidores poderia, antes de concluído um contrato, constituir-se, a cargo das partes, um dever de indemnizar, por culpa contratual. Desta feita, ocorreria o fenómeno inverso: depois de extinto, pelo cumprimento ou por outra forma diversa, um processo contratual, subsistiriam, ainda, alguns deveres para os ex-contraentes" (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 625-626).

[157] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 547.

[158] PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis, op. cit., p. 118.

[159] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 549.

[160] Como leciona Roberto Senise Lisboa, "o princípio da confiança incide sobre a conduta pessoal de que atua no tráfico jurídico, relacionando-se estreitamente com a ideia de responsabilidade pessoal, como decorrência da necessidade de segurança da atividade negocial. Portanto, o princípio da confiança tem por função efetuar a proteção de toda a expectativa negocial". Para Roberto Senise Lisboa, a confiança é um valor fundamental, atrelado ao valor-segurança e complementar à boa-fé. Partindo dessa visão, afirma o autor, acerca da *culpa in contrahendo*: "Se é correto que a boa-fé e a confiança se complementam na aplicação da teoria da *culpa in contrahendo*, conjugando-se, ainda, com os demais princípios negociais, pode-se dizer que há evidente relação entre confiança-valor e a *culpa in contrahendo*. (...) O valor de confiança negocial, destarte, fundamenta a atual teoria da *culpa in contrahendo*. Não há necessariamente uma especial confiança de contratação na aplicação da teoria da *culpa in contrahendo*. Contudo, o simples fato de acreditar justificadamente na contratação que depois deixa de ocorrer, revela que o responsável efetuou uma 'ativa captação da confiança'. Por outro lado, deveres pré-negociais, como os de esclarecimento, não sendo observados, autorizam a pessoa que sofreu, por conta disso, prejuízo, a propor ação judicial por violação da *culpa in contrahendo"*. (LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*.

propósito impedir a celebração de contratos com base em informações falsas ou a abrupta interrupção de tratativas negociais por falta de troca efetiva de informações; ou ainda (c) um dever de lealdade antecipado[161], de modo a impedir à celebração de contratos nulos, anuláveis ou ineficazes.

No segundo caso (*culpa post pactum finitum*), busca-se, no momento pós-contratual, tanto (a) garantir os efeitos visados e conquistados com a execução do contrato, quanto (b) manter o equilíbrio das relações jurídicas formadas com o contrato; e (c) perpetuar o ambiente de lealdade e confiança que se instaurou com a celebração do contrato e assim deve ser mantido, notadamente no que diz respeito àquela relação jurídica em particular. Como ensina Couto e Silva, "a particularidade mais importante de algumas das obrigações anexas é a de ainda perdurarem, mesmo depois do adimplemento da obrigação principal"[162]. Explica, Couto e Silva, tratarem-se de obrigações independentes, que gozam de "fim próprio, diverso do da obrigação principal"[163]. Nesse sentido, pode ocorrer *culpa post pactum finitum* quando o vendedor de um estabelecimento comercial desenvolve negócio concorrente imediatamente após a conclusão da venda, quando uma incorporadora imobiliária vende um apartamento com vista para a praia e, na sequência, constrói novo empreendimento imobiliário que tampa a referida vista, quando, após o encerramento do contrato de trabalho, promove-se alteração no preço do seguro saúde ao qual o funcionário permanece vinculado[164].

São Paulo: Altas, 2012, p. 78-81).

161 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. op. cit., p. 551.

162 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 92.

163 Ibidem, p. 97.

164 A *culpa post pactum finitum* tem sido regularmente invocada nas cortes trabalhistas para justificar (a) a manutenção de empregado em seguro saúde, após o encerramento do contrato de trabalho; e, principalmente, (b) a impossibilidade de alteração drástica do valor pago por ex-funcionário ainda vinculado ao seguro da empresa, após o encerramento do contrato de trabalho, sob o argumento de que tanto representaria "alteração contratual lesiva" e, como tal, violaria a boa-fé, em sua eficácia pós-contratual: "Seguro de vida em grupo. Contrato de trabalho extinto. Cláusula geral da boa-fé objetiva. Dever anexo de lealdade. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Responsabilidade pós-contratual. *Culpa post pactum finitum*. (...) É pacífico na doutrina e jurisprudência que a boa-fé objetiva tem ampla incidência em todas as fases da relação obrigacional, em razão de que os contratantes devem seguir seus ditames – lealdade e confiança – na celebração, na execução ou extinção da relação jurídica. Do exercício da função criativa decorre que, além dos deveres principais, devem nortear a relação contratual os deveres de informação, proteção e lealdade, tradicionalmente exemplificados pela doutrina e jurisprudência como sendo alguns dos deveres anexos ou de consideração, decorrentes da chamada complexidade intraobrigacional. Dinâmicos por natureza, referidos deveres impõem um padrão de conduta minimamente ético que deve se estender mesmo após o término da relação contratual. Caso contrário, ou seja, violado um dever específico de boa-fé, exsurge a responsabilidade pós-contratual, a chamada *culpa post pactum finitum*. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (TST, RR nº 79800-60.2008.5.02.0020, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Sétima Turma, publicado em 16/5/2014).

1.2.4. Breve nota sobre a entrada da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro

Como já foi mencionado anteriormente, a positivação da cláusula geral de boa-fé se deu com o Código Napoleônico (cláusula essa incialmente interpretada restritivamente, contemplando a boa-fé em seu viés subjetivo) e com o BGB (aí sim consagrando, especialmente a partir de meados da década de 1920, a noção de boa-fé objetiva). A partir daí, a noção de boa-fé objetiva espalhou-se pelos diversos ordenamentos jurídicos, vindo a ser positivada em países de (a) *civil law* (i) europeus, como a Itália[165], a Suíça[166], Portugal[167] e Espanha[168]; (ii) asiáticos, como Japão[169] e Coréia do Sul[170]; e (iii) latino-americanos, como a Argentina[171], o Chile[172], o Uruguai[173]; de (b) *common law,* como é o caso dos Estados Unidos[174] e da Inglaterra[175]; e até mesmo em (c) *normas de direito internacional*, como é caso dos (i) Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT[176]; e dos (ii) Princípios do Direito Contratual Europeu[177], entre outros.

No Brasil já vigia, desde 1850, artigo do Código Comercial com menção à função interpretativa da boa-fé[178]. Contudo, é consenso, na doutrina, que referido dispositivo representava verdadeira letra morta da lei: nem era aplicada pelos tribunais, nem atribuía à boa-fé condição de *standard* de comportamento social[179]. O Código Civil de 1916, por sua vez, de natureza liberal e forte influência francesa[180], não contemplava regra de boa-fé em

---

165 Artigos 1337, 1366 e 1375 do Código Civil Italiano.
166 Artigos 2 e 3 do Código Civil Suíço.
167 Artigos 227, I do Código Civil Português.
168 Artigo 1258 do Código Civil Espanhol.
169 Artigo 1, 1 do Código Civil Japonês.
170 Artigo 2, 1 do Código Civil Sul-Coreano.
171 Artigo 1198 do Código Civil Argentino.
172 Artigo 1546 do Código Civil Chileno.
173 Artigo 1291 do Código Civil Uruguaio.
174 *Uniform Commercial Code* e *Second Restatement of Contracts.*
175 *Commercial Agents Regulations*, *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* e *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations*.
176 Artigos 1.7, 4.8 e 5.1.2 dos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT.
177 Artigos 1:201 e 1:106 dos Princípios do Direito Contratual Europeu.
178 Dizia o artigo 131 do referido Código: "Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".
179 Nesse sentido, Judith Martins-Costa (O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998, p. 22); Daniel Ustárroz (As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, p. 3, jan. 2003); Adalberto Pasqualotto (A boa-fé nas obrigações civis, op. cit., p. 130); Antonio Junqueira de Azevedo (A boa-fé na formação dos contratos, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992).
180 Apesar de pertencer à "família romana" e de possuir forte influência do Código Napolônico, é inegável

sua acepção objetiva: os artigos que faziam referência à boa-fé atribuíam a ela a noção de estado psicológico, de consciência, tratando-se, portanto, de hipóteses de boa-fé subjetiva.

A efetiva inserção da cláusula geral de boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro se deu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, e sua expressa manifestação nos artigos 4º, III[181] e 51, IV[182]. No entanto, embora representasse grande avanço em relação ao direito anterior, a cláusula geral de boa-fé constante do Código de Defesa do Consumidor possuía alcance limitado, na medida em que estaria limitada a regular aquelas situações de hipossuficiência e vulnerabilidade abarcadas pelas relações de consumo. Como explicam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a boa-fé foi traduzida em regra basilar do Código de Defesa do Consumidor para coibir "abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes mais vulneráveis"[183].

Entre 1990 e 2003, o ordenamento jurídico brasileiro não contemplou cláusula de boa-fé de abrangência ampla, resumindo-se, o direito positivo, às relações de consumo. O direito pretoriano, contudo, passou a atribuir à boa-fé, pouco a pouco, a força de princípio, aplicando-a às relações civis não abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente àquelas que envolvessem uma parte alegadamente vulnerável. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber explicam que "de fato, os tribunais brasileiros haviam se acostumado a compreender e aplicar a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e

---

que o Código Civil de 1916 sofreu também influência relevante do BGB – nem por isso, no entanto, suficiente para contemplar cláusula geral de boa-fé, a exemplo do §242 do diploma tedesco. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques explica: "No Direito Comparado, os autores alemães classificam o Direito brasileiro, normalmente, como pertencente à chamada *família romana* de direitos. Neste grupo de ordens jurídicas, o grande modelo legislativo, a grande influência em matéria de codificações, foi o *Code Civil* francês de 1804. Mesmo assim, parece ser pacífico na doutrina brasileira e alemã que o Código Civil Brasileiro (CCBr.), ao lado das influências do Code Civil, também sofreu influências das Codificações portuguesa, espanhola e italiana, assim como dos Códigos alemão e suíço". Segundo a autora, "apesar das cláusulas gerais de *boni mores* (comparável ao § 138 BGB) e de *bona fides* (comparável ao §242 BGB, que encontra-se no direito das obrigações) não estarem expressas no CCBr., estão implícitas em seu sistema" (MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 13/14, 1997, p. 71 e 91).

[181] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
(...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na *boa-fé* e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[182] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a *boa-fé* ou a equidade.

[183] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva..., op. cit., p. 30.

de forte caráter protetivo, e, por esta razão, relutavam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se vislumbrasse a vulnerabilidade de uma das partes"[184].

Foi nesse contexto que entrou em vigor o Código Civil de 2002, esse sim, fundado nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade[185], incorporou a boa-fé objetiva, como cláusula geral, em pelo menos em três dispositivos: os artigos 113[186], 187[187] e 422[188].

Como dito, a positivação da boa-fé pelo Código Civil de 2002 não alterou totalmente o direito até então praticado: os tribunais já se pautavam na boa-fé objetiva, recorrendo a ela como princípio de direito aplicável a todas as relações civis (muito embora com certa preferência às relações não paritárias). Isso não quer dizer, contudo, que a positivação da boa-fé objetiva no diploma civil mais elevado e abrangente não seja algo significativo. Luis Diez-Picazo, no prólogo da tradução espanhola da obra de Franz Wieacker (*El principio general de la buena fe*), comenta situação semelhante vivida em seu país, por ocasião da positivação da cláusula geral de boa-fé no ordenamento civil espanhol, em 1974:

> *Es verdad que se podría decir, y ya se ha dicho, que este texto no entraña ninguna genuina innovación en nuestro ordenamiento jurídico. Un principio general de buena fe es algo que se podía, sin discusión, considerar existente dentro de él con anterioridad, consagrado por una reiterada opinión de la doctrina de los autores y por las decisiones jurisprudenciales por vía de generalización de las múltiples aplicaciones que tanto el Código civil como las leyes especiales realizan. Es cierto que no hay genuina innovación. Sin embargo, como he señalado en otras ocasiones, la inserción de un texto en el Título Preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. El Título Preliminar del Código civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o una maquinaría en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio. Dicho de otro modo: (la totalidad de los juristas prácticos conoce el Título Preliminar. Llegar, en cambio, a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición. Todo ello permite augurar, en mi opinión,*

---

184 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva..., op. cit., p. 34.

185 Ao comentar o primeiro ano de vigência do Código Civil de 2002, Miguel Reale ressalta que, a despeito das controvérsias acerca do novo diploma, "percebeu-se, em suma, logo nos primeiros meses de vigência da Lei de 2002, que esta exigia novas formas de interpretação jurídica, decorrentes de seus pressupostos doutrinários, ou seja, dos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade" (REALE, Miguel. O Código Civil após um ano de vigência. In: ALVES, José Carlos Moreira; GOZZO, Déborah; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3).

186 "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

187 "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".

188 "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

> *que en los años venideros se van a multiplicar los alegatos forenses y las decisiones judiciales que tengan su base en estos textos y que se multiplicará por ende la jurisprudencia que haya de recaer en torno a ellos*[189].

As observações de Diez-Picazo são perfeitamente aplicáveis ao Brasil. O ingresso da boa-fé objetiva no Código Civil Brasileiro, por meio de cláusula geral, certamente ampliou e simplificou o acesso ao instituto, prestigiando a operabilidade do sistema e, consequentemente, atingindo um maior número de situações concretas. O *uso expandido da boa-fé*, contudo, não necessariamente significou o *uso adequado do instituto*. O fato de a boa-fé objetiva ter ingressado no direito brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor deixou marcas relevantes em sua concretização, pelo Poder Judiciário.

Por cerca de 13 anos, o Judiciário brasileiro aplicou a boa-fé objetiva à totalidade das relações civis, na condição de *princípio* derivado dos dispositivos inseridos no Código de Defesa do Consumidor, dispositivos esses criados para regulamentar *relações não-paritárias* ou, segundo a tradicional classificação de Antonio Junqueira de Azevedo, *contratos existenciais*, assim entendidos aqueles contratos que (a) não tenham como escopo primordial o lucro; (b) sejam, via de regra, celebrados entre pessoas não empresariais (ou, ao menos, entre uma empresa e uma pessoa física); (c) uma das partes seja considerada mais vulnerável (mais fraca) que a outra; e (d) tenham por objeto elementos que "dizem respeito à subsistência da pessoa humana"[190]. São, nesse sentido, *contratos existenciais* não apenas os contratos de consumo (diretamente impactados pelo texto dos artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor), mas também os contratos de trabalho, de conta corrente bancária, de fornecimento de bens e serviços essenciais, de locação residencial, de compra da casa própria, etc.[191]

Bem por isso, como ensinam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, "a boa-fé objetiva desenvolveu-se, na prática jurisprudencial brasileira, como um instituto vinculado aos fins protetivos que não são inerentes ao seu conceito dogmático, mas que antes lhe eram transmitidos pelo Código de Defesa do Consumidor"[192]. De fato, como visto ao longo deste capítulo, não são valores inerentes à boa-fé objetiva nem a proteção de partes vulneráveis, nem o reequilíbrio de toda e qualquer relação civil. Nas palavras de Rita

---

189 WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 10.

190 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 356.

191 Voltaremos à dicotomia proposta pelo Professor Junqueira (contratos existenciais/ contratos empresariais) no capítulo final deste trabalho, ao examinarmos os pressupostos e parâmetros para a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

192 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva..., op. cit., p. 43.

Jabbour, "*la bonne foi ne peut dès lors imposer la fraternité ou une quelconque charité qui commanderait d'abdiquer ses intérêts*"[193]. A boa-fé objetiva tem por propósito preservar a confiança e garantir a previsibilidade das relações civis, presando pela observância dos standards de comportamento inerentes a cada meio.

Nessa medida, o desafio do Judiciário brasileiro tem sido, sobretudo, o de calibrar a aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva de acordo com seu perfil dogmático, seja (a) compreendendo o verdadeiro alcance da boa-fé objetiva enquanto cláusula geral, expressão de um *princípio social* ou *ético-jurídico*[194] de elevado valor; seja (b) ponderando a aplicação da boa-fé objetiva em função da natureza das relações sobre as quais venha a incidir (*i.e.* relações existenciais ou relações mercantis).

A boa-fé inserida na tríade do Código Civil de 2002 – sobretudo no artigo 422 – é *cláusula geral* que traça uma moldura para o sistema aberto, de conteúdo ético, concebido pelo direito civil brasileiro atual. Trata-se de cláusula criada para trazer *operabilidade* ao sistema, conferindo a ele o poder de *desenvolvimento orgânico*, o atributo da *mobilidade*, a partir do dinâmico contexto social e da experiência jurídica a ele correspondente. Na categorização de Judith Martins-Costa, trata-se da dupla perspectiva da *mobilidade*: a *mobilidade externa*, "que 'abre' o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a 'adequada valorização'"[195]; e a *mobilidade externa*, "que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema"[196].

A abertura, mobilidade e operabilidade conferida pela boa-fé ao sistema, contudo, não é absoluta. Conforme discutido ao longo desse capítulo, a doutrina – sobretudo os doutrinadores alemães da primeira metade do século XX e seus seguidores – desenvolveu uma teoria da boa-fé objetiva amparada em pilares dogmáticos sólidos, atribuindo a ela funções amplas, porém específicas (*função interpretativa*, *função limitadora*, *função criadora de deveres*). Nessa medida, é fundamental que a concretização da boa-fé objetiva, pela via jurisprudencial, tenha claro que a *cláusula geral de boa-fé* tem aplicação ampla, mas não derroga o *princípio da autonomia privada*[197].

---

193 JABBOUR, Rita. La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit., p. 165.
194 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, op. cit., p. 599.
195 MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 341.
196 Ibidem.
197 No mesmo sentido, Marco Fábio Morsello (MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Bevilácqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, v.2, p. 534)

Pela definição de Clóvis do Couto e Silva, autonomia da vontade deve ser entendida como "a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesse, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade"[198]. Explica o autor que, no Estado liberal, a autonomia da vontade ganhou destaque e foi alçada à condição de princípio jurídico, sendo deferido aos particulares "quase totalmente a formação da ordem privada"[199]. Nos tempos atuais, contudo, a *autonomia da vontade* evoluiu para a noção de *autonomia privada*[200], mantendo-se um princípio jurídico vigente, embora de eficácia e concretização limitada pela lei e pelo cotejamento com os chamados *princípios sociais* (princípio do equilíbrio econômico, princípio da função social e, pois bem, princípio da boa-fé). Tal ponderação não retira da *autonomia privada* a posição de elemento fundamental de regramento do comportamento social; contudo, como afirma Couto e Silva, pode restringi-la "pela incidência da lei, ou de ato administrativo, ou ainda por motivo de desproporção entre o poder social e o individual"[201].

Portanto, é evidente que a incidência do *princípio da autonomia privada* deve ser ainda mais respeitada no âmbito das *relações mercantis*, já que esse tipo de relação provoca menor colisão com princípios sociais e, bem por isso, sujeitam-se a uma ação mais temperada, mais moderada, da boa-fé[202]. Como defende Rita Jabbour, é perfeitamente admissível que contratos mercantis/empresariais se sujeitem a algum grau de desequilíbrio,

---

198 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 24.

199 Ibidem, p. 25.

200 Conforme explicam Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, "parcela considerável da doutrina nacional e estrangeira, propõe a substituição do antigo *princípio da autonomia da vontade* pelo *princípio da autonomia privada*. A existência dessa substituição é indeclinável, pois 'foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência a mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 46-47).
Acerca dos conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, explica Francisco Amaral: "A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo do texto constitucional, no princípio da liberdade de iniciativa econômica (CR, art. 170) e na liberdade contratual (CC, art. 421). *Autonomia privada* não se confunde com *autonomia da vontade*. Esta tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto aquela exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real. Por isso mesmo, a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC, art. 185, enquanto a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (CC, art. 104), fonte principal de obrigações" (AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 131)

201 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 26.

202 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 356.

desde que haja ciência da parte contra quem tal desequilíbrio se opere – tal desequilíbrio, pode, inclusive, ser da própria natureza da relação contratual estabelecida entre as partes[203]. É também essa a conclusão de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a qual, pela clareza, vale ser transcrita:

> É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada ao preço da operação.
>
> O ambiente comercial e societário e, em particular, o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva[204].

Pietro Perlingieri pondera a dicotomia relações existenciais/ relações mercantis sob a ótica dos direitos da personalidade da pessoa física e da pessoa jurídica, analisando ambos à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Para ele, "o valor do sujeito pessoa física é, todavia, diverso do daquele do sujeito pessoa jurídica"[205]. Por isso, enquanto "a tutela da pessoa humana afunda suas raízes na cláusula geral presente no art. 2º da Constituição e qualquer aspecto ou interesse concernente à pessoa é tutelado na medida em que sejam essenciais ao seu pleno e livre desenvolvimento"[206], a tutela da pessoa jurídica possui significado distinto e recebe tutela com fundamento e amplitude também distintos.

Do ponto de vista prático, esse exercício de ponderação implica avaliar a função da boa-fé à luz dos elementos do caso concreto, conferindo a ela a extensão que seja mais adequada aos standards de comportamento naturais às relações jurídicas que estão sendo examinadas. Exemplo categórico é o da extensão do dever de informação: ainda que a

---

[203] Para Rita Jabbour, a boa-fé não pode operar para "*corriger la loi du contrat au profit du contractant présumé faible et n'autorise donc pas la modulation de la force obligatoire de l'engagement. Quand bien même le contrat serait déséquilibré, quand bien même la domination d'un contractant serait avérée, la bonne foi ne saurait modifier l'équilibre ou le contenue de ce qui a promis*" (JABBOUR, Rita. La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit., p. 165).

[204] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva..., op. cit., p. 43.

[205] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 158.

[206] Ibidem, p. 157.

função criadora da boa-fé imponha aos contratantes o dever de informar, é razoável que, em contratos empresariais seja admissível, por exemplo, a preservação do sigilo industrial[207]. Mais do que isso, nesses contratos "de lucro"[208], a paridade da relação impõe um dever de diligência maior por parte dos contratantes, reforçando a ideia do contraposto dever de informar-se[209]. A jurisprudência deve perseguir essa visão plurívoca da boa-fé como forma de permitir o tráfego negocial, o melhor fluxo dos contratos.

1.3. A noção moderna de adimplemento

Tem sido comum, na doutrina, a associação direta entre a obrigação e o seu *cumprimento*[210]. Frases de alto apelo dogmático como "*nascem as obrigações para serem cumpridas*[211] ou "*as obrigações nascem para morrer"*[212] têm sido repetidas há anos, com o propósito de definir a relação obrigacional em função do seu caráter *transitório*[213]. Como ensina Antunes Varela "o fim natural da obrigação, seja qual for a modalidade que a

---

[207] Como aponta Perlingieri, "o segredo, a privacidade e a informação" "assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial. O sigilo industrial, o sigilo bancário, etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário como tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente" (PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil, op. cit., p. 157).

[208] Seguindo a expressão utilizada por Marco Fábio Morsello (MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro, op. cit., p. 527).

[209] "Por outro lado, os contratos de lucro apresentam peculiaridades de tratamento, nomeadamente na seara da função interpretativa, com destaque para os usos comerciais que norteiam o tráfego contratual, em que, muito embora subsista o dever de colaboração, há também o dever de se informar" (MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro, op. cit., p. 541-542).

[210] "É importante ressaltar que somente a realização espontânea da prestação é considerada adimplemento. A execução forçada, através da qual é utilizada a via coativa estatal para compelir o devedor a satisfazer o crédito não é, a rigor, pagamento, embora seja uma via de satisfação do credor, pois para a realização da prestação não se é necessária a utilização do aparato estatal, que somente ocorre ante a inação ou desvio de agir do devedor" (ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 277).

[211] GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 91.

[212] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 314.

[213] Como se sabe, ao contrário dos direitos reais, "que se constituem para durar, a fim de proporcionarem ao titular o uso ou fruição da coisa", os direitos obrigacionais são transitórios e constituídos para finalidade específica, que se atingem preferencialmente com o adimplemento (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral*,* op. cit., v. 1, p. 19). Com relações às obrigações com finalidade de longo prazo, leciona Antunes Varela que "o caso particular das obrigações *duradouras* (*continuadas ou de trato sucessivo*), como as do senhorio e do arrendatário, as do fornecedor e distribuidor de mercadorias ou de serviços, as do trabalhador e da entidade patronal, não invalidam a ideia do texto. Também nelas a obrigação tende ao cumprimento; este, porém, opera-se *lenta* ou *parcelarmente*, através da prestação *continuada* ou das prestações *periódicas* do devedor" (Ibidem, p. 19).

prestação revista, é o *cumprimento*, que representa o meio normal de satisfação do interesse do titular activo da relação"[214].

De fato, como ensina Agostinho Alvim, "o cumprimento da obrigação é a regra; o inadimplemento, a exceção"[215]. Explica o autor que são vários os motivos que estimulam o devedor a cumprir o que fora estipulado: o primeiro, de conteúdo ético, a "voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado"[216]; o segundo, ainda de conteúdo moral, "o temor da reprovação pública"[217]; e, por fim, o terceiro, de conteúdo jurídico, a existência de sanções e possibilidade de coerção judicial. A somatória desses elementos, na visão de Agostinho Alvim, faz com que, via de regra, as pessoas desempenhem espontaneamente as obrigações assumidas[218].

Contudo, a visão segundo a qual a "o adimplemento atrai e polariza a obrigação"[219], "é o seu fim"[220], só recentemente refletiu-se nos ordenamentos jurídicos. No Brasil, tanto se deu mediante a edição do Código Civil de 2002 que, nas palavras de Judith Martins-Costa, representou verdadeira "renovação metodológica"[221] em relação ao direito anterior. O Código Civil de 2002 reformulou substancialmente a organização do livro correspondente ao *direito das obrigações,* especialmente autonomizando o *adimplemento* e dando a ele lugar de destaque entre as formas de extinção da obrigação.

Assim é que, diferentemente do diploma que revogou, o Código Civil de 2002 divide o ciclo de vida da obrigação, metodologicamente, no Livro I da Parte Especial (Do Direito das Obrigações). Primeiro trata do nascimento das obrigações (Título I), depois da sua transmissão (Título II) e, então, de sua *extinção natural*, pelo cumprimento (Título III). Nessa oportunidade, opta, ainda, por diferenciar o *adimplemento* das demais *formas indiretas de cumprimento* (consignação, imputação, dação, novação, confusão, etc.), oferecendo ao primeiro, merecida posição de destaque. Por fim, em título apartado (Título IV), trata da hipótese patológica de extinção da obrigação, o *inadimplemento*. Nas palavras de Judith Martins-Costa, a importância dessa reformulação metodológica "está em que podemos perceber, na concepção do novo Código, a atenção dada pela estrutura e pelo

---

214 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral*,* op. cit., v. 1, p. 17.
215 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 24.
216 Ibidem, p. 24.
217 Ibidem.
218 Ibidem.
219 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo*,* op. cit., p. 17.
220 Ibidem.
221 MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. *Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil"*, parte I, p. 95-113, fev./jun. 2002, p. 95.

sistema do método classificatório ao fenômeno da *análise interna* da relação obrigacional e não à análise meramente externa ao fenômeno obrigacional"[222]. A opção do Código dá destaque, portanto, à complexidade do vínculo obrigacional e às nuances que impactam o processamento do vínculo obrigacional rumo ao seu fim natural e, portanto, preferencial: o *adimplemento*.

1.3.1. Terminologia

Cumpre destacar que não há consenso acerca do termo que melhor designa o momento que põe termo natural à obrigação. Fala-se, em *pagamento*, *cumprimento*, *solução*, *execução,* entre outros.

O direito positivo brasileiro optou por utilizar o termo pagamento, no capítulo I do Título III[223] (*Do pagamento*), seguindo a opção adotada por outros países, como França e Espanha[224]. Como ensina Bertrand Fages, os sistemas que optam por essa designação o fazem não pelo sentido restrito que lhe é atribuído pela linguagem popular (segundo o qual "*le paiement évoque invariablement le versement d'une somme d'argent*"), mas pelo seu sentido estritamente jurídico, mais amplo, segundo o qual "*le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due*", "*peu important la nature de cette dernière (service ou comportement, chose, somme d'argent ou indemnité*"[225].

De toda forma, por este a expressão "pagamento", "na linguagem corrente, o sentido mais restrito de *cumprimento das obrigações pecuniárias*"[226], vale ressaltar a interessante opção escolhida pelo Código Civil Português que, em seus artigos 762 e

---

[222] MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento, op. cit., p. 97.

[223] De acordo com o artigo 1.342 do Código Civil Francês, "*Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible. Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier*".

[224] De acordo com o artigo 1.156 do Código Civil Espanhol, "*las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación*". Ensina Diez-Picazo que "*es pago toda realización de la prestación debida (entrega de suma de dinero, de cosas específicas, realización de servicios o adopción de simples omisiones). En términos generales, el pago es un comportamiento del deudor, que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. El artículo 1.156 considera escuetamente el pago, haciéndolo sinónimo de cumplimiento, y como uno de los modos de extinción de la obligación*". (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil.* El contrato en general. La relación obligatoria. 11. ed. reimpr., Madrid: Tecnos, 2018, v. 2, t. 1, p. 165).

[225] FAGES. Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 419.

[226] ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014, v.2, p. 14.

seguintes, fala em "cumprimento", de modo a evitar questionamentos quanto à sua capacidade de compreender as obrigações de fazer e não fazer.

De fato, como pontua Serpa Lopes, ainda que o termo *pagamento*, deva, juridicamente, ser compreendido como "a efetivação da prestação devida ao credor, no tempo, forma e lugar eventualmente previstos no ato constitutivo", "modernamente, porém, se considera o pagamento como uma espécie do gênero *adimplemento*, distinção que não é puramente acadêmica, mas possui um valor prático e dogmático, pois o adimplemento quer dizer a realização da prestação em gênero, sem distinção entre categoria e categoria de obrigação"[227]. Afinal, como aponta Sílvio de Salvo Venosa, ainda que a associação entre pagamento e obrigações pecuniárias possa ser considerada tecnicamente *imprecisa*, não é possível negar que "o sentido comum, vulgar, tem grande importância"[228]. Por isso, na visão do autor, ainda que imprecisa, tal associação não pode ser considerada uma "impropriedade técnica"[229], preferindo-se utilizar, como gênero, "o termo *solução*"[230].

Assim, em linha com a posição de Serpa Lopes, parece-nos apropriado, tal como o fez o legislador italiano[231], utilizar preferencialmente o termo "adimplemento", mais amplo e com natureza de gênero, para designar a extinção natural da obrigação. De toda forma, mesmo com relação ao termo *adimplemento*, fala Pontes de Miranda em "adimplemento em sentido largo" e "adimplemento em sentido estreito"[232], o que indica a imprecisão e riqueza teórica do termo.

De todo modo, embora as variadas designações acima listadas não representem própria e tecnicamente sinonímia, concordamos com Orlando Gomes, quando afirma que "as diversas expressões podem ser indiferentemente usadas para designar a extinção da obrigação pelo modo natural"[233], pois todas elas traduziriam a ideia de *solutio*.

---

[227] SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 163.

[228] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2, p. 178.

[229] Ibidem, p. 178.

[230] Ibidem.

[231] O capítulo II, do Título I, do Livro Quarto do Código Civil Italiano trata "*dell'adempimento delle obbligazioni*".

[232] Para Pontes de Miranda, "há sentido largo de adimplemento (qualquer liberação ou qualquer satisfação) e sentido estreito (prestação pelo devedor, diretamente, do devido). Ao adimplemento no sentido estreito juntam-se os sub-rogados de adimplemento, os outros meios de extinção satisfativa da dívida, se proveio de ato de alguém (devedor ou outrem)" (MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações. Efeitos. Adimplemento. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXIX, p. 142).

[233] GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 92.

1.3.2. Princípios

Aplicam-se sobre o adimplemento todos os princípios gerais do direito. Contudo, são fundamentalmente dois os princípios que, em particular, lhe dão norte e delimitam sua aplicação[234]: o princípio da pontualidade[235] e o princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da pontualidade corresponde à expectativa de que o cumprimento da obrigação se dê no tempo e na forma previstos quando do nascimento da obrigação. Ainda que a denominação *pontualidade* sugira uma vinculação com o *tempo* da prestação, juridicamente, o termo deve ser entendido de forma mais ampla, compreendendo todos os elementos caracterizadores da obrigação. Como esclarece Jorge Cesa Ferreira da Silva, "prestar no tempo adequado é um aspecto da pontualidade, mas assim também é o prestar com o objeto esperado, integralmente se a prestação não tiver sido ajustada por partes, realizada pela pessoa que deve e dirigida àquele que possui o crédito"[236].

De fato, para produzir efeitos, o adimplemento – que, como já se disse, polariza a obrigação – deve se dar de modo a *satisfazer o interesse do credor*, o que, via de regra, se obtém mediante a prestação na forma e nos limites originalmente convencionados[237]. Só assim é que, *satisfeito o interesse do credor*, o adimplemento produz os efeitos de *liberação do credor* e *extinção da obrigação*.

A aplicação do princípio da pontualidade, portanto, gera deveres e direitos de parte a parte: (a) ao *credor*, produz o *direito* de obter a prestação convencionada, de modo a satisfazer seu interesse; bem como o *dever contraposto* de não recusar injustificadamente

---

234 Alguns autores trabalham com número maior de princípios. Judith Martins-Costa, por exemplo, enuncia quatro "princípios reitores do adimplemento", a saber: (i) princípio da boa-fé, (ii) princípio da função social, (iii) princípio do equilíbrio, (iv) princípio da correspondência, identidade ou pontualidade, (v) princípio da exatidão, e (vi) princípio da integralidade. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 129-137). Embora não se refute as nuances que separam os aspectos tratados por cada um desses princípios, parece-nos adequado seguir a classificação de Jorge Cesa da Silva Ferreira, que, sem excluir a aplicação dos princípios gerais de direito, especifica dois princípios com particular aplicação no campo do adimplemento: (i) pontualidade e (ii) boa-fé objetiva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61). A nosso ver, tais princípios podem, sem nenhum prejuízo dogmático ou metodológico, ser entendidos como gênero das espécies enumeradas por Judith Martins-Costa.

235 Também intitulado princípio da identidade e princípio da correspondência (ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento, op. cit., p. 280).

236 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 62.

237 Diez-Picazo, comentando dispositivo do Código Civil Espanhol que positiva o princípio da pontualidade (artigo 1.157 - *No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*) ensina: "*para que el pago sea plenamente regular y liberatorio es necesario que la prestación efectuada coincida con la prometida. Ello exige una confrontación entre lo pagado y lo que se prometió de la que resulte su conformidad, que puede ser expresa o deducirse de la realización y aceptación de la prestación, sin reserva ni protesta, por lo menos en aquellos casos en que su carácter defectuoso sea aparente o manifestó*". (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. El contrato en general, op. cit., p. 171).

a prestação acordada, que atenda ao seu interesse; (b) ao *devedor*, produz o *dever* de prestar o acordado, tal como acordado; bem como o *direito contraposto* de ver-se liberado da prestação e extinta a obrigação.

O princípio da pontualidade é ponderado pelo princípio da boa-fé objetiva. Cabe à boa-fé objetiva mitigar o formalismo extremo imposto pela pontualidade e, focando nos alicerces da relação obrigacional, "dar conteúdo material ao adimplemento"[238], permitindo a identificação, no caso concreto, dos elementos capazes de emoldurar o interesse objetivo do credor e a efetiva possibilidade e disponibilidade do devedor para execução da prestação devida.

Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva, assim como detalhadamente explorado nos itens anteriores[239], tem o condão não apenas de interpretar as condições de execução das prestações assumidas, mas também e especialmente de criar deveres de parte a parte (deveres de informação, cooperação etc.) e de limitar o exercício abusivo de direitos e de posições contratuais (como, por exemplo, o direito de resolução – de particular importância para os objetivos deste trabalho).

Assim, o *adimplemento*, considerado à luz do princípio da boa-fé objetiva, pode ser *alargado* (por incluir a necessidade de cumprimento de deveres não expressamente constantes do acordo inicial – como no caso do dever de cuidado na prestação dos serviços, ou do dever de prestar informações adicionais para a utilização dos serviços prestados) ou *flexibilizado* (considerando-se substancialmente adimplidas as obrigações que, mesmo inexatas, sejam suficientes a atender o interesse do credor, ou admitindo-se a impossibilidade de determinada prestação, diante das circunstâncias do caso concreto). Cabe à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, nas palavras de Jorge Cesa Ferreira da

---

[238] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 62.

[239] Como ensina Judith Martins-Costa, "na verdade, a boa-fé objetiva caracteriza "superprincípio" em tema de adimplemento, pois, como vimos, concorre para a caracterização do seu próprio conceito, bem como o de relação obrigacional. Ao modo articulado, como funcionam os princípios jurídicos, conecta-se a boa-fé, neste campo, com os princípios da correspondência (por vezes dito da pontualidade, exatidão, integridade ou identidade) e o da não-divisibilidade (ou integralidade)" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 130). Justamente por se tratar de "superprincípio", parte da doutrina refuta sua especial aplicação no contexto do adimplemento. É esse, por exemplo, o posicionamento de Celso Aleixo: "Não parece, porém, que a boa-fé possa ser destacada como princípio do pagamento. A mesma doutrina reconhece a boa-fé como um princípio que abrange a relação obrigacional em seu todo. E realmente assim o é. Desde as negociações preliminares, até depois do fim da relação, as partes estão obrigadas a agir de acordo com a boa-fé. Assim, não há qualquer razão específica para estabelecê-la como princípio do cumprimento, sendo preferível estabelecer a boa-fé como princípio geral do direito das obrigações. Mesmo porque, além da precisão teórica, por uma questão de didática, a boa-fé deve ser tratada ao se examinar os princípios gerais do direito das obrigações" (ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento, op. cit., p. 281).

Silva, "identificar a fronteira – ou as diversas fronteiras – entre o adimplemento e o inadimplemento"[240].

Exemplo claro da operação do princípio da boa-fé sobre o princípio da pontualidade é a situação do credor que, fundando-se no artigo 313 do Código Civil[241], recusa-se a receber prestação mais valiosa do que aquela que lhe seria devida. De fato, como afirma Celso Aleixo, o princípio da pontualidade impõe que a prestação seja executada "sem que haja qualquer modificação, ainda que mais vantajosa para o credor"[242]. Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, destrinchando o princípio da *pontualidade* em princípios da *identidade*, da *exatidão* e da *integralidade*, afirma que o primeiro, "impõe a presença de adequação total da conduta do devedor à prestação efetivamente devida"[243]; o segundo, "se refere ao modo, ou seja, a forma de cumprimento da prestação"[244]; e o terceiro, "impede que a prestação seja realizada em partes, se não houver ajuste nesse sentido, ou permissão da lei ou dos costumes"[245].

Nesse caso, ainda que a lei seja expressa no sentido de suportar a recusa do credor[246], deve atuar o princípio da boa-fé objetiva no sentido de verificar se a prestação ofertada, ainda que diversa ou mais valiosa que a acordada, é suficiente (ou muito próxima) para atender ao interesse objetivo do credor. Se a resposta for negativa, o devedor estará em mora. Se afirmativa, quem estará em mora será o credor (*mora accipiendi*). A recusa do credor será considerada abusiva e o adimplemento deverá ser considerado substancialmente atingido (ainda que, a depender do caso, possa se justificar a execução específica ou por equivalente da parcela remanescente, além de indenização por eventuais perdas e danos). Tanto é assim que, em complemento ao raciocínio indicado no parágrafo anterior, Caio Mário da Silva Pereira explica que, *por óbvio*, "o cumprimento da obrigação, tal como as outras etapas do processo obrigacional, deve ser feito de acordo com a boa-fé objetiva"[247]. Relembrando que em seu projeto de Código de Obrigações, que acabou não vingando, "não haveria resolução do contrato se o inadimplemento fosse

---

[240] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 64.
[241] Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.
[242] ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento, op. cit., p. 280.
[243] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 166.
[244] Ibidem.
[245] Ibidem.
[246] Conforme leciona Serpa Lopes, "o nosso direito não adotou o princípio do direito Justiniano da *dationis in solutum*, por meio do qual os devedores de dinheiro, quando o não possuíam, e não encontravam compradores para os seus bens imóveis, ficavam com a liberdade de entregar os melhores – como pagamento do débito" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 162).
[247] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., p. 166.

insignificante se comparado ao valor do negócio"[248], Caio Mário destaca que à mesma conclusão se deve chegar diante do sistema do atual Código Civil, "com base nos princípios da boa-fé, da vedação ao abuso de direito e da função social do contrato"[249].

Assim sendo, presume-se em mora o operador de turismo que, contra a vontade do cliente, entrega viagem à Europa a cliente que contratou viagem ao Nordeste pois, ainda que mais valiosa, em termos financeiros, a prestação obviamente não satisfaz o interesse objetivo do credor. Contudo, utilizando-se do exemplo de Jorge Cesa Ferreira da Silva, presume-se adimplida a obrigação da companhia aérea que "oferece ao passageiro assento em classe superior, em razão da superlotação da classe do bilhete adquirido"[250]. Nessa segunda hipótese, salvo particularidades do passageiro concretamente considerado (*p.ex.* o fato de estar viajando com sua família, e dispor a companhia aérea de apenas um assento na classe superior), presume-se que o seu interesse objetivo encontra-se totalmente suprido, razão pela qual a prestação, mais valiosa, deve ser, por operação da boa-fé, considerada adimplida (nesse caso não apenas substancialmente, mas absolutamente adimplido, não restando ao devedor nada a reclamar, sequer a título indenizatório).

1.3.3. Amplitude do conceito

São diversos os aspectos que dizem respeito ao adimplemento: natureza jurídica, elementos estruturais (sujeitos e vínculo), efeitos. Não é objeto deste trabalho a análise de todos esses aspectos. A nós, cumpre simplesmente analisar a amplitude moderna do conceito, à luz dos princípios que o regem. Nosso objetivo é demonstrar que, atualmente, o adimplemento deve ser interpretado de maneira concreta, a partir de uma análise interna[251] da relação obrigacional (complexa e finalística). E tal interpretação produz efeitos práticos importantes, ampliando o conceito de adimplemento, atraindo para ele aspectos

---

248 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 167.

249 Ibidem.

250 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 63.

251 Conforme indica Judith Martins-Costa, "percebe-se, na concepção do novo Código, a atenção dada pela estrutura e consequente método classificatório adotado no Direito das Obrigações à análise interna – e não meramente à classificação extrínseca – das relações jurídicas obrigacionais". E explica a autora: "a análise externa, ou classificação extrínseca das relações obrigacionais, centrada no método tradicional, percebe a relação obrigacional tão-somente como um vínculo estruturado sobre dois polos (credor e devedor), ligados pelos correspectivos direitos e deveres. Para uma tal análise, o mais relevante é descrever os "elementos constitutivos" da relação, visualizados *in abstracto*: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (a prestação, o dar, fazer ou não-fazer), os requisitos legais e os elementos acidentais, quando ocorrentes. A análise interna, diversamente, está centrada na noção de adimplemento como atuação concreta do programa obrigacional, podendo-se mesmo falar desse programa como "programa de cumprimento" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 4).

circunstanciais concretos. Vale, nesse contexto, transcrever o conceito cuidadosamente talhado por Judith Martins-Costa, para quem o adimplemento poderia ser definido como:

> o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas[252].

Como sinaliza o conceito de Judith Martins-Costa, a noção moderna de adimplemento não se limita à abstração linear da relação obrigacional, que parte de posições jurídicas estandardizadas, calcadas em ficções jurídicas de equilíbrio e igualdade hoje entendidas como inadequadas para traduzir com exatidão a diversidade das hipóteses concretas. A noção moderna de adimplemento toma por base uma relação credor-devedor polimorfa, plurívoca, moldada pelas peculiaridades do caso concreto e pelas sutilezas das formações dos direitos e deveres em cada situação concreta.

O *adimplemento*, sob a perspectiva da obrigação complexa, passa, portanto, a compreender (i) os *deveres primários* ou *principais*: o núcleo da efetiva prestação desejada pelo credor; (ii) os *deveres secundários*, *acessórios* ou *acidentais*: diretamente ligados à prestação principal e/ou destinados a assegurá-la; e (iii) os *deveres laterais*, *fiduciários*, *anexos* ou *de conduta*: apontam procedimentos cujo seguimento pode ser legitimamente esperado por parte de quem, no âmbito de uma relação obrigacional, age de acordo com os ditames da boa-fé objetiva.

Tais deveres ampliam substancialmente o escopo do *adimplemento*, sujeitando o devedor até mesmo a deveres que, concretamente, não são sequer formalmente passíveis de conhecimento prévio. Como bem destaca Eduardo Luiz Bussatta, "nota característica dos deveres laterais refere-se ao intrigante fato de que, em sua grande maioria, não são passíveis de conhecimento prévio, ou seja, somente após a infração deles é possível verificar efetivamente a sua existência, justamente por se tratar de deveres genéricos de conduta que devem ser concretizados de acordo com o contrato e as necessidades havidas"[253].

Nesse sentido, em uma obrigação de dar coisa certa, o adimplemento pode se caracterizar não apenas pela simples entrega da coisa, mas também, diante do caso concreto, pelo atendimento de deveres adicionais (como, por exemplo, a prestação de

---

[252] MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 96.
[253] BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

informações relevantes, a não-concorrência posterior à entrega), assim como pela entrega parcial da coisa, se tanto importar a plena satisfação do interesse objetivo do credor (como, por exemplo, a entrega apenas do conteúdo valioso, sem embalagem que, embora inútil, estivesse prevista na prestação original, *ipsis litteris*).

Como repetido à exaustão, "a extinção pelo cumprimento é, por excelência, o sucesso jurídico de uma relação jurídica obrigacional"[254]. O que a visão moderna do adimplemento faz é dar cores a cumprimento, afastando-o da abstração e aproximando-o das demandas concretas da sociedade atual. Como explica Judith Martin-Costa, a análise interna da relação obrigacional – fonte da visão moderna do adimplemento – "se ocupa em visualizar como os direitos e deveres se estruturam, em cada caso muitas vezes em diferentes graus de intensidade"[255], reconhecendo que alguns deles podem mesmo "nascer depois de criada a relação"[256], desenvolvendo-se de maneiras que alargam a noção de adimplemento e inviabilizam sua análise *in abstracto*.

E essa visão moderna de adimplemento foi trazida ao Código Civil brasileiro de 2002 não apenas pela estrutura metodológica adotada pelo Código, mas especialmente por sua ampla adoção de "conceitos flexíveis ou 'fórmulas ordenadoras', ou expressões dotadas de vagueza socialmente típica (algumas delas constituindo mesmo cláusulas gerais) que levam à concretude"[257]. Expressões amplamente utilizada pelo Código em matéria de adimplemento – como "boa-fé"; "costumes", "função-social", "justa causa", "diligência norma", "razoavelmente", etc. – permitem a operabilidade necessária para que o direito se aplique no plano e nos limites da realidade.

Assim, parece-nos que o conceito moderno de adimplemento deve compreender a análise *in concreto* do, assim chamado por Jorge Cesa Ferreira da Silva, "tríplice aspecto do pagamento"[258] – i.e. "o *dever de prestar* (no que se incluiu a análise do ato, ou do conjunto de atos, que corporifica a prestação), a *satisfação do credor* e a *liberação do devedor*"[259]. Tal análise[260] deve se dar à luz dos princípios que norteiam o adimplemento – i.e. pelo princípio da pontualidade, ponderado pelo princípio da boa-fé.

---

254 ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento, op. cit., p. 276.
255 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 13.
256 Ibidem.
257 Ibidem, p. 11.
258 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 42.
259 Ibidem.
260 Judith Martins-Costa opta por classificação ligeiramente diferente (mais detalhada, porém não divergente da análise em comento): "Considerado esse peculiar conjunto normativo, os atributos do adimplemento, portanto, são a licitude (no sentido estrito e no sentido amplo da cláusula geral do art. 187 do novo Código), a possibilidade, a utilidade para o credor, a satisfação para as partes, a determinabilidade do seu objeto, a pontualidade, a exatidão e a definitividade, como nos comentários pontuais ao novo texto legal,

1.4. Inadimplemento, mora e violação positiva do contrato

Ainda que se trate do fim natural e desejado de toda obrigação, o *adimplemento* nem sempre é atingido[261]. O *inadimplemento*, revés da moeda, caracteriza-se pela "falta de cumprimento"[262] que, conforme consagra a regra do artigo 475 do Código Civil[263], confere ao credor que não tiver mais interesse na prestação o direito potestativo de, querendo, resolver a relação contratual[264]. Assim, tratando-se esse trabalho *do adimplemento substancial* (situação em que não há cumprimento exato – pontual – da prestação), convém delinear, ainda que em breves palavras, alguns institutos conexos, aos quais se fará referência por ocasião da delimitação das hipóteses de incidência da teoria ora examinada (referência essa que se dará, via de regra, de forma negativa – *i.e. não* haverá inadimplemento, mora ou violação positiva do contrato, quando houver adimplemento substancial).

1.4.1. Inadimplemento

Inadimplemento[265] é o não cumprimento da obrigação, no tempo e modo devidos ou, de maneira mais ampla, o "não-cumprimento por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional"[266]. Caracteriza-se por ato do devedor que tenha por consequência o desatendimento do interesse objetivo do credor. Portanto, tratando-se de não cumprimento culposo ou involuntário – *i.e.* decorrente de ação ou omissão intencional ou negligente, ou mesmo de impossibilidade objetiva da prestação – haverá

---

será melhor examinado". (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 97).

[261] Evidentemente o adimplemento não é o único modo de extinção das obrigações. A *compensação*, a *confusão*, a *novação*, a *remissão*, a *dação em pagamento*, a *sub-rogação*, a *consignação* e mesmo a *prescrição* também têm o condão de promover o encerramento do vínculo obrigacional. Tratam-se, contudo, de meios alternativos de extinção da obrigação que não são objeto deste trabalho e, portanto, não serão objeto de exame.

[262] GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 92.

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

[264] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, p. 149.

[265] Para os fins deste trabalho, entende-se por inadimplemento o *inadimplemento absoluto*. Ao inadimplemento relativo, designamos *mora*.

[266] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124.

inadimplemento sempre que o devedor não atender ao interesse objetivo do credor. O interesse objetivo do credor é elemento central do inadimplemento.

Isso não quer dizer que a conduta do devedor não seja relevante. Como explica Jorge Cesa Ferreira da Silva, "sendo o não-cumprimento imputável ao devedor, verificam-se efeitos distintos daqueles que se verificariam caso o não-cumprimento decorresse de evento da natureza"[267]. A conduta do devedor, contudo, tem repercussão no âmbito dos efeitos do inadimplemento, mas não no âmbito da sua caracterização. Ao contrário, o interesse do credor é elemento essencial para caracterização do inadimplemento: se não há mais interesse do credor quanto à prestação, há inadimplemento.

Como ensina Eduardo Luiz Bussatta, o direito romano não previu uma ação geral de resolução de contratos por inadimplemento[268]. Em linha gerais, o inadimplemento contratual tinha como única alternativa uma *ação de cumprimento da obrigação*[269]. Apenas em situações específicas (como na compra e venda), admitia-se a inclusão de uma cláusula (*lex comissoria*), que permitia a resolução pela falta de pagamento[270].

Conforme explica Caio Mário da Silva Pereira, "foi na Idade Média que se adotou a praxe de inserir em todo contrato uma *lex comissoria,* pactuando a resolução por inadimplemento"[271]. Não há dúvida, no entanto, de que, ainda nesse período, a resolução contratual por inadimplemento dava-se de modo fragmentário, mediante a verificação da presença de cláusula resolutória expressa e específica.

Foi apenas com o Direito Canônico que a resolução contratual passou a ter uma aplicação mais ampla, notadamente por aplicação de princípios morais ao direito contratual. É o que ensina Caio Mário da Silva Pereira:

> (...) coube aos canonistas fazê-lo em fortalecimento dos princípios morais em respeito à boa-fé, proclamando que, independentemente de sua

---

267 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

268 BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos..., op. cit., p. 38.

269 GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, ano 12, n. 45, jan./mar. 2011, p. 3.

270 Nas palavras de Pontes de Miranda: "No direito romano, a mora de um dos contraentes não dava ao outro o direito de resolução; no direito comum, apenas havia tal direito se fora pactuado, ou resultava da natureza do negócio, ou se era justificado pela equidade, conforme as circunstâncias do caso. A falta do instituto explica-se pela estrutura formalística dos contratos bilaterais no direito romano. Demais, prestava-se, não na esperança da contraprestação, isto é, *ob causam futuram*, mas sim *solvendi causa*)(...). No próprio direito comum, se a prestação se tornava imprópria à utilização, mais se tratava de direito de recusa do que de resolução(...)". (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das obrigações, extinção das dívidas e das obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. XXV, p. 414-415).

271 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 3, p. 155.

> inserção explícita, dever-se-ia presumir a vontade de desfazê-lo, como punição contra o que infringisse[272].

Embora alguns autores fundamentem a cláusula resolutiva tácita nas teorias da causa, da *conditio* ou da sanção[273], a posição majoritária, defendida inicialmente por Picard e Prud'homme, é de que o fundamento da resolução contratual tácita seria a boa-fé[274] e a equidade, frontalmente violadas diante da inexecução da obrigação contratual[275].

Baseados nessa ideia, os Código modernos passaram a instituir o princípio que se veio a denominar *cláusula resolutiva tácita*, segundo o qual "em todo contrato bilateral, a sua inexecução por uma das partes tem como consequência facultar à outra promover a sua resolução, se não preferir a alternativa de reclamar a prestação, muito embora não tenham sido ajustadas estas consequências"[276].

Pautada no elemento da *boa-fé*, a *cláusula resolutiva tácita* opera, nos diferentes ordenamentos jurídicos, segundo dois modelos padrão[277]: (i) o primeiro, tradicionalmente conhecido por sistema alemão (*BGB* §326), segundo o qual a resolução opera-se de pleno direito e mediante a atuação do próprio interessado, sem necessidade de pronunciamento judicial; e (ii) o segundo, tradicionalmente conhecido por sistema francês (em razão da regra do já revogado artigo 1184[278] do *Code Civil Français*[279]), segundo o qual,

---

[272] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 3, p. 155.

[273] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, op. cit., t. XXV, p. 414-415.

[274] Conforme ensina Luiz Felipe Silveira Difini, "o exercício do direito à resolução tem na boa-fé objetiva o fundamento de sua admissibilidade. Sua explicação já não radica nas antigas teorias da condição implícita, da causa ou da sanção, mas na boa-fé e na equidade. A terapêutica resolutiva também obedece à ética do programa contratual. Assim, a projeção da boa-fé na resolução permite compreender certas situações resolutivas específicas, valorar o incumprimento de certos deveres anexos ou instrumentais existentes na relação contratual e reflete-se na fase propriamente liquidatória da resolução.(...) O princípio da boa-fé, em verdade, informa todo o instituto da resolução: a) é o fundamento do direito de resolver; b) define os casos em que é cabível o exercício do direito à resolução; c) baliza a interpretação e o controle da aplicação da cláusula resolutória expressa; d) estabelece os limites do exercício do direito de resolução e e) as consequências advindas de seu exercício (por exemplo, a disciplina da restituição das prestações adimplidas pelos contratantes)" (DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das obrigações e a cláusula resolutória no código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2005, p. 6).

[275] PICARD ET PRUD'HOMME. La Résolution Judiciaire des Contrats pour Inexécution des Obligations. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1912, p. 61.

[276] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 3, p. 155.

[277] Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 3, p. 156-157; e DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das obrigações, op. cit., p. 8-9.

[278] "*Article 1184 (Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804) La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*". (Disponível em: < https://www.legifrance.gouv.fr >. Data de acesso: 17 ago. 2019).

[279] O sistema francês de resolução por inadimplemento foi amplamente reformado pela *Ordonnance* n°

inadimplido o contrato, oportuniza-se ao lesado a alternativa de exigir sua execução específica ou sua resolução, sendo fundamental, em qualquer hipótese, o pronunciamento judicial.

O Código Civil brasileiro, por meio dos artigos 474 e 475[280], adotou o "sistema francês", ao adotar a *cláusula resolutiva tácita* sujeita à interpelação judicial (operando de pleno direito apenas a *cláusula resolutiva expressa*, aquela que, constando expressamente do contrato, permite aplicação imediata, sujeita a mera notificação). É o que ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

> A resolução pode ser: (a) extrajudicial, nos casos em que a lei autoriza a extinção do contrato por inadimplemento do devedor independentemente de manifestação judicial, podendo acontecer sem prévia interpelação, quando assim previsto no contrato com cláusula resolutiva expressa (art. 474, 1ª parte, do CC – resolução de pleno direito), ou dependente de interpelação, nas situações reguladas por leis esparsas (Leis n. 6.766/79 e Lei n. 4.591/64; DLs n. 745/69 e n. 58/37); e b) judicial, nos demais casos, quando o autor deverá demonstrar os requisitos acima indicados[281].

De acordo com Ruy Rosado, a resolução por inadimplemento, no Brasil, depende do preenchimento dos seguintes requisitos: (a) tratar-se de *contrato bilateral*; (b) ter havido *inadimplemento definitivo*; e (c) não estar o *credor igualmente inadimplente* (hipótese em que o devedor inadimplente, por força do artigo 476 do Código Civil, estaria protegido pela exceção do contrato não cumprido)[282]. Tratando-se de inadimplemento passível de remediação, estar-se-á diante de situação de mora que, enquanto pendente, não admite a resolução.

2016-131, de 10/2/2016, que entrou em vigor em 1/10/2016, adequando o *Code Civil Français* às soluções que gradualmente passaram a ser adotadas pela jurisprudência francesa. Como explica Carlos Alberto Chinchilla Imbett, "*en efecto, la resolución es un remedio más radical en caso de incumplimiento, pues permite ponerle fin al contrato. La reforma la incluye en siete artículos, del 1224 al 1230, los cuales consagran los tres modelos de resolución del contrato ya conocidos en el derecho positivo: la clausula resolutoria, la resolución unilateral y la resolución judicial. Así pues, en el artículo 1224 consagra que la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. Entonces, en caso de resolución unilateral y judicial, se somete su aplicación a un incumplimiento grave, por el contrario, en la clausula resolutoria los efectos serían automáticos siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato*" (IMBETT, Carlos Alberto Chinchilla. La excepción de incumplimiento contractual en la reforma del Código Civil francés: un análisis a partir de los límites a la excepción. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017, p. 15. Disponível em: <http://civilistica.com/la-excepcion-de-incumplimiento-contractual/>. Data de acesso: 17 ago. 2019).

[280] Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

[281] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Org.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 448.

[282] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos, op. cit., p. 441-447.

1.4.2. Mora

Ensina Agostinho Alvim que, "mora, no conceito dos antigos práticos, é o retardamento culposo no pagar o que se deve, ou no receber o que nos é devido: *Mora est dilatio culpa non carens debiti solvendi, vel credito accipiendi*"[283]. Portanto, pelo conceito clássico (que dá razão à máxima que se tornou popular), *mora*[284] é a *demora* na execução da obrigação. Quando se dá por parte do devedor, que culposamente não cumpre a prestação, tem-se a *mora debitoris*; quando se dá por parte do credor, que injustificadamente não recebe a prestação ofertada pelo devedor, tem-se a *mora creditoris*.

O conceito clássico, no entanto, é demasiadamente limitado face à amplitude conferida à mora pelo ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o artigo 394 do Código Civil, "considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer". Ou seja, a *noção técnica de mora*, tal como concebida pela legislação brasileira, compreende não apenas a *demora* na prestação, mas a prestação em *lugar* e *forma* inadequadas.

Para o que diz respeito a este trabalho, o aspecto da mora que merece ser destacado é aquele que Araken de Assis intitula "*caráter transformista da mora*"[285], que diz respeito às circunstâncias em que a mora transfigura-se em inadimplemento, autorizando a resolução do contrato e a conversão da obrigação em perdas e danos. É essa a fórmula do parágrafo único do artigo 395 do Código Civil[286].

Como explica Serpa Lopes, *mora* e *inadimplemento* possuem como "linha demarcatória a possibilidade ou não do adimplemento da obrigação"[287], entendendo-se por *impossibilidade de adimplemento* tanto (a) o *perecimento do objeto da prestação*; (b) a *recusa*, por parte do devedor, em cumprir *obrigação personalíssima*; ou (c) o fato de

---

283 ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 28.

284 Também conhecida por *inadimplemento relativo*.

285 ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 112.

286 Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

287 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 343.

eventual adimplemento não ser mais do interesse do credor, tendo-se *tornado, para ele, inútil*[288].

Tratando-se, a relação obrigacional, de vínculo subjetivo que tem por finalidade a satisfação do interesse do credor, natural que a conversão da mora em inadimplemento tenha como pressuposto a verificação da inutilidade da prestação para o credor. Acerca desse ponto, defende, Serpa Lopes, que "o conceito de inutilidade deve ser buscado sob um critério subjetivo"[289], de modo que "a inutilidade tem que ser deduzida pelo Juiz, de acordo com as circunstâncias, mas sempre tendo em vista o interesse do credor"[290].

Parece-nos, de fato, correto afirmar que a inutilidade deva ser observada à luz do caso concreto – ou, como aponta Sérgio Savi, "a prestação deve ser inútil para aquele credor específico no caso concreto e não para qualquer pessoa"[291]. Contudo, é fundamental que essa subjetividade seja lida com cautela. Conforme já se sustentou em itens anteriores, a relação obrigacional visa à satisfação dos *interesses objetivos* do credor, assim entendidos aqueles que *razoavelmente* se depreendem do caso concreto, comuns ao "homem médio" e indicativos de uma *expectativa legítima* por parte do credor, porque objetivamente associados ao *fim do contrato*. Não caracterizam interesses objetivos aqueles indicativos de picuinhas, provocações, insignificâncias, detalhes irrelevantes à satisfação do todo[292].

Nessa medida, ainda que a inutilidade da prestação deva ser analisada *in concreto*, tal avaliação deve tomar por referência a razoabilidade e o senso comum, declarando-se o inadimplemento absoluto apenas nas hipóteses em que se reconhecer a impossibilidade da satisfação objetiva do interesse do credor. Como explica Araken de Assis, no caso de atraso na prestação a prazo, a prestação será inútil se "o incumprimento momentâneo

---

[288] SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 344. Parte da doutrina inclui, ainda, a hipótese da onerosidade excessiva, incluída no artigo 480 do Código Civil. Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 36).

[289] SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 344.

[290] Ibidem.

[291] SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: Gustavo Tepedino (Org.). *Obrigações*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 1, p. 469.

[292] Como resume Gustavo Haical, "com o intuito de se avaliar se foi ou não afetado o interesse do credor, tem o intérprete de se pautar primacialmente em um critério de ordem objetiva. Ou seja, deverá de ter por balizas hermenêuticas, para se afirmar se foi afetado ou não o interesse do credor na prestação: a) o fim do negócio jurídico entabulado e, b) os usos do tráfico. Porém, com isso, não se quer afastar o critério de ordem subjetiva. Este deverá, também, estar ínsito à análise do caso. No entanto, no critério subjetivo, não deverá o intérprete se preocupar em buscar o interesse irrestrito de determinado credor, ou seja, os motivos do credor, mas, sim, auferir tal interesse subjetivo dentro dos limites do tipo negocial existente, e na legítima expectativa do credor com a realização deste. (HAICAL, Gustavo Luis da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 900, out. 2010, p. 76).

rompe o ajuste qualitativo da reciprocidade obrigacional"[293], o que acontece, no exemplo de Ruy Rosado, "na obrigação de confeccionar o vestido da noiva até o dia da celebração do casamento"[294], hipótese em que "a prestação deve ser cumprida necessariamente em data certa, depois da qual não terá como satisfazer o interesse do credor"[295].

Quanto à sua constituição, a legislação brasileira traz regra híbrida, prevendo que (a) nas *obrigações líquidas e a prazo*, a constituição em mora se dá de forma automática (*ex re*), prevalecendo a regra *dies interpellat pro homine*[296]; (b) nas obrigações sem prazo (ou nas hipóteses legais que expressamente impõem tal necessidade – como é o caso, p. ex., do Decreto-Lei nº 58/1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, e considera rescindido o contato de compra e venda "30 dias depois de constituído em mora o devedor"[297] -, a mora se constitui *ex persona*, mediante interpelação judicial ou extrajudicial; (c) nas obrigações de não fazer, a mora se constitui no momento em que se realiza o ato sujeito a abstenção; e (d) "nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou"[298].

1.4.3. Violação positiva do contrato

Ao contrário do que acontece no direito alemão e em outros ordenamentos jurídicos europeus[299], o conceito de mora (ou inadimplemento relativo) é suficientemente largo no direito brasileiro, de modo a compreender não apenas o *cumprimento fora do prazo* mas também o *cumprimento inadequado*. É esta a regra do artigo 394 do Código Civil, que define a mora como o desatendimento do tempo, lugar e forma previstos na lei ou na convenção.

---

293 ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento, op. cit., p. 113.
294 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos, op. cit., p. 446.
295 Ibidem.
296 ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento, op. cit., p. 110.
297 Art. 14. Vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor.
298 Cf. artigo 398 do Código Civil Brasileiro.
299 Como explica Jorge Cesa Ferreira da Silva, o BGB, em sua origem, concebeu o inadimplemento sob duas perspectivas: o *inadimplemento absoluto* (chamado de *impossibilidade* e representado pelo *não cumprimento da prestação*) e a mora (que aconteceria quando "a prestação *não é* realizada no momento adequado"). A legislação alemã, portanto, não concebeu a realização da prestação fora de lugar e forma, dentro do espectro do inadimplemento (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 43). Dentre os ordenamentos jurídicos europeus que se ressentem de uma noção ampla de inadimplemento relativo encontra-se o direito português que, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, só contempla a visão alargada de mora de modo específico, "a propósito de certos contratos, como a venda de bens onerados (arts. 905.º e segs.) ou de coisas defeituosas (arts. 913.º e segs.), a doação (art. 957.º), a locação (arts. 1032.º e segs.), o comodato (art. 1134.º) e a empreitada (arts. 1218.º e segs.)" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 1060-1061).

Bem por isso, não vingaram no Brasil teorias de relativo sucesso no direito europeu, como a teoria do cumprimento defeituoso e, em parte, a quebra antecipada do contrato e também a própria violação positiva do contrato. Nas palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva, "para o direito brasileiro, várias hipóteses, já aceitas na Alemanha ou em outros países como de exemplos de uma terceira via de inadimplemento, encontram-se subsumidas na mora e nos vícios (redibitórios ou do CDC)"[300].

A doutrina alemã conceitua a teoria da *violação positiva do contrato*, como uma *terceira via de inadimplemento contratual não contemplada pela legislação*, que se dá não pelo não cumprimento absoluto, nem pelo cumprimento intempestivo, mas sim pelo cumprimento imperfeito ou em violação a um dever lateral de boa-fé. Nas palavras de Larenz, tal terceira via tem vez porque "*ni el §276 ni ninguna otra disposición legal nos dice directamente qué consecuencias jurídicas se producen (...) cuando la responsabilidad del deudor se funda en el cumplimiento defectuoso o en la infracción de un deber de conducta*"[301]

Como já dito, o conceito brasileiro de mora compreende parte da violação positiva do contrato, na medida em que um *cumprimento defeituoso* nada mais é do que um *cumprimento em desacordo com a forma contratualmente estabelecida*, incidindo, portanto, a hipótese do artigo 394 do Código Civil Brasileiro. Não o compreende, contudo, por completo, de modo que sua atuação no direito brasileiro possui, ainda, valia.

Fundamentada na cláusula geral de boa-fé dos artigos 187 e 422 do Código Civil Brasileiro, a violação positiva do contrato se caracterizaria, no direito brasileiro, a hipótese de violação aos deveres laterais de boa-fé. Isso porque, tratando-se os deveres laterais de deveres pressupostos e implícitos na convenção, parece não estarem eles inseridos objetivamente na literalidade do artigo 395 do Código Civil Brasileiro, de modo que, em tese, sua violação não representaria inadimplemento absoluto ou mora.

Fala-se *em tese*, porque há na doutrina quem sustente que a violação dos deveres laterais teria de ser analisada sob duas perspectivas. De um lado, ter-se-ia o "descumprimento dos deveres laterais mediatamente vinculados aos deveres de prestação: interesse de proteção"[302]; e, de outro, o "descumprimento dos deveres laterais imediatamente vinculados aos deveres de prestação: interesse de prestação"[303].

---

[300] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 44-45.
[301] LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 367.
[302] HAICAL, Gustavo Luis da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento..., op. cit., p. 64.
[303] Ibidem, p. 71.

Sustentam alguns autores, que os deveres laterais de boa-fé poderiam estar vinculados mediata ou imediatamente à prestação, a depender de quão crítico o seu cumprimento é para a realização da prestação principal. Seriam considerados *mediatamente vinculados aos deveres de prestação*, os deveres laterais de proteção, cujo descumprimento, embora indesejável e prejudicial aos direitos do credor, *não* implica perda do interesse na prestação. Por outro lado, seriam considerados *imediatamente vinculados aos deveres de prestação*, os deveres laterais cujo descumprimento, porque tão substanciais, implica na perda do interesse do credor na prestação. Conforme defende Gustavo Haical, "somente se dará a violação positiva do crédito quando ocorrer o descumprimento dos deveres laterais nucleados no interesse de proteção e quando não vier a afetar o interesse do credor na prestação, pois, na segunda hipótese, advirá o inadimplemento absoluto"[304].

A distinção apresentada por Haical parece, de fato, relevante, ao menos para a definição dos efeitos da violação positiva do contrato no direito brasileiro. Não havendo disposição legal específica, parece-nos adequado que os efeitos da violação positiva do contrato sejam modulados em função dos interesses envolvidos. Assim, caso não exista mais interesse do credor na prestação, deve-se *equiparar a violação* ao *inadimplemento absoluto*, permitindo-se tanto a utilização da *exceção do contrato não cumprido* (quando cabível) quanto a *resolução contratual*. No entanto, persistindo o interesse objetivo do credor na prestação, deve-se aplicar à *violação positiva do contrato* solução mais ponderada, equiparando-a à *mora*.

[304] HAICAL, Gustavo Luis da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento..., op. cit., p. 67.

2.
TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

2.1. Origem e antecedentes históricos da teoria do adimplemento substancial

O direito contratual inglês estabeleceu-se, ainda no período medieval, sobre duas premissas fundamentais, que seguiam, nas palavras do professor James Barr Ames, "the *formal logic of the medieval lawyers*"[305]. A primeira, de que as promessas (*promises*) deveriam ser cumpridas integralmente (*full performance*). A segunda, de que as promessas (*promises*) feitas pelas partes seriam *totalmente independentes* entre si. Foi a evolução dessas duas premissas que, por caminhos tortuosos, levou ao advento da *teoria do adimplemento substancial* (*doctrine of substantial performance*), no início do século XX.

2.1.1. Princípio do cumprimento integral

Conforme ensina Richard Stone, "*the general rule under the classic law of contract is that performance must be precise and exact, and the courts have at times applied this very strictly*"[306]. E embora sejam inúmeros os casos que foram apreciados pelas cortes inglesas segundo essa máxima, são dois os exemplos mais utilizados para ilustrar o rigor de sua aplicação: o primeiro, de 1602, conhecido como caso Pinnel (*Pinnel's case*); o segundo, de 1785, conhecido por *Cutter v. Powell*[307].

---

[305] AMES, James Barr. *Lectures on legal history and miscellaneous legal essays*. Cambridge: Harvard University Press, 1913, p. 329.

[306] STONE, Richard. *The modern law of contract*. 5. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 407.

[307] Como explica René David, o sistema de *common law* é um sistema de direito elaborado na Inglaterra, primordialmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, a partir da premissa de que "*remedies precede rights*", o que significa dizer que *o direito deveria ser construído a partir da ação concreta das cortes em resposta aos writs que lhes eram submetidos à apreciação.* Nessa medida, a jurisprudência não seria resultado da aplicação do direito; mas exatamente o oposto: o direito seria fruto da jurisprudência. Como ensina Renê David, "é necessário que fique clara a importância primordial que as questões de processo tiveram, nestas condições, na Inglaterra. Enquanto no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva do direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões de processo. (...) O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência e, uma vez admitida, levar até o fim um processo cheio de formalismo. A que solução chegaria? Não havia para esta pergunta nenhuma resposta concreta: a *common law* só aos poucos passou a conter normas substantivas, que definissem os direitos e as obrigações de cada um" (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 363-364). É justamente pela importância do processo – e, do precedente judicial - que o direito inglês – sobretudo em sua fase medieval e clássica, mas também atualmente – deve ser estudado a partir de sua jurisprudência.

O caso Pinnel[308] consagrou a regra segundo a qual *uma obrigação não pode ser cumprida a menor, mesmo que mediante concordância do credor*. Pinnel havia emprestado a Cole a quantia de £8, ficando o pagamento combinado para o mês de novembro. Em novembro, Pinnel acionou Cole pela quantia integral de £8. Em sua defesa, Cole arguiu que, em outubro, teria renegociado o débito com Pinnel, reduzindo-o para £5, sendo esse o valor exigível.

A despeito da negociação mantida entre Pinnel e Cole, sobre a qual não houve disputa, a corte decidiu no sentido de que apenas o pagamento do valor integral de £8 seria suficiente para a liberação do devedor, pois apenas esse valor poderia ser considerado "*good consideration*"[309]. Note-se que a corte até admitiu que, se efetivado antecipadamente, o pagamento a menor poderia ser até considerado "*good consideration*", na medida em que, além do valor a menor, o credor estaria recebendo um benefício adicional (a antecipação). Contudo, como não houve pagamento antecipado, a mera negociação antecipada, reduzindo valores anteriormente acordados sem agregar qualquer benefício adicional, não seria suficiente para satisfazer o débito previamente constituído.

Em *Cutter v. Powell*[310], por sua vez, estabeleceu-se a regra de que, *em caso de inexecução parcial do contrato, o devedor não faria jus a qualquer pagamento parcial*. Em síntese, o imediato Cutter foi contratado por Powell para a realizar a travessia entre Kingston (Jamaica) e Liverpool (Inglaterra). Cutter, no entanto, não completou a viagem: faleceu sete semanas depois, três semanas antes do navio desembarcar em Liverpool. A esposa de Cutter, então, pleiteou ao capitão Powell o pagamento parcial do salário de Cutter, pelo período anterior ao seu falecimento, em que ele teria executado adequadamente suas funções. Powell recusou o pagamento, ao argumento de que Cutter teria sido contratado para a realização de toda a viagem, por uma quantia fixa (*lump sum*), razão pela qual não haveria que se falar em pagamento proporcional. O contrato teria sido inadimplido, ainda que parcialmente, e isso seria suficiente para afastar qualquer obrigação

---

308 *Pinnel's case* (1602) 5 Co. Rep. 117a.

309 Como explica Furmston, a chamada *doctrine of consideration* "*is by far the oldest of the requirements for a binding contract, going back to the sixteenth century. It has a long history and unfortunately not a little complexity*" (FURMSTON, Michael P. *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts*. 16. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 98). Em síntese, *consideration* pode ser entendida como o benefício esperado do contrato, a contraprestação esperada por aquele que busca integrar uma relação contratual, as trocas recíprocas que justificam o equilíbrio e a lógica do contrato. Nas palavras de Furmston, "*consideration has been defined as the act or promise offered by the one party and accepted by the other as the price of that other's promise*" (p. 108).

310 *Cutter v Powell* (1795) 101 ER 573.

de sua parte. O contrato teria se resolvido, não sendo devido qualquer pagamento à Sra. Cutter.

A corte acolheu os argumentos do capitão Powell e julgou a ação proposta pela Sra. Cutter improcedente: de acordo com o Tribunal Real de Justiça, o contrato celebrado entre Cutter e Powell possuía a natureza de integralidade (*entire agreement*) e, enquanto tal, teria de ser cumprido integralmente para justificar o pagamento. Como explica Bernard Gilson, "*le tribunal décida que Cutter n'avait pas exécuté l'obligation de servir, comme second maître, de Kingston à Liverpool*"[311] e, por isso, deixou de cumprir integralmente sua obrigação contratual[312].

2.1.2. Princípio da independência das promessas

O direito inglês medieval reconhecia que, como regra, as obrigações contratuais seriam independentes umas das outras. Isso significa dizer que cada parte deveria cumprir sua obrigação, *independentemente do cumprimento de qualquer obrigação pela parte contrária*. Contudo, com a evolução das relações comerciais – e, consequentemente, a ampliação das hipóteses contratuais – o direito inglês passou a deparar-se, gradualmente, com situações em que a independência absoluta das obrigações não apenas não refletia a vontade das partes, como gerava situações de insegurança jurídica e injustiça. Tal situação fez com que, gradualmente, os juízes passassem a reconhecer que a lógica de alguns contratos imporia determinada ordem de cumprimento de obrigações (*order of performance*).

O primeiro passo foi reconhecer que além daquelas promessas independentes (*independent promises*), cujo cumprimento estaria desvinculado de qualquer conduta da outra parte, haveria obrigações que – por sua natureza - deveriam ser consideradas

---

311 GILSON, Bernard. *Inexécution et résolution en droit anglais*. Paris: Librarie Générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 33.

312 Merece transcrição, por ilustrativas que são, as palavras de Sir William Henry Ashhurst: "*this is a written contract, and it speaks for itself. And as it is entire, and as the defendant's promise depends on a condition precedent to be performed by the other party, the condition must be performed before the other party is entitled to receive any thing under it. It has been argued however that the plaintiff may now recover on a quantum meruit: but she has no right to desert the agreement; for wherever there is an express contract the parties must be guided by it; and one party cannot relinquish or abide by it as it may suit his advantage. Here the intestate was by the terms of his contract to perform a given duty before he could call upon the defendant to pay him any thing; it was a condition precedent, without performing which the defendant is not liable. And that seems to me to conclude the question: the intestate did not perform the contract on his part; he was not indeed to blame for not doing it; but still as this was a condition precedent, and as he did not perform it, his representative is not entitled to recover*" (*Cutter v Powell* (1795) 101 ER 573).

verdadeiras condições para o cumprimento de outras (*condition precedent*). Assim ocorreria, por exemplo, no caso do contrato de trabalho, em que o pagamento do salário teria como pressuposto a prévia realização do trabalho. O segundo passo, dado muito tempo depois, foi admitir a existência de um terceiro tipo de obrigações, de cumprimento simultâneo pelas partes contratantes (*concurrent conditions*). Esse seria o caso, por exemplo, dos contratos de compra e venda, em que tradição e pagamento deveriam – pela natureza da obrigação - ocorrer ao mesmo tempo.

O apego à literalidade dos contratos, contudo, é elemento histórico do direito contratual anglo-saxão[313]. E esse extremo rigor formal trouxe, desde muito cedo, problemas importantes para a definição da *order of performance*[314]. Como destaca o professor Samuel Jacob Stoljar, "*since the meaning of the parties was not always clear, the courts were often involved in peculiar, sometimes extraordinary, reasoning. It needed a great deal of analytical trial and error before a clearer pattern could emerge*"[315]. Bem por isso, a evolução da chamada *doctrine of dependency and independency* se deu pelo enfrentamento de inúmeros casos, por um caminho que não pode ser considerado propriamente linear ou coeso.

2.1.3. *Doctrine of dependency and independency*

Como já dito, a regra do direito inglês medieval era de que as obrigações estabelecidas entre dois contratantes seriam interpretadas como *independentes*, salvo se o contrato mencionasse palavras específicas[316], que estabelecessem expressamente o vínculo (a *dependência*) entre elas. Como explica Stoljar, na prática, isso significava que "*a vendor, could sue for his price without tendering conveyance, and that a servant could sue*

---

313 Como explica o professor e historiador do direito Samuel Jacob Stoljar, "*courts had to look very carefully at the express terms in a contract to ascertain whether one party had 'intended' his covenant to be conditional or 'dependent' on the other's prior performance, or whether the parties had meant their mutual performances to be free or 'independent' of this conditional hinge*" (STOLJAR, Samuel Jacob. *A History of Contract at Common Law*. Canberra: Australian National University Press, 1975, p. 147).

314 Ibidem.

315 Ibidem.

316 A distinção entre convenções dependentes e independentes, portanto, se dava de forma bastante "técnica e arbitrária", dependendo fundamentalmente das palavras utilizadas pelos contratantes para o estabelecimento do vínculo. Na ausência de palavras especificas, que claramente identificassem a dependência entre as convenções, presumia-se a intenção das partes de tratá-las como independentes. (Cf. CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties: Forebears and Descendants. *Sydney Law Review*, v. 8, 1977, p. 33).

for the agreed wages without giving (even partly) performed service, unless both price and wages were specifically stated to be conditional on prior performance"[317].

Esse entendimento perdurou até meados do século XVII[318], quando foi amplamente abalado pela decisão proferida pelo Tribunal Real de Justiça, em 1669, no caso *Pordage v. Cole*[319], que mitigou a regra da literalidade e deslocou a análise da dependência para a efetiva intenção das partes. O nobre *Bassett Cole* havia acordado com o *Doctor John Pordage* que pagaria a ele £720 pela aquisição de suas terras, com uma casa e algumas pertenças, antes do solstício de verão[320]. Como o pagamento não ocorrera no prazo combinado, *Pordage* acionou Cole pelo preço. Em sua defesa, Cole sustentou que, como o contrato era claro com relação à dependência das prestações (pois tinha utilizado a fórmula sacramental – *for said cause*), para pleitear o pagamento do preço, *Pordage* teria que demonstrar que já houvera transferido a propriedade (ou ao menos que já houvera se colocado à disposição de *Cole* para realizar a transferência da propriedade), e tanto não havia ocorrido.

Como explica J.W. Carter, segundo a regra até então vigente, o racional defendido por Cole parecia adequado, uma vez que "*from the terms of the agreement there seemed to be a clear case of express dependency, i.e., the defendant's promise to pay was dependent upon the plaintiffs prior (or contemporaneous) conveyance*"[321]. No entanto, a corte inovou e julgou a ação procedente, mesmo sem a demonstração de transferência (ou de oferta de transferência) da propriedade. Avaliando o contrato e as declarações das partes, o Tribunal Real de Justiça entendeu que, a despeito das palavras utilizadas no contrato, *a intenção real das partes era de que as obrigações fossem independentes e sujeitas a ações recíprocas*[322].

---

[317] STOLJAR, Samuel Jacob. Dependent and Independent Promises: A Study in the History of Contract. *Sydney Law Review*, v. 2, 1957, p. 219. Stoljar ilustra o princípio com um exemplo trazido em comentário de Chief Justice Fineux, de 1500, que diz basicamente o seguinte: se alguém *convenciona* comigo em prestar serviços a mim por um ano, e eu *convenciono* a pagar a essa pessoa um determinado valor, as obrigações serão independentes se entre as convenções não existirem as palavras "em razão de" (*for said cause*). Se tais palavras não existissem, o prestador de serviços poderia cobrar o valor, mesmo que não houvesse prestado qualquer serviço. Àquele que pagou, restaria uma ação de indenização.

[318] STOLJAR, Samuel Jacob. Dependent and Independent Promises, op. cit., p. 219.

[319] *Pordage v Cole* (K.B 1669) [K.B. 1669], conforme reporte de Samuel Williston (WILLISTON, Samuel. *A selection of cases on the law of contracts*. Boston: Little, Brown and Company, 1904, v. 2, p. 2-4).

[320] No original "*before midsummer"*.

[321] CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties, op. cit., p. 33.

[322] Segundo o reporte de Samuel Williston, a corte indicou que "*if the plaintiff has not conveyed the land to the defendant, he has also an action of covenant against the plaintiff upon the agreement contained in the deed, which amounts to a covenant on the part of the plaintiff to convey the land; and so each party has mutual remedy against the other*" (WILLISTON, Samuel. A selection of cases on the law of contracts, op. cit., p. 3).

O caso ganhou destaque e serviu de base a diversos outros julgados nos anos seguintes[323], de modo que, como constata J. W. Carter, esse virou o teste dominante: *"what construction would best serve the intention of the parties?*".

A ruptura com o paradigma da literalidade foi de extrema importância para a evolução da *doctrine of dependency and independency*, na medida em que, ao vincular a dependência entre as convenções à real intenção das partes, permitiu a valoração diferenciada das diversas disposições contratuais[324]. As convenções contratuais deixaram de ser consideradas como absolutas e passaram a ser valoradas em função do todo, à luz da real intenção das partes.

2.1.3.1.*A atuação de Lord Mansfield na sistematização da doutrina*

A sistematização desse pensamento, contudo, começou a ser traçada apenas um século mais tarde, por atuação de Lord Mansfield, no julgamento de dois importantes casos: *Kingston v. Preston* (1773)[325] e *Boone v. Eyre* (1777)[326]. Incomodava Lord Mansfield o fato de que a absoluta independência das promessas poderia levar, em algumas hipóteses, a situações altamente injustas[327], e foi por meio de sua decisão nesses dois casos que ele buscou uma alternativa adequada para o problema.

---

[323] Por exemplo, *Hunlock v. Blacklowe* (1670) 1 Mod. 64, 1 Sid. 464, 2 Keb. 674; e *Hayes v. Bickerstaff* (1675) 1 Freem. 194, 2 Mod. 34, Vaugh. 118.

[324] A relevância de *Pordage v. Cole* é destacada por Stoljar: "*but if Pordage v. Cole was in itself disappointing, it contained an element of great importance. In defeating an express dependency and making the covenants independent, the decision upset the basic legal tenets which had been current for over a century. As we have seen, the courts had previously worked through to similar results, though somewhat indirectly and through the device of ab extra distinctions such as that of precedent and subsequent conditions or of conditions and covenants. Pordage v. Cole, however, was a more direct innovation and as such can be regarded as a turning-point in contractual history. For if the sacred word "pro" could be trifled with and its expressly conditional effects amended, the whole dependent-independent dichotomy returned, as it were, to the melting-pot since its logical unity had now been demolished. The law, it is true, was to continue with the old terminology, as if it was still applying the classical doctrine. Nevertheless, the previous rules no longer predetermined results, and they increasingly became merely a way of describing results more freely arrived at. It is time to deal with these developments in greater detail*" (STOLJAR, Samuel Jacob. Dependent and Independent Promises, op. cit., p. 229).

[325] *Kingston v. Preston* (1773) 2 Doug. 689.

[326] *Boone v. Eyre* (1777) 1 H. Bl. 273n.

[327] Como ensina Antony Beck, "*If both parties were in breach and one sued, the other could claim damages by a cross-action but had no defence to the principal action by reason of the plaintiff's breach of contract. Lord Mansfield was responsible for limiting this rule. The reason for the limitation was that a crossaction for damages might not prove adequate relief and the other party's breach should sometimes provide a defence. The way he went about developing the law was by distinguishing between dependent promises, which became obligations only upon performance of a condition precedent, and independent promises which did not depend upon a prior or concurrent performance of obligation. Only in the case of a dependent obligation, on this analysis, could the other party's non-performance constitute a defence: a logical development of the idea of contract, but limited to giving a defence where the obligation sued*

No primeiro caso, *Preston*, um comerciante de seda, havia contratado *Kingston* como seu aprendiz pelo valor anual de £200, com a promessa adicional de que, ao final de 15 meses, cederia seu negócio a *Kingston* e seu sobrinho, mediante (a) pagamento de preço justo de mercado, (b) celebração de contrato de parceria entre *Kingston* e o sobrinho de *Preston*, com prazo de 14 anos, (c) prestação de garantia, por parte de *Kingston*, suficiente para suportar o pagamento a *Preston* do valor mensal de £250, até que a quitação do débito. Alegando estar pronto para assumir o negócio, *Kingston* moveu ação contra *Preston* que, por sua vez, defendeu-se, argumentando que a transferência do negócio não seria devida, por não ter *Kingston* prestado garantia satisfatória do pagamento.

Aproveitando o caso para sistematizar a *doctrine of dependency and independency,* Lord Mansfield classificou as promessas em três grupos distintos: (a) "*independent promises*", convenções independentes, cuja exigibilidade não se vincularia ao prévio cumprimento de qualquer prestação contraposta; (b) "*condition precedent*" (ou "*dependent condition*"), cuja exigibilidade se vincularia ao prévio cumprimento de prestação contraposta; e (c) "*concurrent condition*" (ou "*mutual conditions*"), convenções que deveriam ser cumpridas simultaneamente, razão pela qual sua exigibilidade se vincula à oferta de cumprimento da prestação contraposta. Lord Mansfield então considerou a prestação de garantia "*dependent condition*" para a transferência do negócio e julgou improcedente a ação.

Apenas quatro anos mais tarde, Lord Mansfield deu o passo seguinte para a sistematização da doutrina: determinou a consequência para o descumprimento das *independent promises* e *condition precedents*. Isso aconteceu no caso *Boone v. Eyre*.

Em *Boone v. Eyre*, *Boone* havia transmitido a *Eyre* uma plantação nas Índias Ocidentais, com os escravos lá existentes, pelo valor de £500 e uma renda vitalícia anual de £160. Nessa oportunidade, *Boone* declarou a *Eyre* que detinha os direitos tanto da plantação quanto dos escravos. Diante do atraso no pagamento da renda anual, *Boone* ingressou com ação judicial. *Eyre* reconveio, alegando que o contrato estaria resolvido por descumprimento contratual de *Boone*, que jamais teria detido os direitos sobre os escravos e, bem por isso, jamais teria legalmente transferido sua propriedade.

O julgamento da corte, foi sumarizado e perpetuado pelas palavras de Lord Mansfield:

---

upon could be said to be dependent". (BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent. *The Modern Law Review*, v. 38, 1975, p. 414-415).

> *The distinction is very clear, where mutual covenants go to the whole of the consideration on both sides, they are mutual conditions, the one precedent to the other. But where they go only to a part, where a breach may be paid for in damages, there the defendant has a remedy on his covenant, and shall not plead it as a condition precedent. If this plea were to be allowed, anyone negro not being the property of the plaintiff would bar the action. Judgment for the plaintiff*[328].

Tratando da distinção entre obrigações dependentes e independentes, Lord Mansfield buscou estabelecer um critério para diferenciar aquelas obrigações que (a) seriam fundamentais à execução do contrato (*condition precedent*) e, nessa medida, sua inexecução justificaria a resolução do contrato; daquelas obrigações que (b) seriam apenas laterais à execução do contrato (*independent conditions*), razão pela qual sua inexecução justificaria apenas a reparação de danos.

Como comenta J. W. Carter, a pretexto de sistematizar a *doctrine of dependency and independency*, Lord Mansfield estava obviamente "*trying to distinguish situations where complete performance was necessary from situations where a minor deviation would not bar recovery*"[329]. E é justamente por esse motive que *Boone v. Eyre* é amplamente associado à origem da *doctrine of substantial performance*, muito embora, tecnicamente, a doutrina tenha efetivamente nascido apenas cerca de um século mais tarde.

É inegável que, em *Boone v. Eyre*[330], a corte permitiu a discussão sobre a essencialidade das obrigações contratuais (*i.e.* quais seriam *condition precedent,* e, portanto, cuja inexecução justificaria a resolução contratual; quais seriam *independent condition* e, portanto, cuja inexecução resolver-se-ia em perdas e danos), e com isso admitiu – talvez pela primeira vez de forma mais clara – a mitigação do princípio da integralidade do cumprimento (*full performance*). Contudo, foram os debates que se seguiram a *Boone v. Eyre* que efetivamente conduziram ao nascimento da teoria do adimplemento substancial.

Isso porque, como a avaliação dos critérios para estabelecimento da *order of performance* – ou seja, dos critérios para definir se uma obrigação deveria ser considerada *independent promise*, *condition precedent* ou *concurrent condition* – se dava, quase na totalidade das vezes, no âmbito de ações judiciais que tratavam de hipóteses de

---

328 *Boone v. Eyre* (1777) 1 H. Bl. 273n.

329 CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties, op. cit., p. 35.

330 No caso específico, Lord Mansfield interpretou que as convenções de transferir a plantação e de transferir os escravos seriam independentes, de modo que a inexecução de uma delas não justificaria a resolução contratual, mas apenas a compensação de eventuais danos por parte de Eyre (que, portanto, permanecia obrigado ao pagamento das rendas anuais).

inadimplemento contratual (ou, em inglês, *breach of contract*), os juízes ingleses passaram a ser forçados a avaliar o conteúdo das obrigações, a fim de determinar se a obrigação inadimplida seria importante o suficiente para representar uma *condition precedent* e, assim, justificar o inadimplemento da parte contrária (algo como uma arguição de *exceção do contrato não cumprido*[331], em sede de pedido contraposto[332]). E ao realizarem esse trabalho, os juízes ingleses terminaram por avaliar não apenas o *grau de relevância da obrigação* em si, mas também *o grau de relevância do inadimplemento*.

2.1.3.2.A aplicação de *Boone v. Eyre* em casos posteriores

A solução encontrada por Lord Mansfield não foi recebida com clareza pelos juristas ingleses, de modo que a regra de *Boone v. Eyre*, aplicada aos casos subsequentes, passou a atingir resultados dos mais variados. No caso *Duke of St. Albans v. Shore*[333], por exemplo, a corte aplicou a regra de *Boone v. Eyre*, em sentido aparentemente oposto ao que propusera Lord Mansfield: em um contrato envolvendo a compra e venda de uma porção de terra com as árvores nativas, a entrega das árvores seria *condition precedent* para o pagamento, razão pela qual o seu corte, pelo vendedor, justificaria a resolução do contrato. Já no caso *Campbell v. Jones*[334], recorreu à regra de *Boone v. Eyre* para sustentar que a decisão sobre dependência ou independência das obrigações deveria ser tomada com bom senso e que, no caso concreto, o inadimplemento não diria respeito à parte mais elementar da prestação[335].

A decisão proferida em *Boone v. Eyre* passou a ser aplicada a conveniência do aplicador, basicamente de acordo com duas abordagens. A primeira, no sentido de que a caracterização de uma convenção como *condition precedent* ou *independent condition* seria uma *questão de interpretação contratual* (*construction approach*). Para aqueles que sustentavam essa posição, caberia ao julgador interpretar (a) a *intenção das partes* expressa

---

[331] Como explica João Pedro de Oliveira de Biazi, a *exeptio non adimpleti contractus* tem origem romana – mais precisamente decorrente do trabalho dos glosadores e dos canonistas – e evolução do direito continental europeu (BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019, p. 34). O tema é aqui trazido apenas a título de aproximação, para facilitar sua compreensão face ao direito brasileiro. Não se trata, portanto, de instituto de origem anglo-saxônica.

[332] A defesa era apresentada em sede de *rebuttal* (algo como um pedido contraposto ou uma reconvenção).

[333] *Duke of St. Albans v. Shore* (1789) 1 H. Bl. 270.

[334] *Campbell v. Jones* (1796) 6 T.R. 570.

[335] "The decisions, taken together, show that the courts could reach different results, depending on the situation and the justice of the case" (CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties, op. cit., p. 36).

no contrato ou, na sua ausência, (b) a natureza da obrigação, no contexto do contrato. A segunda, no sentido de que a caracterização de uma obrigação como *condition precedent* ou *independent condition* dependeria *das consequências do inadimplemento* (*breach approach*). Os defensores dessa abordagem entendiam que a natureza jurídica das obrigações só poderia ser definida *ex post facto*, *i.e.* pelas consequências do inadimplemento (uma vez que "*if the breach of contract was minor it would be unreasonable to allow this to be a bar to recovery*"[336]).

Ao longo do século XIX, a jurisprudência caminhou no sentido de desapegar-se de uma análise estritamente técnica e, ao contrário, ajustá-la a uma avaliação da justiça no caso concreto. Gradualmente, os julgados passaram a focar no chamado *breach approach*, sempre que possível preservando os contratos[337] e relegando a resolução contratual a situações em que a indenização se mostrasse incapaz de representar uma solução justa[338]. As palavras de Justice Blackburn, proferidas em julgamento realizado em 1876, ilustram bem o entendimento do final do século: deveriam ser consideradas *condition precedent* apenas as obrigações que dissessem respeito "*to the root of the matter, so that a failure to perform it would render the performance of the rest of the contract by the plaintiff a thing different from what the defendant has stipulated for"*[339].

2.1.3.3.O *Sales of Goods Act* e o advento da dicotomia *condition* v. *warranty*

Embora esse entendimento já estivesse bastante consolidado, o fato é que, como ensina Edwin Peel[340], a avaliação da *ordem de cumprimento* das obrigações passou a, gradualmente, se confundir com a *avaliação da conformidade da obrigação*, na medida em que seriam consideradas *condition precedent* apenas aquelas obrigações que dissessem

---

336 CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties, op. cit., p. 35.

337 Em *Davidson v. Gwyne*, a corte de declarou textualmente que o inadimplemento não seria suficiente para justificar a resolução do contrato, salvo na hipótese excepcionais, em que "*goes to the whole root and consideration*" (*Davidson v. Gwyne* (1810) 12 East 381).

338 "*Where a person has received part of the consideration for which he entered into the agreement, it would be unjust that, because he had not the whole, he should therefore be permitted to enjoy that part without either payment or doing anything for it*" (*Graves v. Leggs* (1854) 9 Exch. 709).

339 *Bettini v Gye* (1876) 1 QBD 183.

340 "The order in which contracting parties must perform their respective obligations depends on the distinction between conditions precedent, concurrent conditions and independent promises. Somewhat confusingly, English law also uses the expression 'condition' in rules which deal with the *conformity* of one party's performance with that promised (as opposed to the *order* in which the two performances must be rendered" (PEEL, Edwin. *The Law of Contract (Treitel)*. 14. ed. London: Sweet & Maxwell, 2015, p. 906).

respeito à *essência do contrato* e cujo inadimplemento não pudesse ser *satisfatoriamente remediado mediante indenização*.

Foi com o intuito de corrigir esse impasse que, em 1893, *Sir* Mackenzie Dalzell Edwin Stewart Chalmers editou o *Sales of Goods Act*[341], e com ele trouxe duas inovações importantes: (a) cunhou termos mais objetivos para diferenciar as obrigações essenciais (*condition*) das acessórias (*warranty*); e (b) associou tais termos exclusivamente à *conformidade das obrigações* (relegando a questão da *ordem de execução* aos antigos institutos da *condition precedent* e da *independent promise*).

Embora disciplinasse uma matéria específica (as relações de compra e venda de mercadoria), o *Sales of Goods Act* de 1893 foi recebido com entusiasmo pelos juristas britânicos e, gradualmente, a dicotomia *condition* / *warranty* passou a ser utilizado como referência em outras matérias (contratos de transporte, contratos de construção, contratos de trabalho etc.)[342]. Nesse sentido, coube ao *Sales of Goods Act* de 1893 papel importante para a sistematização da dicotomia *condition* / *warranty* e, consequentemente, para sua eventual utilização como instrumento para *mitigação do princípio do cumprimento integral*.

2.1.3.4.O nascimento da *doctrine of substantial performance* e a tríade *Dakin v. Lee*, *Hoenig v. Isaacs* e *Bolton v. Mahadeva*

Até o início do século XX, diante de uma hipótese de inadimplemento, cabia à corte avaliar se a obrigação inadimplida seria essencial (*condition*) ou acessória (*warranty*)

---

341 "The modern distinction between breach of warranty and breach of condition was only established in the later part of the nineteenth century, by being enshrined in the Sale of Goods Act 1893. Chalmers indeed in drafting that Act appears personally to have severed the Gordian knot of decades of confusion by his simple device of dividing contract terms into conditions and warranties" (BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance…, op. cit., p. 420).

342 Entre 1960 e 1980, a jurisprudência inglesa debateu fortemente a dicotomia condition / warranty. Tomamos como premissa que essa evolução tenha ocorrido paralelamente à evolução da *doctrine of substantial performance* (embora seja imperioso reconhecer que essa evolução "em paralelo" não seja passível de questionamento) e, bem por isso, extrapola os objetivos. De toda forma, é valido esclarecer que, embora estivesse originalmente inserida no âmbito do *Sales of Goods Act*, as cortes inglesas passaram a, gradualmente, estender a aplicação da dicotomia *condition* / *warranty* a operações das mais diversas naturezas. Além disso, reconheceu-se, também gradualmente, que além dessas duas classes de obrigações, existiria uma terceira, intermediária (*intermediate condition*): as obrigações cuja essencialidade não poderia ser assumida *a priori*, só podendo ser verificada no momento de um inadimplemento, por suas consequências. Os quatro casos paradigmáticos dessa evolução são: *Hongkong fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* (1962) 2 Q.B. 26; *Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau Handel G.m.b.H* (1971) 1 Q.B. 164; *Wickman Machine Tool Sales Ltd. v. L. Schuler A.G.* (1972) 2 All. E.R. 1173; e *Cehave N.V. v. Bremer* (1976) 1 Q.B. 44. (v. CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties, op. cit.)

ao contrato. Tratando-se de *condition*, a corte autorizava a resolução do contrato. No caso de *warranty*, o contrato não poderia ser resolvido, restando ao lesado pleitear perdas e danos. Em diversos casos, contudo, a resolução do contrato, mesmo diante do inadimplemento de uma *condition* parecia uma solução exagerada e, em última instância, injusta. A jurisprudência inglesa do início do século tratou de corrigir essa situação: *criou a doctrine of substantial performance*, com o objetivo de preservar o contrato cuja inexecução, mesmo de uma *condition,* não fosse considerada *substancial* – ou, em outras palavras, não fosse considerada suficientemente grave[343].

A *doctrine of substantial performance* nasceu e se estabeleceu, ao longo do século XX, especialmente com base em uma tríade de casos: *Dakin v. Lee*[344], *Hoenig v. Isaacs*[345] e *Bolton v. Mahadeva*[346]. Dentre os inúmeros casos submetidos à apreciação das cortes inglesas, que discutiram a dicotomia *condition* / *warranty*[347] e a essencialidade das obrigações contratuais, é de relativo consenso na doutrina anglo-saxônica[348] a importância dessa tríade de casos na construção dos pilares fundamentais da teoria[349].

No caso *Dakin v. Lee*, julgado em 1915, o Sr. Lee havia contratado a empresa H. Dakin & Co. Ltd. para reformar sua casa, segundo instruções bastante específicas e por um preço fixo[350]. Os construtores entregaram a casa reformada e, na ausência de pagamento, ingressaram com ação judicial. Em sua defesa, o Sr. Lee alegou que diversas das instruções que haviam sido transmitidas aos construtores não haviam sido seguidas, razão pela qual os construtores teriam descumprido o contrato que, portanto, teria de ser considerado resolvido, sem ônus para o contratante.

Ainda que a jurisprudência, até aquele momento, indicasse que o descumprimento (ainda que parcial) de contratos por preço fixo implicasse a resolução do contrato (já que,

---

343 "One party's performance may be deficient in quality or quantity or it may be late, i.e. after the agreed time. The general principle is that any such defect in performance must attain a certain minimum degree of seriousness to entitle the injured party to terminate" (PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 970).

344 *H. Dakin & Co. Ltd. v. Lee* (1916) 1 K.B. 566.

345 *Hoenig v. Isaacs* (1952) 2 All E.R. 176.

346 *Bolton v. Mahadeva* (1972) 1 W.L.R. 1009.

347 Não necessariamente sob essa designação, haja vista que, até hoje, há confusão quanto aos termos utilizados.

348 Nesse sentido Antony Beck, Michael P. Furmston, Edwin Peel, J.W. Carter, Samuel Jacob Stoljar e Richard Stone (todos em obras mencionadas ao longo deste trabalho e referenciadas ao fim).

349 São inúmeros os casos que contribuíram para a construção da *doctrine of substantial performance* além dos seus pilares fundamentais. Cada país do *common law* recebeu e desenvolveu a *doctrine of substantial performance* segundo suas particularidades. Especificamente com relação à Inglaterra e aos Estados Unidos da América, essas particularidades serão tratadas em item oportuno, ao longo deste capítulo.

350 Em inglês, *lump sum*.

nesse tipo contratual, a entrega da prestação integral seria *condition* para o pagamento)[351], havia elementos no caso que indicavam que uma decisão nesse sentido poderia ser considerada injusta. A despeito das falhas na execução do contrato, o Sr. Lee havia aceitado e se instalado no imóvel. Os reparos necessários para a promoção das especificações contratuais não pareciam muito custosos. E o próprio Sr. Lee já havia dado indícios de que o trabalho dos construtores mereceria alguma remuneração (enquanto discutiam um acordo, o Sr. Lee havia oferecido aos construtores, oralmente, um valor de aproximadamente 75% do total previsto em contrato).

Diante desses elementos, o Tribunal Real de Justiça entendeu por bem relativizar a aplicação do direito anterior e negar a resolução do contrato, determinando que o valor acordado entre as partes fosse pago, deduzindo-se dele a quantia necessária para a adequação do imóvel às especificações previstas em contrato. Para chegar a essa conclusão, o caso *Dakin v. Lee* enunciou a regra segundo a qual, em contratos de construção, o contratante só fica isento de qualquer pagamento ao construtor, em uma das três seguintes hipóteses: (a) se não tiver qualquer benefício com contrato, (b) se o trabalho realizado for totalmente diferente daquele efetivamente contratado, ou (c) se construtor deliberadamente abondar a obra antes de sua conclusão[352].

Estava estabelecida – ainda que com aplicação restrita e em bases pouco sólidas - a doutrina da *substantial performance*: em contratos de construção, o contrato só seria considerado resolvido se o construtor não cumprisse substancialmente (ainda que não totalmente) as obrigações contratuais – ou, como preferem alguns autores (como o célebre *Guenter H. Treitel*, em seu *Treitel on the Law of Contracts*[353]), se o construtor cometesse uma falha substancial no cumprimento do contrato (*substantial failure to perform*[354]).

---

[351] Exemplo interessante dessa vertente jurisprudencial é o caso *Sumpter v. Hedges* (citado, inclusive, no acórdão do caso *Dakin v. Lee*). O Sr. Hedges havia contratado o Sr. Sumpter para que construísse algumas casas e estábulos, pelo preço fixo (*lump sum*) de £560. O Sr. Sumpter, contudo, fez apenas parte do trabalho, avaliado em £333. Ainda que a obra parcial tenha tido algum proveito para o Sr. Hedges – que a completou pessoalmente, após a interrupção pelo construtor – a corte entendeu que, tratando-se de contrato por preço fixo, o abandono da obra pelo Sr. Sumpter teria configurado *breach of condition*, resolvendo-se o contrato, sem qualquer ônus para o contratante" (*Sumpter v. Hedges* (1898) 1 Q.B. 673).

[352] A ementa do julgado diz o seguinte: "*Where a builder has supplied work and labour for the erection or repair of a house under a lump sum contract, but has departed from the terms of the contract, he is entitled to recover for his services, unless (1.) the work that he has done has been of no benefit to the owner; (2.) the work he has done is entirely different from the work which he has contracted to do; or (3.) he has abandoned the work and left it unfinished. Decision of Divisional Court (Ridley and Sankey JJ.) affirmed*" (*H. Dakin & Co. Ltd. v. Lee* (1916) 1 K.B. 566.).

[353] Atualizado ao longo dos anos (a versão utilizada como base deste trabalho é a mais recente, publicada em 2015 e de autoria de Edwin Peel).

[354] PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 969.

No entanto, como dito, a regra estabelecida em *Dakin v. Lee* tinha escopo restrito, limitado aos contratos de construção, o que fazia com que sua aplicação se mantivesse bastante limitada. E tal restrição, ainda que questionada em diversos casos na primeira metade do século XX, foi flexibilizada pelas cortes inglesas em 1952, por ocasião do julgamento do caso *Hoenig v. Isaacs*[355].

Os Srs. Isaacs e Hoening haviam celebrado contrato pelo qual o segundo comprometia-se a decorar e mobiliar o apartamento do primeiro, pela quantia de £750. Contudo, encerrado o trabalho, Isaacs identificou problemas nos móveis que haviam sido instalados, sendo necessário despender £55 para realizar os ajustes necessários. Irresignado com a má-prestação dos serviços contratados, Isaacs deu o contrato por resolvido e não efetuou o pagamento do saldo devido (£350). Hoening, então, promoveu ação judicial de cobrança.

Retirando o foco da natureza do serviço, o Tribunal de Apelação[356] avaliou o contrato sob a perspectiva do *quid pro quo* e, considerando tratar-se de um contrato de prestação de serviços por preço fixo (*lump sum*), entendeu por bem aplicar a regra do caso *Dakin v. Lee*, segundo a qual, se o contrato tiver sido "*substantially performed*", o contratado "*is entitled therefore to the contract price, less a deduction for the defects*"[357]. Conforme apontou Lord Justice Denning, "*if the work is not substantially performed and there has been a failure of performance which goes to the root of it, as, for instance, when the work has only been half done, or is entirely different in kind from that contracted for, then no action will lie for the lump sum*"[358].

Hoenig v. Isaacs ampliou significativamente a aplicação da doutrina da *substantial performance*: a preservação dos contratos passou a ser tomada como premissa máxima, de modo que, sempre que *minimamente possível*, as cortes passaram a *interpretar a obrigação como substancialmente adimplida*, impedindo a resolução dos contratos e resolvendo eventuais prejuízos por meio de indenização. Por esse motivo, entendendo ser esse um mal uso da *doctrine of substantial performance*, vinte anos mais tarde, o mesmo Tribunal de Apelação revisitou o tema, por ocasião do julgamento do caso *Bolton v. Mahadeva*, e modulou a aplicação da doutrina, ao reconhecer hipótese de não atingimento do adimplemento substancial e estipular que, nesse caso, o contratado não faria jus a qualquer pagamento.

---

355 *Hoenig v. Isaacs* (1952) 2 All E.R. 176.
356 *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*.
357 *Hoenig v. Isaacs* (1952) 2 All E.R. 176.
358 Ibidem.

Em *Bolton v. Mahadeva*[359], Walter Charles Joseph Bolton havia sido contratado para instalar, na casa do Sr. Tham Biayah Mahadeva, uma central de aquecimento, por um preço fixo. No entanto, concluída a instalação do aparelho, o Sr. Mahadeva começou a se deparar com diversos problemas (o funcionamento era precário, havia vapor vazando pela casa e o sistema não gerava calor suficiente[360].

Inconformado com a má prestação do serviço, o Sr. Mahadeva negou-se a pagar, tomando o contrato como absolutamente inadimplido por Bolton. Em ação de cobrança movida por Bolton, o juiz de primeira instância, apegando-se à regra de *Dakin v. Lee*, proferiu sentença favorável ao autor e determinou o pagamento do valor contratualmente acordado (£560), subtraído dos valores necessários à reparação dos problemas acima relatados (os quais estimou em £174), o que, somado a danos morais e remuneração por trabalhos extras, representaria um valor devido de £431.50, dos quais £400 deveriam ser pagos imediatamente, e o restante em até quatorze dias.

Irresignado, o Sr. Mahadeva apelou ao Tribunal de Apelação e viu seu recurso integralmente provido. A corte entendeu que, ainda que o cumprimento defeituoso, por parte de Bolton, fosse passível de reparação, isso, por si só, não seria suficiente para justificar ter havido adimplemento substancial de sua parte. Ao contrário, como os prejuízos sofridos pelo Sr. Mahadeva perfaziam quase um terço do valor do contrato, parecia evidente que o serviço prestado não representaria adimplemento substancial do contrato. Nas palavras de Lord Justice Cairns:

> *The main question in the case is whether the defects in workmanship found by the Judge to be such as to cost £174 to repair — that is, between one-third and one-quarter of the contract price — were of such a character and amount that the Plaintiff could not be said to have substantially performed his contract. That is, in my view, clearly the legal principle which has to be applied to cases of this kind*[361].

Estavam montadas, assim, no direito inglês, as bases para a moderna *doctrine of substantial performance*. Desde então, a doutrina evoluiu por caminhos distintos nos diversos países em que se instalou, tanto naqueles de sistema de *common law*, quanto

---

[359] *Bolton v. Mahadeva* (1972) 1 W.L.R. 1009.

[360] Os problmeas foram assim descritos por Lord Justice Cairns: "The main matters that were complained of in this case were that when the heating system was put on, fumes were given out which made some of the living rooms (to put it at the lowest) extremely uncomfortable and inconvenient to use; secondly, that by reason of there being insufficient radiators and insufficient insulation, the heating obtained by the central heating system was far below what it should have been" (*Bolton v. Mahadeva* (1972) 1 W.L.R. 1009).

[361] Ibidem.

naqueles de sistemas romano-germânicos, que logo encontraram inspiração no exemplo inglês para desenvolverem mais uma figura parcelar da boa-fé objetiva.

2.2. A teoria do adimplemento substancial no direito estrangeiro

2.2.1. Sistema jurídico anglo-saxônico

2.2.1.1. Direito inglês

De acordo com o Professor Richard Stone, "*the doctrine of substantial performance appears to be infrequently used, and may not be of great significance in practice*"[362]. Com o devido respeito, não parece ser exatamente esse o caso. Parece-nos que maior razão assiste a Bernard Gilson que, em detalhado trabalho acerca do descumprimento das obrigações no direito inglês, afirma que "*la jurisprudence fait appel assez rarement à la doctrine de l'exécution suffisante. Elle préfère déclarer accessoires les insuffisances, grâce aux notions d'obligation 'indépendante' et de 'warranty'*"[363].

De fato, a jurisprudência inglesa raramente faz referência expressa à *doctrine of substantial performance*. Isso não significa, contudo, que o adimplemento substancial, em si, não seja tema recorrente nos tribunais, ainda que usualmente sob outra roupagem. Conforme explicado longamente no item anterior, a evolução da *doctrine of substantial performance* se confunde, em muitas medidas, com a evolução da *doctrine of dependency and independency,* razão pela qual, muitas vezes, as cortes travestem a discussão sobre a *substantial performance* na dicotomia *condition* / *warranty*. Mas, como também se explicou, a discussão sobre *condition* / *warranty* usualmente envolve uma perspectiva material, que toma lugar na avaliação das consequências do inadimplemento. Bem por isso, a depender do tema *sub judice*, é bastante comum que, ao debaterem as noções de *condition* e *warranty,* os julgados terminem por avaliar a qualidade do cumprimento[364].

---

362 STONE, Richard. The modern law of contract, op. cit., p. 411.

363 GILSON, Bernard. Inexécution et résolution en droit anglais, op. cit., p. 223.

364 Nesse sentido, comenta Michael Furmston (*Cheshire, Fifoot & Furmston's): "A significant key to understanding here is again the distinction between individual undertakings and the whole corpus of undertakings which a party makes. It will be very unusual for a party to have to perform exactly every undertaking he has made but much less uncommon for exact compliance with one requirement to be necessary. Clearly the distinctions between conditions and warranties, discussed earlier in this book, can be of substantial significance here"* (FURMSTON, Michael P. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts*,* op. cit., p. 670)*.*

Por essa razão, os dois mais importantes tratados de direito contratual inglês (*Treitel* e *Cheshire, Fifoot & Furmston's*) trazem a *substantial failure to perform* como condição fundamental para a resolução contratual. Nas palavras de Edwin Peel (*Treitel*), "*in the case of termination for actual breach, the general rule is that the party in default must have been guilty of a substantial failure to perform*"[365].

De acordo com Edwin Peel, a jurisprudência inglesa traçou ao menos oito critérios para a definição da substancialidade do adimplemento[366]: (a) se o inadimplemento diz respeito à essência[367] do contrato[368], de modo que suas consequências são consideradas graves o suficiente para justificar a resolução[369]; (b) se a resolução é medida necessária para proteger a vítima do inadimplemento, ou, ao revés, se é possível satisfazê-la mediante indenização[370]; (c) se a resolução pode causar prejuízo exagerado ao inadimplente; (d) se,

---

365 PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 970.

366 Ibidem, p. 970-978.

367 A definição de essência do contrato (*the root of the contract*), contudo, não é algo claro na jurisprudência inglesa. De acordo com Lord Justice Underhill, "*it has, however, more than once been pointed out that the reference to breaches "going to the root of the contract" is not a particularly helpful formulation*" (*Valilas v. Januzaj* (2015) 1 All. E.R. Comm 1047). Nas palavras de Lord Justice Lewison, "*the trouble with expressing important propositions of English law in metaphorical terms is that it is difficult to be sure what they mean. As the High Court of Australia majority judgment pointed out in Koompahtoo Local Aboriginal Land Council v Sanpine Pty Ltd (2007) HCA 61 (2007) 82 AJLR 345 at [54] to describe a breach as "going to the root of the contract" is: (...) a conclusory description that takes account of the nature of the contract and the relationship it creates, the nature of the term, the kind and degree of the breach, and the consequences of the breach for the other party*" (*Telford Homes (Creekside) Ltd v Ampurius Nu Home Holdings* (2013) E.W.C.A. Civ 577).

368 No mesmo sentido, *Cheshire, Fifoot & Furmston's*: "*It has been said, for instance, that no breach will discharge the innocent party from further liability unless it goes to the whole root of the contract, not merely to part of it, or unless it goes so much to the root of the contract that it makes further performance impossible or unless it affects the very substance of the contract*" (FURMSTON, Michael P. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts, op. cit., p. 679).

369 O exemplo é o caso *Rice v Great Yarmouth Borough Council*: "*The question for the court (and indeed the contracting parties in a case like this is whether the cumulative effect of the breaches of contract complained of is so serious as to justify the innocent party bringing the contract to a premature end. The technical term is 'repudiatory' but that is just a label to describe the consequences which may flow. It is not always an entirely satisfactory label, if it implies that the conduct itself must always be such as to demonstrate an intention to abandon contractual obligations: while this will sometimes be so it is not an invariable requirement. As the judge indicated there are in effect three categories: (1) those cases in which the parties have agreed either that the term is so important that any breach will justify termination; (2) those contractors who simply walk away from their obligations thus clearly indicating their intention no longer to be bound; (3) those cases in which the cumulative effect of the breaches which have taken place is sufficiently serious to justify the innocent party in bringing the contract to a premature end. It is clear that the test of what is sufficiently serious to bring the case within the third of these categories is severe*" (*Rice v Great Yarmouth Borough Council* (2000) All E.R. (D) 902).

370 Um exemplo é o do caso em que o contratado, que assume obrigação de trato sucessivo, reiteradamente comete pequenos desvios, cumprindo substancialmente cada parcela, mas desnaturando o contrato: a indenização, nesse caso, não parece capaz de satisfazer adequadamente a vítima. De acordo com Lord Justice Buckley, "*to constitute repudiation, the threatened breach must be such as to deprive the injured party of a substantial part of the benefit to which he is entitled under the contract. Will the consequences of the breach be such that it would be unfair to the injured party to hold him to the contract and leave him to his remedy in damages?*" (*Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd.* (1971) 1 W.L.R. 361).

apesar do inadimplemento, a vítima beneficiou-se do cumprimento parcial ou defeituoso[371]; (e) se o percentual adimplido é próximo do adimplemento total; (f) se o contrato prevê prestações futuras, de modo que a falha no cumprimento atual prejudica a certeza do cumprimento das prestações futuras; (g) se aquele que pleiteia a resolução contratual, na realidade, possuiu uma agenda diversa e o faz com base em motivo oculto, que não seja o inadimplemento em si[372]; (h) se aquele que inadimpliu parcialmente o fez deliberadamente, esperando se aproveitar do adimplemento supostamente substancial.

Tais critérios, contudo, não são absolutos. Há diversas situações em que adimplementos parciais, ainda que substanciais, não são considerados suficientes para liberar o devedor, e, portanto, permitem a resolução contratual pela vítima. De acordo com Edwin Peel, são consideradas exceções à teoria do adimplemento substancial as seguintes situações[373]: (a) *entire obligations*, *i.e.* obrigações consideradas integrais que, por natureza, não admitem cumprimento parcial; (b) obrigações contratuais que indiquem, literalmente, a possibilidade de resolução em caso de inadimplemento; (c) obrigações contratuais que as partes expressamente definem como *condition* - *i.e.* como condições essenciais ao contrato, que impõem cumprimento integral -, exceto se houver legislação que proíba, em determinada hipótese, a resolução por *breach of condition*[374]; (d) obrigações que, por lei, sejam consideradas *condition*[375]; e (e) obrigações que prevejam data e/ou hora exata para cumprimento, desde que o *tempo* seja considerado da *essência do contrato*[376].

De toda forma, mesmo nas hipóteses de exceção ao adimplemento substancial, a jurisprudência inglesa prevê algumas atenções à parte que pretenda se valer da resolução contratual. Em primeiro lugar, é necessário que a parte comprove que a cláusula se aplica

---

371 A doutrina costuma apontar esse aspecto como o primordial para a caracterização do adimplemento substancial, remanescente que é dos casos reconhecidos como antecedentes históricos da teoria (como o próprio caso *Boone v. Eyre*).

372 Fala-se aqui das hipóteses em que um contratante, arrependido com a celebração do contrato ou percebendo uma oportunidade de melhor investimento, vale-se de qualquer mínimo deslize da contraparte para pleitear a resolução do contrato. "*Contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation*" (*The Hansa Nord Case* (1976) Q.B. 44 *Apud* PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 975).

373 Ibidem, p. 979-1011.

374 É o caso, por exemplo, dos *Consumer Contracts Regulations of 1999*.

375 Algumas situações do *Sales of Goods Act of 1979*, por exemplo.

376 "*In equity, the time appointed for the completion of a contract is not, as at law, of the essence of the contract; but it may be made so by direct stipulation or necessary application. Though time be not originally an essential part of a contract, yet either party may by notice, insist on its being completed within a reasonable time*" (*Parkin v. Thorold* (1852) 16 Beav. 59). Explica *Cheshire, Fifoot & Furmston's*: "*In short, time is of the essence of the contract if such is the real intention of the parties and an intention to this effect may be expressly stated or may be inferred from the nature of the contract or from its attendant circumstances*" (FURMSTON, Michael P. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts, op. cit., p. 694).

mesmo a situações de menor gravidade e que, de sua parte, cumpriu estritamente a todos os seus termos e está invocando a cláusula "*without undue delay*"[377]. Além disso é fundamental demonstrar que a cláusula é paritária, foi negociada "*on more or less equal terms*"[378] e não viola qualquer legislação aplicável (o que resguarda, portanto, a aplicação da teoria no âmbito das relações de consumo[379]). Por fim, e embora esse entendimento ainda não seja pacífico, algumas decisões já têm entendido que a resolução por adimplemento parcial não poderia decorrer de violação à boa-fé, que deveria ser entendida como cláusula implícita em todos os contratos[380].

Como visto, ao contrário do que sugere Richard Stone, a teoria do adimplemento substancial parece bastante viva no direito inglês. Tendo séculos de construção jurisprudencial e possuindo papel de destaque no direito contratual inglês. Os julgados que tratam do tema e discutem critérios para sua aferição são abundantes e voltarão a ser

---

377 PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 1000.

378 Ibidem.

379 Haja vista a já mencionada regra do *Consumer Contracts Regulations of 1999.*

380 Conforme já mencionado no capítulo inicial deste trabalho, o princípio da boa-fé e sua admissão como cláusula implícita nos contratos não é algo natural ao direito anglo-saxão. A esse respeito, vale a transcrição do seguinte trecho de *Cheshire, Fifoot & Furmston's*: "*Do the parties owe each other a duty to negotiate in good faith? Do the parties, once the contract is concluded, owe each other a duty to perform the contract in good faith? Until recently, English lawyers would not have asked themselves these questions or, if asked, would have dismissed them with a cursory 'of course not'. On being told that the German civil code imposed a duty to perform a contract in good faith or that the Italian civil code provides for a duty to negotiate in good faith, a thoughtful English lawyer might have responded by suggesting that the practical problems covered by these code positions were often covered in English law but in different ways*" (FURMSTON, Michael P. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts, op. cit., p. 33).
Conforme explica o mesmo autor, contudo, o direito anglo-saxão tem se aberto à boa-fé, admitindo, em algumas hipóteses, sua condição como cláusula implícita: "*This may still be regarded as the orthodox position but the literature of English law has begun to consider much more carefully whether there might not be merit in explicitly recognising the advantages of imposing good faith duties on negotiation and performance. This view is reinforced by the fact that other common law systems have already moved in this direction*" (FURMSTON, Michael P. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts, op. cit., p. 33).
É justamente no contexto desse movimento que as cortes inglesas já começaram a reconhecer, pontualmente, a boa-fé como limitadora do direito de resolver o contrato, algo inconcebível até pouco tempo. É nesse sentido a decisão proferida no caso *Lomas v. JFB Firth Rixson Inc. et all,* um complexo caso envolvendo contratos de derivativos e de swap de taxa de juros: "*The right to terminate is no more an exercise of discretion, which is not to be exercised in an arbitrary or capricious (or perhaps unreasonable) manner, than the right to accept repudiatory conduct as a repudiation of a contract. We have already commented that the specific right to terminate makes theoretical the question whether an Event of Default constitutes a repudiation of the contract which can be accepted by the innocent party as bringing the contract to an end. But no one would suggest that there could be any impediment to accepting repudiatory conduct as a termination of the contract based on the fact that the innocent party can elect between termination and leaving the contract on foot. The same applies to elective termination. Even if, moreover, it could be said that in some sense a contracting party had a discretion to bring the contract to an end and that such discretion should not be exercised capriciously or arbitrarily, it by no means follows that the same considerations could apply to allowing the contract to continue which does not require any positive act on the part of the Non-defaulting Party*" (*Lomas v. JFB Firth Rixson Inc. et all* (2012) E.W.C.A. Civ 419).

invocados por este trabalho, quando debateremos possíveis critérios para aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro.

2.2.1.2.Direito norte-americano

Nos Estados Unidos da América, até mesmo pela estrutura jurídica e judiciária daquele país, é mais difícil estabelecer uma origem e um caminho linear para a evolução da teoria do adimplemento substancial. Como explica René David, nos Estados Unidos o federalismo é extremo, podendo existir, "por vezes, importantes diferenças entre os direitos dos diversos Estados"[381]. Além disso, a organização judiciária dos Estados Unidos é peculiar e "comporta, por um lado, jurisdições feitas e, por outro, jurisdições dependentes dos Estados"[382]. Não há, portanto, linearidade no desenvolvimento das teses e teorias nos diversos Estados americanos, ainda que, "apesar de todas as divergências possíveis entre os direitos dos diversos Estados, [exista] uma profunda e fundamental unidade no direito dos Estados Unidos"[383]

De toda forma, os articulistas que tratam do tema tendem a se referir às fontes inglesas[384]: *Boone v. Eyre*, como origem remota, e *Dakin v. Lee*, como fonte imediata. A influência inglesa fica evidente em um dos mais antigos (quiçá o mais antigo) artigos norte-americanos acerca do tema, escrito por Arthur Corbin, em 1919, que descreve a "*indefinite doctrine sometimes referred to as of substantial performance*"[385], como uma teoria que "*deals not with performance of duty as a discharge thereof but with performance by the plaintiff as a condition precedent to the active duty of performance by the defendan*t"[386]. Ou seja, a teoria do adimplemento substancial se estabelece nos Estados Unidos sob as mesmas fundações do direito inglês: a *doctrine of dependency and independency*.

A recepção da teoria em território norte-americano, como dito, não se deu de maneira uniforme ou simultânea nos diversos Estados. Há registros de casos sobre cumprimento defeituoso, que tangenciam[387] o tema, ao longo de todo o século XIX:

---

381 DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, op. cit., p. 469.
382 Ibidem, p. 478-479.
383 Ibidem, p. 469.
384 CORBIN, Arthur. *Conditions in the law of contract*. Faculty Scholarship Series. New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1919.
385 Ibidem, p. 758.
386 Ibidem.
387 Ou até mesmo o enfrentam diretamente, como é o caso de *Spence v. Ham*: "*In order to recover at all he was obliged to show either full or substantial performance. Upon showing full performance he could*

Haywood v. Leonard (Massachusetts, 1828)[388], *Pullman v. Corning (Nova Iorque,* 1853)[389], *Meckelway v. Armour (Nova Jersey,* 1854)[390], e até mesmo um caso julgado pela Suprema Corte, em 1889, *Stillwell & Bierce Mfg. Co. v. Phelps*[391].

O caso mais amplamente reconhecido como *leading case*, contudo, foi julgado pelo Tribunal de Apelação de Nova York (*New York Court of Appeals*), em 1921 – e, ainda que sinalize para uma independência teórica da teoria do adimplemento substancial, ainda recorre amplamente aos conceitos de obrigações dependentes e independentes. Trata-se do caso *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*[392], que contou com a relatoria do icônico *Justice* Benjamin Nathan Cardozo, que veio, posteriormente, a integrar a Suprema Corte dos Estados Unidos (de 1932 a 1938).

Nesse caso, a construtora Jacob & Youngs foi contratada pelo Sr. George E. Kent para construir uma casa de campo, com instruções especificas de que o encanamento utilizado na casa fosse integralmente da marca *Reading Manufacturing Company*. Contudo, após a entrega da casa, o Sr. Georges percebeu que a maior parte do encanamento utilizado na obra teria sido de outras marcas (*Cohoes Rolling Mill Company*, *National Steel Works*, etc.) e, diante disso, recusou-se a certificar a conclusão da obra e a pagar o saldo ainda devido (USD 3,483.46, de um total acordado de USD 77,000.00). Entendendo que o cumprimento do contrato teria sido substancial, a construtora ingressou com ação de cobrança.

Em voto extremamente objetivo – porém igualmente arrebatador - o relator, Justice Cardozo, aderiu à tese da construtora declarou o pagamento devido[393], por ter

---

recover the full contract price, but upon showing substantial, which is but partial performance, he could only recover the contract price after deducting the sum required to remedy the omissions, which, when remedied, would make performance complete. Each party would thus get what he was equitably entitled to; the plaintiff, payment for all that he did, and the defendant, compensation for all that the plaintiff omitted to do. Clearly there should be no recovery for what the plaintiff agreed to do, but did not do, yet such is the effect of the decision we are reviewing. Substantial performance is performance except as to unsubstantial omissions with compensation therefor. When the omission is slight and unintentional, in order to prevent the hardship of a failure to recover even for that which was well done, compensation is substituted pro tanto for performance. This is the modern rule adopted upon the theory that the parties are presumed to have impliedly agreed to do what was reasonable under all the circumstances with reference to the subject of performance". (*Spence v. Ham*, 163 N.Y. 220 (N.Y. 1900)).

388 *Haywood v. Leonard*, 7 Pick. 181 (Mass. 1828).

389 *Pullman v. Corning*, 9 N.Y. 93 (1853).

390 *Meckelway v. Armour*, 10 N.J. Eq. 115 (1854).

391 *Stillwell & Bierce Mfg. Co. v. Phelps*, 130 U.S. 520 (1889).

392 *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 230 N.Y. 239 (1921).

393 Vale destacar, contudo, que o recurso não foi provido por unanimidade: a votação foi apertada (4 a 3). Contudo, o voto divergente, de Justice Mclaughlin (seguido por dois colegas) não se opôs a teoria do adimplemento substancial, *per se*. Apesar de se reconhecer a necessidade apenas de adimplemento substancial para a liberação do devedor, entendeu o voto divergente que, no caso em exame, (a) a construtora teria sido gravemente negligente ao não observar a clara condição contratual, e (b) o

havido adimplemento substancial de sua parte, sem qualquer prejuízo ao contratante devedor. De acordo com Justice Cardozo, "*the courts never say that one who makes a contract fills the measure of his duty by less than full performance. They do say, however, that an omission, both trivial and innocent, will sometimes be atoned for by allowance of the resulting damage, and will not always be the breach of a condition to be followed by a forfeiture*"[394].

Não há dúvida de que a determinação da significância ou insignificância do desvio de um adimplemento é tarefa árdua e amplamente interpretativa. A esse respeito, contudo, as célebres e repetidamente citadas palavras de Justice Cardozo são incisivas (além de extremamente atuais):

> *Those who think more of symmetry and logic in the development of legal rules than of practical adaptation to the attainment of a just result will be troubled by a classification where the lines of division are so wavering and blurred. Something, doubtless, may be said on the score of consistency and certainty in favor of a stricter standard. The courts have balanced such considerations against those of equity and fairness, and found the latter to be the weightier*[395].

As palavras de Justice Cardozo são claras ao definir o fundamento jurídico principal, a própria razão de ser, da teoria do adimplemento substancial: a *justiça* (reforçada pelo uso de três expressões que representam, na *common law*, o espectro dessa ideia – *justice*, *equity* e *fairness*). Baseado nesse princípio, o juiz estabelece, em linhas gerais, os elementos que deveriam ser perquiridos para a aferição do adimplemento substancial, a saber: (a) se o inadimplemento foi intencional ou gravemente culposo[396], (b) se o propósito do contrato foi atingido[397], (c) se o desejo das partes foi satisfeito, (d) se há motivo razoável para o inadimplemento, (d) a crueldade da observância estrita da resolução contratual, além, evidentemente, (e) da insignificância do inadimplemento[398].

---

adimplemento ofertado seria insuficiente, na medida em que a opção pela marca seria, na visão do contratante, condição fundamental para a celebração do contrato (se mero capricho ou não do contratante, o juiz divergente não entendeu como questão relevante).

394 *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 230 N.Y. 239 (1921).

395 Ibidem.

396 "*The willful transgressor must accept the penalty of his transgression (Schultze v. Goodstein,180 N.Y. 248, 251; Desmond-Dunne Co. v. Friedman-Doscher Co.,162 N.Y. 486, 490). For him there is no occasion to mitigate the rigor of implied conditions. The transgressor whose default is unintentional and trivial may hope for mercy if he will offer atonement for his wrong (Spence v. Ham, supra)*" (Ibidem).

397 "*We must weigh the purpose to be served, the desire to be gratified, the excuse for deviation from the letter, the cruelty of enforced adherence*" (Ibidem).

398 "*This is not to say that the parties are not free by apt and certain words to effectuate a purpose that performance of every term shall be a condition of recovery. That question is not here. This is merely to say that the law will be slow to impute the purpose, in the silence of the parties, where the significance of*

Se não foi tão precoce como no direito inglês, não há dúvida de que o desenvolvimento da teoria do adimplemento substancial foi muito mais profícuo no direito norte-americano[399]. Ao longo do século XX e XXI a aplicação da teoria consolidou-se nos Estados Unidos mediante intensa produção jurisprudencial a seu respeito pelos tribunais dos daquele país.

Alinhada com o momento econômico vivido pelos Estados Unidos no início do século XX, a teoria do adimplemento substancial teve aplicação nos contratos envolvendo obras de engenharia[400], a partir do reconhecimento de que o adimplemento absoluto (*i.e.* exato e preciso) de contratos de engenharia seria praticamente impossível[401]. Particularmente no Estado de Nova Iorque, a indústria da construção civil crescia vertiginosamente, arranhas céus começavam a despontar pela ilha de Manhattan, e os litígios envolvendo o cumprimento defeituoso de contratos de engenharia começaram a aparecer com frequência. Alinhados com o crescimento econômico do país, os Tribunais se utilizaram da teoria do adimplemento substancial para flexibilizar o conceito de adimplemento e preservar os contratos.

Com o tempo, a teoria do adimplemento substancial se revelou útil para moderar a execução de outras espécies de contrato, de modo que, hoje, como ensina Catherine M.A. Mc Cauliff, no mais importante tratado norte-americano de direitos dos contratos (*Corbin on Contracts*), "*this problem of 'substantial performance' is involved in contracts of all kinds, contracts for the sale of land or of goods, contracts for the rendering of personal service, and contracts for manufacture and transportation, as well as contracts for the buildings or for other creative constructions*"[402].

Atualmente, a aplicação da *doctrine of substantial performance*, no direito norte-americano, se dá de maneira bastante ampla e, embora os critérios de sua aplicação não

---

the default is grievously out of proportion to the oppression of the forfeiture" (*Jacob Youngs, Inc v. Kent*, 230 N.Y. 239 (N.Y. 1921)).)

399 CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties, op. cit., p. 53-54.

400 Nas palavras de Robert D. Olson: "*At early common law to recover on a contract there had to be complete performance of conditions (including promissory conditions) and it was not enough to show that the plaintiff acted in good faith and substantially performed the agreement. (...) This rule of strict performance was followed in building contracts, sales contracts, surety contracts, and personal performance contracts for many years. Some courts were strictly adhering to it as late as 1929*" (OLSON, Robert D. Substantial Performance under the Uniform Commercial Code. *Wyoming Law Journal*, v. 16, 1962, p. 178).

401 Conforme apontava Max Wolff, em artigo publicado em 1931: "*The courts of New York have more and more come to recognize the conditions making exact or nearly exact performance impractical or impossible, and they have therefore tended to abandon strict legalistic logic and the traditional formulae of the law*". (WOLFF, Max J. Substantial Performance of Contracts in New York. *Cornell Law Review*, v. 16, 1931, p. 180).

402 CAULIFF, Catherine M. A. Mc. *Corbin on contracts.* Revised Edition, Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1999, v. 8, p. 336-337.

sejam rígidos ou precisos (em razão da própria natureza abstrata e casuística dos conceitos envolvidos), o elevado número de casos julgados pelas cortes federais e estaduais americanas permitem traçar algumas hipóteses padrão[403].

Assim, parece possível afirmar que as seguintes hipóteses não têm sido reconhecidas pela jurisprudência norte-americana como adimplemento substancial: (a) adimplementos que possuam, *per se*, valor relevante, mas, relativamente ao todo, valor reduzido[404], (b) adimplementos que, ainda que em extensão irrelevante, violem a essência do contrato[405], (c) adimplementos imperfeitos cuja reparação, para obtenção do resultado esperado com o adimplemento completo, seja extremamente custosa[406] ou gravosa (na medida em que importe demolição de edifícios ou descarte absoluto de serviços prestados)[407], (d) o inadimplemento, ainda que mínimo[408], decorrente de ato voluntário[409],

---

[403] Muito embora, como preceitua Catherine M.A. Cauliff, "*the variation in these factors is such that generalization is difficult and the use of cases as precedents is dangerous*". De toda forma, conclui a autora: "*This is not to say that rules are impossible or that precedents are useless. Here, as elsewhere, guiding suggestions are of value; but they must not be taken as rules of thumb, or used as implacable major premises*" (CAULIFF, Catherine M. A. Mc. Corbin on contracts, op. cit., p. 341).

[404] "*Almost any part performance of a building contract has some value in the market. Thus, if the contractor excavates the hole for the cellar and stops work forever at that point, the excavation has value; indeed that value may be a very substantial amount. The existence of the hole may now save $500, or even $50,000, in the cost of erecting the complete building. These are 'substantial' amounts of money. But when we speak of 'substantial performance,' we mean something different from this. The hole has substantial value; but it is far from substantial performance of the builder's promissory duty, an it is far from enough to enable the builder to maintain suit for the contract price of the building*" (Ibidem, p. 340).

[405] Assim, por exemplo, a hipótese do cumprimento após a data especificada, quando o tempo for considerado da essência do contrato. É o que aconteceu no caso Norrington v. Wright: o transportador comprometeu-se a transportar, mensalmente, ao menos 1000 toneladas de ferro. Contudo, transportou apenas 885 toneladas no mês de fevereiro e 1571 toneladas no mês de março. Embora, na média, tenha cumprido ao prometido, a Suprema Corte americana entendeu haver inadimplemento, pois o cumprimento no tempo acordado seria da essência do contrato (*Norrington v. Wright*, 115 U.S. 188 (1885)).

[406] "*Appellant stresses that since there was a verdict in its favor for incomplete and defective work in a sum equal to 31% of the contract price, it is conclusive that there was not substantial performance. We do not agree. The matter is not to be determined on a percentage basis, for the cost of remedying defects may sometimes even exceed the outlay for original construction*". (*Jardine Estates v. Donna Brook Corp.*, 42 N.J. Super. 332, 338 (N.J. Super. 1956)).

[407] "*There is a substantial performance of a contract to construct a building where the variations from the specifications or contract are inadvertent and unimportant and may be remedied at relatively small expense and without material change of the building; but where it is necessary, in order to make the building comply with the contract, that the structure, in whole or in material part, must be changed, or there will be damage to parts of the building, or the expense of such repair will be great, then it cannot be said that there has been a substantial performance of the contract*" (*Mackey v. Eva*, 80 Idaho 260, 262 (Idaho 1958)).

[408] Salvo no caso de desvio tão diminutos, que possam ler alocados no princípio da insignificância (*de minimis non curat praetor*, mais usualmente referido, nos Estados Unidos, como doctrine *de minimis non curat lex*). Exemplo dessa situação é o caso Andre v. Maguire: "*In the absence of special exculpating circumstances an intentional departure from the precise requirements of the contract is not consistent with good faith in the endeavor fully to perform it, and unless such departure is so trifling as to fall within the rule de minimis, it bars all recovery*" (*Andre v. Maguire*, 305 Mass. 515, 516 (Mass. 1940)).

[409] Tecnicamente, a voluntariedade do inadimplemento parcial não impacta, propriamente, a definição da substancialidade do adimplemento, mas tem sido utilizada pela jurisprudência americana para determinar

intencional[410], que tenha por objetivo descumprir parcialmente o contrato[411] (visando meramente ao adimplemento substancial), (e) o descumprimento parcial, decorrente de abandono[412] do contrato[413], e (f) o descumprimento pontual, em contratos de trato sucessivo, que indique descumprimento reiterado no futuro[414].

Ao revés, têm sido consideradas hipóteses de adimplemento substancial, adimplementos que, ainda que imperfeitos, (a) atinjam o propósito do contrato[415]; (b) ofereçam ao contratante os benefícios[416] esperados com o contrato[417]; (c) não apresentem

---

se o devedor parcialmente inadimplente teria ou não direito a indenização pelo serviço prestado (Cf. CAULIFF, Catherine M. A. Mc. Corbin on contracts, op. cit., p. 350)

410 "*The equitable doctrine of substantial performance is intended for the protection and relief of those who have faithfully and honestly endeavored to perform their contracts in all material and substantial particulars, so that their right to compensation may not be forfeited by reason of mere technical, inadvertent, or unimportant omissions or defects. It is incumbent on him who invokes this protection to present a case in which there has been no willful omission or departure from the terms of his contract. If he fails to do so, the question of substantial performance should not be submitted to the jury*" (*Gillespie Tool Co. v. Wilson*, 123 Pa. 19, 16 A. 36 (1888)).

411 É bem verdade, no entanto, que esse requisito tem sido flexibilizado em casos mais recentes, como bem exemplifica a posição da Corte Superior de Connecticut, no caso Dubaldo Electric v. Montagno Construction: "*The contemporary view is that even a conscious and intentional departure from the contract specifications will not necessarily defeat recovery, but may be considered as one of the several factors involved in deciding whether there has been full performance. 3A Corbin, Contracts § 707; 2 Restatement (Second), Contracts § 237, comment d. The pertinent inquiry is not simply whether the breach was "wilful" but whether the behavior of the party in default "comports with standards of good faith and fair dealing." 2 Restatement (Second), Contracts § 241(e), and see comment f. Id., 615-16. Under this rule, fault on the plaintiff's part in not completing the contracted work does not preclude recovery, but the court must consider any such fault or lack of good faith or fair dealing in determining the question of substantial performance*" (*Dubaldo Electric v. Montagno Construction*, 2008 Ct. Sup. 2365 (2008)).

412 "*By the weight of authority, however, there can ordinarily be no recovery where the contractor has wilfully abandoned his contract without justification*" (*Kelley v. Hance*, 108 Conn. 186 (Conn. 1928)).

413 "*The court gave judgment to the defendant, stating: 'To charge a person as trustee the principal debtor must have a cause of action against him.' It further held that on the facts disclosed, Gay was not indebted in any further sums to McBain since the latter had abandoned and not fully performed the contract. Recognizing that the strict rule at common law requiring absolute performance had been relaxed in many jurisdictions, particularly in the case of building contracts, the court also held that nevertheless the great weight of authority still does not permit recovery on the contract or in quantum meruit, or quantum valebant where "the contractor has, without necessity, or other legal excuse, voluntarily abandoned the work*" (*Tortolani v. Diwinsky*, 89 R.I. 283 (R.I. 1959)).

414 "Evidence that the breaching party does not intend to perform in the future may be particularly strong when the breach prevents or seriously hinders the victim's future performance. It usually will be clear that the breaching party does not intend to perform if the victim's own performance is not forthcoming" (ANDERSON, Eric G. A New Look at Material Breach in the Law of Contracts. *U.C. Davis Law Review*, v. 21, n. 4, Summer 1988, p. 1126).

415 "*The law is settled in this state, that in the case of building contracts, especially where the owner has taken possession of the building and is enjoying the fruits of the contractor's work, no literal compliance with the contract in all details and no absence of all defects and imperfections is required to entitle the contractor to recovery on the contract, but that he can have such recovery after substantial performance in good faith, if the deviations and imperfections do not substantially affect the usefulness of the building for the purposes for which it was intended, subject to an allowance for damages if the owner has suffered any by reason of the failure to perform strictly. Whether, in any case, defects and omissions are substantial or unimportant is generally a question of fact*" (*Martin v. Karsh*, 142 Cal.App.2d 468, 470 (Cal. Ct. App. 1956)).

416 "*Substantial compliance with reference to contract, means that although the conditions of the contract, have been deviated from in trifling particulars not materially detracting from the benefit the other party*

prejuízos concretos ao credor[418], (d) sejam, de acordo com os elementos do caso concreto, claramente ignorados/renunciados (*waived*) pelo credor[419], e (e) sejam complementados (purgados) pelo devedor, sem ônus para o credor[420]. A teoria é, ainda, aceita para evitar hipóteses de enriquecimento sem causa[421].

Paralelamente ao tratamento pelos tribunais, a teoria do adimplemento substancial foi reconhecida, na segunda metade do século XX, por dois importantes documentos: o *Uniform Commercial Code*, de 1952, e o *Restatement (Second) of Contracts*.

---

would derive from a literal performance, he has received substantially the benefit he expected, and is, therefore bound to pay" (*Newcomb v. Schaeffler*, 131 Colo. 56, 62 (Colo. 1955)).

417 Tem sido admitido como sinal de que houve benefício para o credor, o fato de ter recebido e fruído do objeto do contrato. "*A factor that is of importance in determining whether or not the plaintiff has rendered substantial performance is the actual receipt and [3.] enjoyment of benefits by the defendant. If the plaintiff is suing merely for reasonable value — quantum meruit, the existence of such receipt and enjoyment is absolutely necessary; but it is of importance also in an action for the contract price based on 'substantial performance'*" (*Drost et al. v. Professional Bldg. Serv. Corp.*, 153 Ind. App. 273 (Ind. Ct. App. 1972)). Como destaca Catherine Cauliff, contudo, esse não é um requisito absoluto: "'*acceptance' is a slippery term, its use and application depending upon other decisive factors*" (CAULIFF, Catherine M. A. Mc. Corbin on contracts, op. cit., p. 359).

418 O exemplo é um caso em que a empresa Western Oil Fields havia se comprometido a perfurar ao menos um poço de petróleo e gás por ano, durante o período de cinco anos. Ao final de cinco anos, a empresa havia perfurado seis poços, assim distribuídos: três no primeiro ano, um no terceiro ano e dois no quinto. Nenhum poço foi perfurado no segundo e no quarto ano de contratos. Coube ao tribunal avaliar se o atendimento do volume total contratado (mas não do anual), representaria adimplemento substancial: "*To sum up, it is the Court's position that the contract was ambiguous in its terms, in the FIFTH paragraph thereof, but that despite the ambiguity of the words from which the parties draw opposite connotations, the essential and prevailing purpose of the contract was fulfilled as intended by the parties, in that the defendant drilled more than the minimum amount of wells upon all of the acreage as contemplated by the contract, and contributed to the development of all the leased lands, including the three separate ownerships, for oil and gas purposes. In other words, there was substantial and complete performance by the defendant barring any recovery by the plaintiffs. It is further the opinion of the Court that the plaintiffs suffered no calculable or ascertainable damages and their own actions during the life of the contract acted as a waiver by them of any breach they may have thought to have occurred*" (*Cookson v. Western Oil Fields, Inc.*, 465 F.2d 460, 462 (10th Cir. 1972)).

419 Ver transcrição acima, em *Cookson v. Western Oil Fields, Inc.*, 465 F.2d 460, 462 (10th Cir. 1972).

420 "*The plaintiff finished the job (so far as it did finish it) more than a year before its complaint was filed. It added to the defendant's house what evidently must have increased its value, provided the plumbing introduced were left in proper working order. It was not so left; but all the defects could be remedied for $100, which was but a fraction of the contract price. It is true that they were such as, till remedied, made all the plumbing worse than useless, because it was a necessary source of danger to the health of those inhabiting the house. But so would it have been, had the soil pipe been accidentally left stuffed with shavings, which could have been removed in an instant. Potentially, the house was benefited by what had been done, and it might fairly be held that the contract was performed in substance though not in all its details. The question before us is not whether, as matter of law, the contract was substantially performed, but whether it could, as a matter of fact, reasonably be held to have been so performed"* (*Jones Hotchkiss Co. v. Davenport*, 74 Conn. 418, 420-21 (Conn. 1902)).

421 "*The substantial performance doctrine originates in the area of dependent promises where the performance by one party is a constructive condition precedent to recovery. The doctrine, which is widely applied in building contracts, provides that where a contract is made for an agreed exchange of two performances, one of which is to be rendered first, substantial performance, rather than strict, exact or literal performance, by the first party of the terms of the contract is sufficient to entitle the party to recover on it. The doctrine is thus intended to prevent unjust enrichment. It is intended to prevent the inequity of one party obtaining the benefit of performance, although not strictly in accordance with the terms of the contract, with no obligation in return*" (*Della Ratta, Inc. v. American Better Community Developers, Inc.*, 38 Md. App. 119 (Md. Ct. Spec. App. 1977)).

No primeiro caso, trata-se o *Uniform Commercial Code* (UCC) de uma lei estadual, adotada por todos os 50 Estados norte-americanos, com o objetivo de harmonizar as regras que regulam o comércio naquele país. Em suas versões iniciais, o UCC parecia representar uma mitigação da então já consolidada *doctrine substantial performance*, na medida em que diversos dos seus dispositivos autorizavam o repúdio a inadimplementos mínimos (como era o caso do §2-601, que autorizava ao comprador recusar mercadorias que apresentassem mesmo mínimos desvios[422]). O §1-304 do UCC[423] (em redação de 2018), no entanto, previu um dever geral de boa-fé nos contratos submetidos àquela norma (*every contract or duty within this subtitle imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement*)[424], dever esse que, não sem relutância por alguns tribunais[425], tem sido reconhecido pelas cortes americanas como fundamento da aplicação da teoria do adimplemento substancial também a esses contratos[426].

No segundo caso, o *Restatement (Second) of Contracts* é um tratado publicado pelo *American Law Institute*, que não tem força de lei, mas é amplamente reconhecido pelos juristas americanos como fonte do direito. Trata-se, nas palavras de René David, "de

---

422 Em artigo específico acerca do tema, publicado em 1961, Robert D. Olson explica que, "*if in a non-installment contract for the sale of goods, the goods or tender of delivery fail in any respect to conform to the contract, the buyer under the U.C.C. has his option of rejecting the whole, accepting the whole, or accepting any commercial unit or units and rejecting the rest. Inasmuch as the buyer is able to reject the goods or delivery for failure in any respect to conform to the contract, a substantial performance on the part of the seller will be of no avail to him*". (OLSON, Robert D. Substantial Performance under the Uniform Commercial Code, op. cit., p. 182).

423 Conforme versão incorporada ao *District Columbia Code, Title 28 - Commercial Instruments and Transactions [Enacted title], Subtitle I - Uniform Commercial Code* (Disponível em: < https://law.justia.com/codes/district-of-columbia/2018/title-28/subtitle-i/ >. Data de acesso: 27 out. 2019).

424 "*In the last analysis those cases only apply the principle that in every contract there is an implied covenant that neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract, which means that in every contract there exists an implied covenant of good faith and fair dealing*" (*Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79, 87 (N.Y. 1933)).

425 "*Pursuant to the UCC, "[t]he obligation of the seller is to transfer and deliver" the goods that are the subject of the agreement of sale. N.J.S.A. 12A:2-301. The obligation of the seller under the UCC does not rely on concepts of substantial performance, but instead requires that the seller make a perfect tender, meaning that the seller must tender goods that conform in all respects to those specified in the parties' agreement. N.J.S.A. 12A-.2-601 (premising buyer's remedies on "tender of delivery [that] fail[s] in any respect to conform to the contract"); see Ramirez v. Autosport, 88 N.J. 277, 285, 440 A.2d 1345 (1982) (observing that UCC retains perfect tender rule); 8 Corbin on Contracts § 33.3 (rev. ed. 1999) (describing evolution of perfect tender rule in UCC and rejection of contract law concept of substantial performance). Not only does the UCC place the obligation to tender conforming goods on the seller, N.J.S.A. 12A:2-503, but it also equates tender with "such performance by the tendering party as puts the other party in default if he fails to proceed in some manner[,]" id. at cmt. 1*". (*Pomerantz Paper v. New Comm. Corp.*, 207 N.J. 344 (N.J. 2011)).

426 "*UCC 2-601 provides that "if the goods * * * fail in any respect to conform to the contract, the buyer may * * * reject the whole". Although the Uniform Commercial Code states that "exact performance" is required (see,UCC 2-106, Comment 2), some legal scholars have concluded that "substantial" performance is all that is necessary. (See, White and Summers, Uniform Commercial Code § 8-3, at 256 [1972].)*" (*DeJesus v. Cat Auto Tech Corp.*, 161 Misc. 2d 723 (N.Y. Misc. 1994)).

uma publicação privada cuja finalidade é expor, sob uma forma sistemática, as regras da common law americana"[427]. O *Restatement (Second) of Contracts* não se equipara a um código ou a qualquer tipo de legislação dos países de *civil law*. Ousando alguma analogia, pode-se dizer que atua de forma semelhante a um digesto, buscando sistematizar as decisões das cortes americanas, notadamente em matérias que não possuem legislação robusta. Contudo, mesmo que seus postulados sejam bastante repetidos por juristas e julgadores, sua leitura deve ser feita com cautela. Isso porque, como refletem o trabalho de juristas, há vezes em que os postulados dos *Restatements* não refletem exatamente a jurisprudência majoritária em algum tema.

No que diz respeito ao adimplemento substancial, contudo, o *Restatement (Second) of Contracts* parece condizente com as soluções adotadas pela *common law*, ainda que sob terminologia ligeiramente distinta. Prevendo um dever geral de boa-fé nos contratos[428], os §§ 241 e 242 do *Restatement (Second) of Contracts*[429] tratam como hipótese de resolução contratual apenas aqueles que sejam considerados "materiais" (embora, dentro do contexto, talvez a melhor tradução seja "substanciais")[430]. E dentre os

---

427 DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, op. cit., p. 493.

428 "*§205. Duty of Good Faith and Fair Dealing. Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*".

429 "*§241. Circumstances Significant in Determining Whether a Failure Is Material. In determining whether a failure to render or to offer performance is material, the following circumstances are significant: (a) the extent to which the injured party will be deprived of the benefit which he reasonably expected; (b) the extent to which the injured party can be adequately compensated for the part of that benefit of which he will be deprived; (c) the extent to which the party failing to perform or to offer to perform will suffer forfeiture; (d) the likelihood that the party failing to perform or to offer to perform will cure his failure, taking account of all the circumstances including any reasonable assurances; (e) the extent to which the behavior of the party failing to perform or to offer to perform comports with standards of good faith and fair dealing.*
§242. Circumstances Significant in Determining When Remaining Duties are Discharged. In determining the time after which a party's uncured material failure to render or to offer performance discharges the other party's remaining duties to render performance under the rules stated in §§ 237 and 238, the following circumstances are significant: (a) those stated in § 241; (b) the extent to which it reasonably appears to the injured party that delay may prevent or hinder him in making reasonable substitute arrangements; (c) the extent to which the agreement provides for performance without delay, but a material failure to perform or to offer to perform on a stated day does not of itself discharge the other party's remaining duties unless the circumstances, including the language of the agreement, indicate that performance or an offer to perform by that day is important".

430 "*In the instant case the trial court, in legal effect, found that there had not been a substantial compliance with the terms of the contract, and that to the extent of fifty percent of the contract price there was a failure to perform. Armstead's failure to install brick which reasonably matched the existing veneer damaged the appearance of Roper's house to the extent of half the value of the contract. The parties entered into their agreement with the acknowledged intent that Armstead's brickwork should be aesthetically, as well as functionally, acceptable. Consequently, we hold that as a matter of law Armstead's breach was material and cannot be deemed a 'slight and trivial defect' 'not materially detracting from the benefit the other party would derive from a literal performance.' Armstead's failure to substantially perform his contract deprived him of the right to recover under the 'theory' of express contract. However we are not concerned with the 'theory' upon which an action is tried where, as here, all the pertinent evidence is presented without objection*". (*Reynolds v. Armstead*, 166 Colo. 372, 375-76

elementos listados pelo §241 do *Restatement (Second) of Contracts* para avaliar se um inadimplemento caracteriza *material failure*, encontram-se aqueles já acima indicados, apontados pela jurisprudência: se há benefício para o credor, se o credor pode ser razoavelmente indenizado, se há possibilidade de correção do cumprimento defeituoso, se o devedor descumpriu de boa-fé[431].

Com relação aos efeitos do adimplemento considerado substancial, o direito norte-americano não atribui a ela um poder liberatório absoluto, mas sim relativo. O adimplemento substancial permite a preservação do contrato e, consequentemente a exigibilidades das prestações contrapostas (*i.e.* o construtor que adimpliu substancialmente, pode cobrar o valor acordado pela obra), garantindo-se ao credor tanto a execução específica da parte inadimplida[432] (*i.e.* que repare o inadimplemento, e atinja o adimplemento completo, se ainda possível), quanto o abatimento dos prejuízos sofridos[433] (*i.e.* a redução do valor contratualmente devido, nos autos da própria ação de cobrança proposta pelo devedor), como, ainda, a preservação do direito a justa indenização[434],

---

(Colo. 1968)).

431 "*I would adopt the definition of material breach recommended by the Restatement of the Law 2d, Contracts (1981) 237, Section 241 (...). In the case at bar, the application of those considerations compels the conclusion that the breach at issue was not material*" (*Joseph Freed, Inc. v. Cassinelli Apparel*, 23 Ohio St. 3d 94, 97-98 (Ohio 1986)).

432 "*A completely different way to prevent defeat of the owner or buyer's purpose is cure which gives the contractor or seller another chance to perform substantially. Cure also fits in with helping to prevent the forfeiture of the contractor's bargain. Cure gives a contractor a second chance to perform according to the contract. If, however, defective performance is not cured to the level of substantial performance, the injured party is discharged. The provision for cure furthers the policy of continuing the contract in effect while there is still hope of performance. Thus, courts disfavors forfeiture of expectations and of the value already, if imperfectly, conferred*" (CAULIFF, Catherine M. A. Mc. Corbin on contracts, op. cit., p. 349-350).

433 "*In case of building contracts this court has long applied the rule of substantial performance. In Aldrich v. Wilmarth, 3 S.D. 523, 54 N.W. 811, 813, it is written: 'But where the builders have in good faith intended to and have substantially complied with their contract, although there may be slight defects caused by inadvertence or unintentional omissions, they may recover the contract price, less the damages sustained on account of such defects.' Other cases recognizing this rule are Hulst v. Benevolent Hall Ass'n, 9 S.D. 144, 68 N.W. 200; Burgi v. Rudgers, 20 S.D. 646, 108 N.W. 253; Symms-Power Co. v. Kennedy, 33 S.D. 355, 146 N.W. 570. 'It is now the general rule in the American courts that a contractor who has rendered `substantial performance' of the promised equivalent of the contract price can get judgment for that price, with a deduction for minor defects and nonperformance." Corbin on Contracts, § 701. See also 9 Am.Jur., Building and Construction Contracts, § 40; 17 C.J.S. Contracts § 509. This we think a wholesome rule, because as a practical matter literal performance in these things is often practically impossible, and it is especially so in a case such as this where, because of friendship, many of the details of construction apparently were not thought a matter of concern when the contract was entered into. Where the doctrine is applicable recovery is on the contract and not on quantum meruit*" (*Dixon v. Nelson*, 79 S.D. 44 (S.D. 1961)).

434 Assim julgou a corte de apelação texana: "*The jury found that defendant had substantially complied with his contract but that in order for him to literally comply therewith it would take an additional sum of $1,500. The plaintiff is entitled to a strict compliance on the part of defendant, with the contract. The contract price was $20,150. $1,500 will bring the contract into strict compliance. This was some 93% compliance or lacked some 7% of being a strict compliance. We think 93% amounts to substantial compliance and that under the facts herein no conflict exists between the two jury findings. Further,*

mediante ação futura independente (*i.e.* o credor lesado poderá buscar o judiciário após pagar o valor contratualmente acordado, buscando à indenização pelos prejuízos sofridos e pelas despesas incorridas com a complementação do adimplemento parcial do qual foi vítima).

2.2.2. Sistemas jurídicos romano-germânicos

Embora a origem da teoria do adimplemento substancial seja, sem dúvida, anglo-saxônica, há, nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica bons exemplos de sua aplicação – ou, como queira, de relativização do inadimplemento enquanto fundamento de resolução contratual. Não é objetivo deste trabalho examinar todos os exemplos disponíveis no direito alienígena. Contudo, como nos propomos a investigar os critérios para aplicação da referida teoria no direito brasileiro (direito esse, evidentemente, de origem romano-germânica) parece-nos adequado apresentar ao menos três exemplos interessantes, que, já há algum tempo, transpuseram a barreira jurisprudencial[435] e positivaram (em alguma medida) a teoria do adimplemento substancial: os exemplos italiano, alemão e português[436].

2.2.2.1.Direito italiano

O direito italiano parece ser aquele que mais clara e objetivamente recepcionou os preceitos da teoria do adimplemento substancial, mediante positivação no artigo 1.455 do *Codice Civile Italiano,* que assim dispõe sobre a *importanza dell'inadempimento*: "*Il*

---

under the court's definition of substantial compliance, substantial compliance existed unless there was a willful departure from the contract, and major omissions. Here again, we think that since $1,500 will bring about a strict and literal compliance with the contract, that the omissions were not major, and that the findings are not in conflict" (*Loggins v. Gates*, 301 S.W.2d 525 (Tex. App. 1957)).

[435] Conforme explica Jean Carbonnier, o direito francês, embora contemple, no plano legal, regra absoluta de inadimplemento, já há muito considera, pela atividade jurisprudencial, a importância do inadimplemento, como elemento fundamental para a resolução contratual (CARBONNIER, Jean. *Droit civil.* Paris: Presses Universitaires de France, 2004, t. 2, p. 2188). Recentemente, por meio da já mencionada reforma do sistema francês de resolução por inadimplemento, levada a cabo pela *Ordonnance* n° 2016-131, de 10/2/2016, introduziu-se no sistema o artigo 1224, com a seguinte redação: "*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*". A gravidade do inadimplemento, portanto, foi recentemente introduzida no Código Civil Francês. Como se trata de fato extremamente novo, ainda sujeito à repercussão doutrinária e, especialmente, jurisprudencial, opta-se por se focar nos outros ordenamentos, com maior tempo de exposição ao tema.

[436] Eduardo Luiz Bussatta, por exemplo, aponta outros exemplos, como o direito espanhol e o direito argentino (BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos..., op. cit., p. 46-48).

contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

A doutrina italiana, contudo, parece não associar a gênese do referido dispositivo à teoria de origem anglo-saxônica. De acordo com a doutrina local, a inspiração italiana teria sido a majoritariamente a evolução da boa-fé no direito europeu, e sua operação no sentido de corrigir situações de possível injustiça[437].

Conforme explica, com riqueza de detalhes, Luca Sitzia[438], o legislador italiano responsável pelo revogado Código Civil Italiano de 1.865 inspirou-se no artigo 1.184 do Código Civil Napoleônico no tocante à disciplina das consequências do inadimplemento contratual. Assim, em caso de inadimplemento, a parte lesada poderia recorrer ao judiciário para ver resolvido o vínculo contratual, artifício esse que, por si só, já servia ao propósito de coibir a resolução contratual por motivo de menor importância[439].

No entanto, não havia no Código Civil de 1.865 disposição que, diretamente, flexibilizasse a noção do adimplemento e limitasse o direito do lesado de, diante de qualquer grau de descumprimento, buscar a acolhida do Judiciário. Bem por isso, a doutrina italiana, especialmente no começo do século XX, já apontava para os riscos do mau uso da resolução contratual, como verdadeira arma para liberação de contratos indesejados, razão pela qual o artigo 1.165 do Código Civil de 1.865, segundo a doutrina, deveria ser interpretado à luz da boa-fé, servindo o controle judicial como instrumento para impedir a resolução contratual por motivo banal[440].

Diante da ausência de dispositivo legal expresso, contudo, "*l'esercizio di tale potere, infatti, pareva rimesso ad una valutazione ampiamente discrezionale del magistrato*"[441], o que implicava alto grau de insegurança jurídica (casos semelhantes sujeitavam-se a desfechos diametralmente opostos, uns muito mais rígidos que outros). Como resultado desse ambiente de insegurança jurídica, os legisladores italianos adotaram,

---

[437] SPALLAROSSA, Maria Rosa. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, n. 5, 1972, p. 453-454.

[438] Para maiores detalhes sobre a evolução legislativa que culminou na edição do artigo 1.455 do Código Civil Italiano, recomenda-se a leitura do seguinte artigo: SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento. *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, UTET Giuridica, agg. X, p. 301-335, 2016.

[439] "*Contrariamente a quanto l'espresso richiamo all'istituto della condizione potrebbe far ritenere, l'articolo conclude affermando all'ultimo comma che «la resolution doit être demandée en justice». È ragionevole ipotizzare che l'accoglimento del sistema giudiziale fosse ritenuto dai codificatori come unico strumento idoneo ad evitare, in modo confacente agli interessi di ambo le parti, lo scioglimento automatico del contratto: il creditore, qualora lo avesse ritenuto conveniente, avrebbe potuto mantenere in vita il rapporto e la controparte avrebbe evitato la risoluzione a fronte di inesecuzioni o manchevolezze di trascurabile entità*" (SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 302).

[440] VIVANTE, Cesare. La risoluzione della vendita commerciale e il termine essenziale. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, v. 17, 1919, p. 646.

[441] SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 303.

gradualmente, medidas para a positivação de regras que flexibilizassem a noção do adimplemento.

O primeiro passo desse processo foi o artigo 47 do Projeto do Código Franco-Italiano das Obrigações, de 1.927[442], que previu, pela primeira vez, a possibilidade de o juiz negar a resolução do contrato em caso de inadimplemento considerado de "pouca importância" relativamente ao todo contratado[443]. E, como ensina Enzo Roppo, embora o Código Franco-Italiano das Obrigações jamais tenha entrado em vigor, seu conteúdo "foi em grande parte transferido para o código italiano de 1.942"[444], de modo que a primeira referência legitimamente italiana à regra da importância do inadimplemento pode ser observada no *Projeto Ministerial do Codice Civile de 1942*.

O artigo 225 do Projeto de Código Civil de 1942, seguindo o Projeto do Código Franco-Italiano das Obrigações, manteve, inicialmente, a proposta de se atribuir ao juiz o poder de vetar a resolução contratual em razão de inadimplemento de pouca importância, mas incluiu a condição de que tanto se daria, desde que resguardado o interesse da parte lesada (ou seja, desde que, a despeito do inadimplemento, ainda se justificasse o interesse da vítima pela continuidade do contrato)[445]. No entanto, chamada a opinar sobre o projeto, a comissão competente da Assembleia Legislativa italiana entendeu que o texto constante do artigo 225 seria inadequado e, propondo sua completa revisão, sugeriu o condicionamento do direito de resolução à "inadempienza sostanziale"[446] da obrigação.

Note-se que, ainda que não seja reconhecida amplamente pela doutrina italiana, a influência da noção de adimplemento substancial parece presente nesse processo evolutivo

---

[442] Explica J. M. Leoni Lopes de Oliveira: "A respeito da tentativa de um Código Internacional das Obrigações, temos o projeto franco-italiano, de 1928 (sic), de lavra de Sorbona, sob a direção de Scialoja. Nesse projeto se pretendia a unificação das obrigações civis e comerciais para a França e Itália. Tal projeto não vingou em face dos acontecimentos políticos posteriores. Outra tentativa surgiu em 1938, agora unindo a Alemanha e a Itália, também frustrada" (OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil*. Obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 28).

[443] SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 303.

[444] Enzo Roppo explica que o direito das obrigações de França e Itália estiveram desde há muito conectados: o Código Napoleônico serviu de clara influência ao Código Italiano de 1.865 e, em 1927, França e Itália buscaram a unificação do direito obrigacional de seus países: "O direito italiano e a ciência jurídica italiana em matéria de contrato sofreram, de modo vário, a influência de ambas as correntes a que se fez referência no parágrafo precedente. A experiência francesa influenciou a nossa através do código napoleónico, cuja disciplina foi substancialmente reproduzida no nosso código de 1865, e através das obras dos comentadores daquele corpo legislativo, que constituíram para os civilistas italianos o modelo prevalente no decurso de todo o século passado; prova desta inspiração comum dos dois países de 'direito latino', foi a redacção, em 1927, de um *Projecto franco-italiano das obrigações e dos contratos*, que deveria unificar a disciplina vigente em cada um deles para aquela matéria, e cujo conteúdo – na falta de sua entrada formal em vigor – foi, em grande parte, transferido para o código italiano de 1942" (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 52-53).

[445] SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 303.

[446] Ibidem.

(ou seria mera coincidência que, em meados de 1940 – quando a *doctrine of substantial performance* encontrava seu ápice nos direitos inglês e norte-americano –, o legislador italiano sugeriria a adoção, em seu novo código civil, do conceito de "*inadempienza sostanziale*"?).

Fato é que a expressão abraçada pelo direito positivo italiano foi outra: "*inadempimento de scarsa importanza*", incluída no texto do artigo 1.455, por sugestão do jurista Arturo Dalmartello para regular a resolução dos contratos em geral[447].

A evolução legislativa ocorrida na Itália sugere, de forma bastante contundente, que o fundamento do requisito da "escassa importância" é a boa-fé. Como explica Enzo Roppo:

> O juiz é chamado, em suma, a operar uma avaliação segundo a boa-fé da complexiva economia do negócio e das legítimas expectativas das partes, fundadas sobre aquela, de modo a rejeitar as pretensões com ela incongruentes, e, nesse sentido, contrastantes com o princípio da correção que domina, também, a matéria da execução do contrato (cfr. O art. 1375.º Cód. Civ.)[448].

Utilizando a boa-fé como fundamento, o artigo 1.455 do Código Civil italiano visa delinear uma regra geral de *correttezza*, garantindo segurança jurídica às relações obrigacionais (o que, notadamente em países de *civil law* não se consegue atingir satisfatoriamente mediante atividade jurisprudencial), bem como evitando-se o "absurdo e injusto"[449] de que contratos sejam desfeitos por insignificâncias ou por motivos escusos[450],

---

[447] Como indica Sitzia, situações particulares, sujeitas a hipóteses especificas de cumprimento, foram tratadas por dispositivos igualmente específicos: "*Accanto all'art. 1455 c.c. il legislatore ha dettato alcune disposizioni precise volte ad ammettere la risoluzione di particolari contratti a fronte di inesecuzioni la cui importanza costituisce oggetto di una predeterminazione legale: è quanto accade, ad esempio, con riguardo alla vendita con riserva di proprietà, alla somministrazione, all'appalto, alla locazione (artt. 1525, 1564, 1668 c.c.; art. 5, l. 27-7-1978, n. 392). Nel caso di vendita al consumatore di cosa difettosa, l'art. 130, ult. co., c. consumo esclude la risoluzione se il difetto di conformità è di lieve entità e per esso non è possibile o eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione*" (SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 303).

[448] ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 266.

[449] Ibidem.

[450] Pietro Trimarchi exemplifica de forma extremamente clara o que seria um motivo escuso para a resolução contratual: "*La risolubilità del contratto si può anche prestare, talvolta, a manovre distorsive. Si consideri, per esempio, l'ipotesi che la merce venduta sia stata consegnata con un lieve ritardo, o che presenti difetti facilmente riparabili o difformità di scarsa importanza per l'acquirente. Se, nell'intervallo di tempo fra la stipulazione del contratto e la sua esecuzione, la quotazione di mercato è crollata, o sono sopravvenute ragioni particolari che rendono il contratto non più conveniente per il compratore, questi potrebbe sentirsi indotto a chiedere la risoluzione del contratto, adducendo pretestuosamente l'inesattezza dell'adempimento. Se la risoluzione fosse concessa, l'esito sarebbe inefficiente, perché metterebbe nel nulla la convenuta ripartizione dei rischi in base a un pretesto estrinseco, che non ha nulla a che fare con la razionalità e l'efficienza di quella ripartizione*" (TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 66-67)

levando a situações injustificáveis tanto do ponto de vista da justiça quanto da economia contratual[451]. É nesse sentido que parte da doutrina italiana, da qual é exemplo Giuseppina Pisciotta, classifica o referido artigo 1.455 como "*la norma fondamentale della disciplina della risoluzione*"[452] no direito italiano.

A interpretação do escopo e da abrangência do que seria "escassa importância", bem como da forma de aferição do "interesse da vítima", não são, historicamente, questões pacíficas na doutrina e na jurisprudência italianas[453], muito embora a evolução no tratamento da matéria já tenha sido capaz de conferir parâmetros relativamente robustos para tais avaliações. Acerca do referido dispositivo há, portanto, basicamente duas importantes discussões: a primeira, diz respeito à *gravidade do inadimplemento*; a segunda, refere-se ao critério para aferição do *interesse violado*, se objetivo ou subjetivo.

No que diz respeito à *gravidade do inadimplemento*, a doutrina discute se estaria sujeito à resolução contratual qualquer *inadimplemento que não seja considerado leve* ou, por outro lado, se apenas estaria sujeito à resolução o *inadimplemento considerado grave*. E nesse aspecto, embora o teor literal do artigo 1.455 do Código Civil Italiano opte por uma abordagem negativa, e declare que *não será motivo para resolução o inadimplemento de "escassa importância"* (o que poderia ser lido, por uma interpretação literal, como qualquer inadimplemento que não fosse suficientemente leve ou insignificante[454]), a doutrina e a jurisprudência majoritária têm interpretado o referido dispositivo positivamente, no sentido de que *apenas inadimplementos suficientemente graves* seriam capazes de justificar a resolução contratual[455]. A respeito da jurisprudência, vale, ainda,

---

[451] Nesse sentido, as palavras de Luca Sitzia, sintetizando o senso comum da doutrina italiana, são esclarecedoras: "*La ratio dell'art. 1455 c.c. appare comunemente riconosciuta nell'esigenza di evitare che il rimedio ablativo dia luogo ad inefficienze e distorsioni. Si pensi all'ipotesi in cui per preparare o eseguire il contratto siano stati compiuti investimenti non recuperabili, o la lesione patita dal contraente insoddisfatto sia agevolmente riparabile e lo scioglimento del rapporto comporti viceversa costi importanti per la controparte. Manovre distorsive, inoltre, potrebbero aver luogo se una inesecuzione di poco conto potesse essere addotta a pretesto per mettere nel nulla un'operazione ritenuta non più conveniente*" (SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 304).

[452] PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 54.

[453] SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. *Giustizia Civile: Rivista Mensile di Giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, v. 35, n. 10, out. 1985, p. 500-501.

[454] AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 416.

[455] É o que diz o julgado da Corte de Cassação Italiana, de 1987: "*L'art. 1455 nel disporre che «il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra» enuncia una regola, alla quale il giudice deve attenersi quando sia adito con l'azione di risoluzione. Orbene dal collegamento logico tra le due citate disposizioni emerge che: 1) l'inadempimento di un contraente de termina il sorgere di un diritto alla risoluzione in capo all'altro contraente, solo se avente il requisito della gravità (secondo la costante concorde opinione giurisprudenziale la nozione di «non scarsa importanza» è equivalente a quella di «gravità»); (...) 4) in definitiva il diritto potestativo di risoluzione sorge nel momento in cui l'inadempimento si verifica (se ha il requisito della gravità) o nel momento in cui assume siffatta caratteristica a cagione del la sua*

mencionar que se tem reconhecido como inadimplemento grave, não apenas aquele que atinge a prestação principal, mas também acessórios, incluindo deveres laterais da boa-fé[456].

No tocante ao *critério para aferição do interesse violado*, parte da doutrina e da jurisprudência aponta para uma *avaliação objetiva*, em abstrato, com foco nos interesses objetivos das partes envolvidas, na causa do contrato[457], e no "*riflesso negativo dell'inadempimento nel quadro dell'economia complessiva del contrato*"[458]. Para os defensores da vertente objetivista, a resolução de um contrato só seria justificável se decorrente de descumprimento relevante, que "prejudique, de modo objectivamente considerável"[459], o interesse da vítima. Para a aferição dos interesses objetivos em jogo, defende-se que o juiz deve buscar identificar, abstratamente, o objeto e a razão de ser da relação contratual celebrada entre as partes e, diante disso, sopesar se a prestação inadimplida seria suficiente para inviabilizar tal relação[460].

Tradicionalmente, outra parte da doutrina aponta para o sentido contrário e defende uma *avaliação subjetiva*, em concreto, voltada à identificação dos interesses subjetivos da vítima do inadimplemento[461]. Sugere-se que, em função do trecho final do artigo 1.455, seria dever do juiz avaliar o prejuízo efetivamente sofrido pela vítima do inadimplemento, bem como se houve quebra do equilíbrio sinalagmático e se, persistindo utilidade para a vítima, mantém-se seu interesse concreto na manutenção do contrato[462].

Até o final do século XX, parece correto afirmar existir predomínio da corrente *objetivista*, tanto na doutrina como na jurisprudência[463]. Contudo, nos últimos anos, tem

---

persistenza (ad es. nell'ipotesi di ritardo) ma spetta al giudice valutare (con i criteri indicati nell'art. 1455) la sussistenza del predetto requisito quale premessa logica e necessaria della pronuncia costitutiva" (*Cass., 31-7-1987, n. 6643*. *Il Foro Italiano*, v. 111, Parte Prima: Giurisprudenza Costituzionale e Civile, p. 138-143, 1988).

456 *Cass., 29-5-2006, n. 12801*.

457 "*In buona sostanza quando gli autori, per spiegare il fondamento della risoluzione per inadempimento, hanno fatto riferimento ad una anomalia funzionale dei contratto, o ad una mancata attuazione degli effetti qualificanti dei contratto, o ancora ad una alterazione del sinallagma funzionale, ovvero ad un difetto della causa funzionale, hanno posto l'accento sull'aspetto della mancata attuazione dello scambio, inteso non più come causa nel significato dell'art. 1325 c.c.: la causa viene infatti cosi riferita al momento esecutivo. E su questo concetto di causa in tesa in senso funzionale che intervengono i c.d. rimedi sinallagmatici a tutela della corrispettività. Ciò che emerge e, dunque, che la risoluzione e collegata alla tutela della interdipendenza delle attribuzioni corrispettive nella fase di esecuzione del contratto*" (PISCIOTTA, Giuseppina. La risoluzione per inadempimento, op. cit., p. 15).

458 SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 305.

459 ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 266.

460 AMADIO, Giuseppe. Inattuazione e risoluzione: la fattispecie. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato del contratto*. Rimedi. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, v. 5, p. 126.

461 SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 505.

462 AMADIO, Giuseppe. Inattuazione e risoluzione, op. cit., p. 124.

463 "*Abbiamo visto, quindi, come la dottrina quasi unanime, è orientata sull'affermazione che, ai fini della*

ganhado força uma posição dita *intermediária*[464], que leva em consideração uma *abordagem prioritariamente objetivista*, porém qualificada por *incursões subjetivistas*[465]. De acordo com essa abordagem, seria ineficaz e ilusória – quiçá injusta - uma avaliação estritamente objetiva dos efeitos do inadimplemento na economia contratual. Uma avaliação justa deveria, necessariamente, considerar os prejuízos efetivamente sofridos pela parte não inadimplente, além de perquirir se, diante do inadimplemento, o contrato continua a apresentar utilidade concreta à vítima, havendo interesse real em sua manutenção. Evidentemente, tal *incursão subjetivista* não deve ser larga o bastante para permitir que meros caprichos sejam considerados interesses legítimos para fundamentar a resolução contratual. Essa *corrente intermediária* é a que, atualmente, prevalece na Corte de Cassação italiana[466].

Os critérios de aferição do *interesse relevante*, segundo essa corrente intermediária, são, portanto, dos mais variados. Podem ser utilizados pelo juiz (a) a

---

risoluzione dei contratto a prestazioni corrispettive, sia necessario valutare anche 'l'entità dell'inadempimento considerata oggettivamente, ossia in vista delle sue ripercussioni sull'equilibrio delle prestazioni', e non con riguardo ad una valutazione soggettiva che il contraente può fare dei suo interesse" (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 501).

464 Como bem explica Mateo Dellacasa: "*Come è noto, secondo la ricostruzione più accreditata nell'applicazione dell'art. 1455 c.c. trovano una loro integrazione criteri di giudizio oggettivi e soggettivi: l'interprete deve valutare tanto l'entità obiettiva dell'inadempimento, quanto il modo in cui esso lede l'interesse del creditore. Per essere «di non scarsa importanza», l'inadempimento deve compromettere l'attuazione del programma contrattuale (profilo oggettivo), pregiudicando gravemente l'interesse del creditore alla realizzazione dello scambio (profilo soggettivo)*" (DELLACASA, Mateo. Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto de vista sulla giurisprudenza. *Danno e responsabilità*, n. 3, 2008, p. 266).

465 "*Nella pratica è oramai costante l'impiego cumulativo di entrambi i criteri (66), i quali interagiscono subendo integrazioni ed adattamenti alla luce delle peculiarità dello specifico inadempimento. L'affermazione della necessità di aver riguardo agli aspetti economici dei rapporti fra le parti si affianca al rilievo assegnato all'interesse della parte non inadempiente*" (SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p, 306).

466 É o que afirma, textualmente, a Corte em decisão proferida 2008: "*In passato, la dottrina si è divisa tra un'interpretazione oggettiva ed una soggettiva: la prima riteneva rilevante e risolutivo il solo profilo funzionale del contratto, e la verifica circa i relativi economia ed equilibrio contrattuale interno; la seconda, contrariamente, focalizzava tutta l'attenzione sulle specifiche finalità predisposte dalle parti e sull'interesse delle stesse ad un particolare regolamento contrattuale, magari non grave in un'ottica oggettiva, ma sicuramente determinante in chiave soggettiva.*
La giurisprudenza, dal canto suo, ha preferito optare per una soluzione di sintesi tra le opposte posizioni dottrinali (e la sentenza in rassegna ne è una conferma): la valutazione sulla gravità dell'inadempimento richiede l'operare di un duplice criterio, oggettivo e soggettivo al tempo stesso. Oggettivo, attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale; soggettivo, avuto riguardo al comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possa, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità, nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata" (*Cass., 18-2-2008, n. 3954*).

"experiência de análogas relações ocorridas no passado"[467], visando à identificação do padrão de comportamento estabelecido entre as partes, (b) os investimentos já realizados pelas partes em razão do contrato[468], (c) a possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes do inadimplemento[469], (d) tratando-se de atraso, se o tempo é da essência do contrato, de modo que o atraso representa dano elevado à parte não inadimplente[470], (e) se o pleito resolutório funda-se em inadimplemento contratual, mas é, na realidade, pretexto liberatório de um contrato indesejado[471], (f) se o inadimplemento foi ou não intencional[472], (g) se, a despeito do inadimplemento, mantém-se a utilidade da prestação para o credor[473].

Qualquer que seja o critério utilizado, reconhecida a "escassa importância" do inadimplemento, opta o Código Civil Italiano por um "*criterio de efficienza*", admitindo-se, nas palavras de Pietro Trimarchi, que à vítima "*sia concessa solo l'azione per l'adempimento e il risarcimento del danno, e non per la risoluzione del contrato*"[474].

A aplicação da "escassa importância" às cláusulas resolutivas expressas é alvo de debate – e alguma controvérsia[475]. Contudo, notadamente em função da regra constante do artigo 1.456 do Código Civil Italiano[476], doutrina e jurisprudência majoritária têm apontado no sentido de que não se aplicaria a "escassa importância" às cláusulas resolutivas expressas[477] (por se tratarem de cláusulas que têm por propósito refletir o

---

467 ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 266.

468 TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 66.

469 Ibidem.

470 Ibidem, p. 67.

471 Ibidem.

472 Ibidem, p. 68.

473 Como se tratará no capítulo final deste trabalho, a utilidade, de fato, é talvez o critério mais amplamente aceito para se buscar uma certa objetivação dos critérios para mensuração da importância do inadimplemento: "*Da tali norme si deduce, che il criterio più adeguato per misurare la gravità dell'inadempimento, è quello che tiene conto della utilità della prestazione per la controparte, nel senso che la prestazione parziale o tardiva non presenta per questa alcuna utilità. Nell'applicazione di tale criterio si deve anche considerare che l'utilità della prestazione parziale o tardiva deve essere valutata considerando la prestazione non isolatamente, ma in rapporto con la controprestazione dovuta dalla parte insoddisfatta*" (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 508).

474 TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 66.

475 Duas autoras discorrem, com profundidade, sobre esse debate: Giuseppina Pisciotta (op. cit., p. 223 e ss) e Pamela Schimperna (op. cit., p. 509-511).

476 *Art. 1456 - Clausola risolutiva espressa - I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva*.

477 "*Il giudice dispone dunque di un certo potere di valutazione per quanto riguarda l'importanza dell'inadempimento. Se le parti ne vogliono limitare l'ambito, possono inserir nel contratto una clausola che ne disponga la risoluzione nel caso che una determinata obbligazione – o talune obbligazioni, purché sempre specificamente indicate – non venga adempiuta affatto, o non venga eseguita rispettando le modalità stabilite (clausola risolutiva espressa). Con riferimento a questi specifici inadempimenti, la clausola sottrae al giudice il potere di negare la risoluzione ove non li ritenga sufficientemente gravi: la valutazione giudiziale dell'obiettiva gravità dell'inadempimento è superata dalla preventiva valutazione*

interesse concreto das partes e, com isso, "limitam o âmbito da avaliação discricionária de que o juiz dispõe"[478]), bem como a contratos sujeitos a legislação específica, que imponha critério igualmente específico para o adimplemento (como é o caso da legislação consumerista, que admite o conserto de produtos com vício e/ou defeito em prazo razoável, contratos de compra e venda mercantil, contratos de locação etc.[479]).

2.2.2.2.Direito alemão

No direito alemão, a flexibilização da noção de adimplemento é observada desde o início da vigência do BGB, em 1900. Até 2002, no entanto, o Código Civil Alemão não trazia regra específica nesse sentido, de modo que a flexibilização do adimplemento se dava por meio a interpretação sistemática dos §§226[480], 242[481], 266[482] e 361[483].

O §266 do BGB, consagrando o princípio da integralidade da prestação, conferia ao credor o direito de recusar o cumprimento parcial das obrigações pelo devedor. Mais especificamente com relação aos contratos sinalagmáticos, com previsão de prazo específico para a entrega, o §361 do BGB previa que, descumprida a obrigação no prazo assinalado, o credor estaria autorizado a dar o contrato por resolvido. Contudo, tal direito não poderia ser exercido de maneira abusiva (§226) e em contrariedade à boa-fé (§242), de modo que descumprimentos mínimos por parte do devedor, não seriam suficientes a ensejar a resolução do contrato por inadimplemento contratual. A lição de Larenz, em seu curso de direito das obrigações, publicado originalmente em 1952, merece transcrição:

> *El acreedor no adquiere los derechos que lo son concedidos por la ley o el contrato en tanto no se den los presupuestos previstos según la letra y el sentido de la correspondiente disposición legal o contractual. Así, no debe rechazar una prestación que le sea ofrecida no en su totalidad, como dispone em §266, pero en que solamente falta una parte pequeña en relación con el todo, y sin que haya interés alguno objetivamente*

---

che ne hanno fatto le parti, riconoscendolo senz'altro adeguato a giustificare la risoluzione" (TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 69).

478 ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 267.

479 Cf. TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 68.

480 *Section 226 - Prohibition of chicanery - The exercise of a right is not permitted if its only possible purpose consists in causing damage to another.*

481 *Section 242 - Performance in good faith - An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.*

482 *Section 266 - Part performance - The obligor is not entitled to render part performance.*

483 *Section 361. Rescission in event of exactly specified transaction - If it is agreed in a mutual contract that the performance due from one of the parties is to be made exactly at a fixed time or within a fixed period, it is to be inferred, in case of doubt, that the other party shall be entitled to rescind if the performance is not made at the fixed time or within the fixed period.*

> *fundado que se oponga a la aceptación de la parte (mayor) ofrecida. Una transgresión insignificante del plazo de entrega fijado en el contracto, incluso en los supuestos de contratos sinalagmáticos "puros", no es suficiente para dar lugar al derecho de resolución previsto en el §361, ya que entonces "el retraso se muestra tan accidental en consideración as interés del facultado para exigir a observancia del plazo, que si bien sería justo atenerse a la literalidad del contrato, ello sería incompatible con la apreciación, según criterio equitativo y conforme a las exigencias de la buena fe, de la conducta encaminada al cumplimiento*[484].

A rigor, portanto, o sistema normativo criado pelo BGB, em 1900, já seria suficiente para regular a hipótese do adimplemento substancial, haja vista a interpretação conjunta das hipóteses de resolução com a cláusula geral de boa-fé, prevista no §242. Contudo, como explica Harm Peter Westermann, o legislador alemão optou por eliminar o "perigo [que] reside na imprevisibilidade de uma aplicação do Direito orientada meramente para a equidade"[485]. E o fez por meio da revogação do §361 e da edição dos §§320(2)[486] e 323(5)[487], em meio a uma reforma radical do BGB, que - a pretexto de

---

[484] LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 150.

[485] E continua Westermann, em seu comentário sobre o amplo espectro de aplicação do §242 do BGB: "Para lhe fazer frente e achar um caminho intermediário entre o atendimento dos juízos de valor do legislador e as necessidades de cada caso, servem as diversas 'concretizações' isoladas no princípio, que são superiores ao princípio geral por uma formulação mais rigorosa. Nós as encontraremos sempre de novo no curso dessa exposição. Uma objetivação do pensamento da equidade, a serviço da segurança do direito, ademais, consiste nisso de que a lei não tem em mira simplesmente a apreciação subjetiva do caso singular pelo juiz, mas erige em critério normativo as ideias de justiça de círculos amplos, em dados casos, também as concepções peculiares de determinados grupos (comerciantes, profissionais liberais), aos quais pertençam as respectivas partes contratuais" (WESTERMANN, Harm Peter. *Curso de Direito Civil Alemão*. Direito das Obrigações. Parte Geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 45.)

[486] *Section 320 - Defence of unperformed contract*
(1) A person who is a party to a reciprocal contract may refuse his part of the performance until the other party renders consideration, unless he is obliged to perform in advance. If performance is to be made to more than one person, an individual person may be refused the part performance due to him until the complete consideration has been rendered. The provision of section 273 (3) does not apply.
(2) If one party has performed in part, consideration may not be refused to the extent that refusal, in the circumstances, in particular because the part in arrears is relatively trivial, would be bad faith.

[487] *Section 323 - Revocation for nonperformance or for performance not in conformity with the contract*)*
(1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure.
(2) The specification of a period of time can be dispensed with if
1. the obligor seriously and definitively refuses performance,
2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or
3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.
(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead.
(4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements

modernizar o direito obrigacional alemão, adequá-lo à Diretiva 1999/44/CE (que dispôs sobre direitos do consumidor) e prepará-lo para a eventual unificação do direito privado europeu[488] - promoveu a alteração de mais de 300 artigos que dispunham sobre prescrição, inadimplemento contratual, contratos de compra e venda e de trabalho, além de incorporar ao Código normas de direito do consumidor.

Os §§320(2) e 323(5)[489] inseridos no BGB pela reforma de 2002 consolidam a ideia de que pequenos desvios no adimplemento, que não desnaturem sua essência e não impactem o interesse do credor na prestação, são insuficientes a justificar a resolução do contrato. O §320(2) prevê, expressamente, que uma obrigação cumprida parcialmente não pode ser recusada pelo credor, se a parte descumprida for muito pequena, "insignificante". A expressão é repetida pelo §323(5), que acrescenta que o credor só poderá repelir o adimplemento parcial se não tiver qualquer interesse nele, o que se presume não ocorrer no caso de inadimplemento insignificante[490].

Ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior que a doutrina e a jurisprudência alemãs têm interpretado os §§320(2) e 323(5) do BGB, segundo quatro premissas: (a) perda relativa do interesse do credor, (b) relevância dos deveres laterais da boa-fé, (c) causalidade entre ação do devedor e perda do interesse, e (d) desnaturação do fim do contrato.

---

for revocation will be met.
(5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.
(6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance.
(*) Official note: This provision also serves in part to implement Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (OJ L 171, p. 12).

488 LOWISCH, Manfred. New Law of Obligations in Germany. *Ritsumeikan Law Review*, n. 20, p. 141-156, 2003, p. 141-142.

489 Note-se que o trecho final do §323(5) deixa clara a intenção do legislador alemão de adesão à Diretiva 1999/44/CE. Isso porque, diz o artigo 3º, item 6, da referida normativa, que "o consumidor não tem direito à rescisão do contrato se a falta de conformidade for insignificante". Nesse sentido, pare claro que os §§320(2) e 323(5) do BGB tiverem por objetivo introduzir no sistema obrigacional alemão, agora expressamente, a noção de "insignificância". É nesse sentido o comentário de Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath e Angus Johnston: "*It is interesting to observe that the ECJ will also have something to contribute in this respect. For Article 3(6) of Directive 1999/44/EC entrusts the court with the task of defining a 'European' threshold for the right of termination ('minor breaches' do not entail a right of termination). It was the intention of the legislator, so far as it can be discerned from the preparatory works, that the Directive's approach to the question of the 'seriousness' of the breach was also adopted in § 323 V 2 BGB*" (MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract*. A Comparative Treatise. 2. ed. Oregon: Hart Publishing, 2006, p. 427-428).

490 "*If the breach committed by the guilty party concerns nonconformity of performance, it must be (when objectively measured) a serious one (or, in the words of the original text in § 323 V 2 BGB, it must not be unerheblich—i.e, not insignificant, negligible or slight)*" (MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. The German Law of Contract, op. cit., p. 388).

Em primeiro lugar, entende-se que a ausência de interesse não deve, necessariamente, ser absoluta, bastando que seja relativa, *i.e.* que não haja interesse na prestação no contexto do contrato celebrado entre as partes. Com isso, afirma Ruy Rosa, o legislador alemão "acentuou a via de mão dupla do contrato bilateral, de modo que deve ser apreciada não apenas a perda do credor com o inadimplemento, que pode ser pequena, mas também o custo que lhe adviria ao cumprir com sua contraprestação"[491].

Em segundo lugar, entende-se que a insignificância do inadimplemento não tem relação direta com a natureza principal ou acessória da obrigação, de modo que mesmo o descumprimento de um dever lateral, oriundo da boa-fé, pode ser considerado não-insignificante e, portanto, suficiente a justificar a resolução do contrato[492].

Em terceiro lugar, considera-se que a perda do interesse, pelo credor, deve ser decorrência direta e imediata de ações imputáveis ao devedor[493]. Com isso, busca-se associar o interesse do credor a um critério objetivo, de modo que a perda superveniente do interesse subjetivo do credor não seria suficiente para justificar a resolução do contrato. O exemplo é o do credor que, por já não ter mais interesse em receber a prestação (por exemplo, porque, em razão de oscilações do mercado financeiro, o contrato já não se mostra economicamente interessante, no momento do cumprimento), aproveita-se de mínimos desvios para denunciar o contrato, visando sua liberação. Como as oscilações do mercado não são imputáveis ao devedor – nem se relacionam diretamente com o cumprimento parcial – não seriam elas causa razoável para justificar a resolução do contrato.

Por fim, ainda com o intuito de objetivar a análise do interesse do credor, fala-se na desvirtuação do *fim do contrato*, em clara associação com a teoria da causa e a desvinculação entre o interesse subjetivo do credor e a função econômico-social do contrato. De acordo com Léontin-Jean Constantinesco, ao adotar o fim do contrato como um critério objetivo para avaliar a perda do interesse do credo na prestação, a jurisprudência alemã exclui "a possibilidade para o credor de especular em certas circunstâncias. O que ela deseja salvaguardar é o fim do contrato e não os interesses, às vezes demasiado egoístas, do credor"[494].

---

[491] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, p. 139.

[492] Ibidem.

[493] Ibidem, p. 140.

[494] E continua: "Daí que, quando o fim do contrato pode ser preservado, não permite ao credor resolver o contrato com a só finalidade de poder celebrar outro mais vantajoso, aproveitando, p. ex., uma baixa de preço". (CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *La résolution des contrats synallagmatiques en droit*

2.2.2.3.Direito português

No direito português, a recepção do adimplemento substancial se dá pela leitura integrada – e pela interpretação sistemática – de diversos dispositivos do Código Civil, notadamente dos artigos 334[495], 762[496], 763[497], 793[498], 802[499], 808[500] e 934[501]. A interpretação desses dispositivos indica que a boa-fé objetiva, enquanto cláusula geral do direito português, deve ser observada por ocasião do término da relação contratual, não podendo a resolução contratual configurar abuso de direito.

De fato, o direito português consagra, no artigo 763 (1), o *princípio da integralidade do cumprimento*, de modo que "a prestação tem de ser efectuada por inteiro e não parcialmente, excepto se a convecção das partes, a lei ou os usos sancionarem outro regime"[502]. E é exatamente nesse sentido que opera a boa-fé[503], seja por sua aplicação geral

---

allemand. Paris: Rousseau & Cie, 1940, p. 192 *Apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 140).

[495] Artigo 334 - Abuso do direito - É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

[496] Artigo 762 - Princípio geral - 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.

[497] Artigo 763 - Realização integral da prestação - 1. A prestação deve ser realizada integralmente e não por partes, excepto se outro for o regime convencionado ou imposto por lei ou pelos usos. 2. O credor tem, porém, a faculdade de exigir uma parte da prestação; a exigência dessa parte não priva o devedor da possibilidade de oferecer a prestação por inteiro.

[498] Artigo 793 - Impossibilidade parcial - 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. 2. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio.

[499] Artigo 802 - Impossibilidade parcial - 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

[500] Artigo 808 - Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento - 1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente.

[501] Artigo 934 - Falta de pagamento de uma prestação - Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.

[502] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 997.

[503] "Resulta do preceituado no n. 2 do artigo 802 do Código Civil "conjugado como está com o disposto nos artigos 762 n. 2 e 334, que o direito de resolução conhece como limite o incumprimento parcial, atendendo ao interesse do credor, apreciado através de 'critério objectivo', ser de escassa importância de tal sorte que aquela gravosa consequência, a da resolução do contrato, face aos ditames da boa fé, deixa de encontrar justificação" (Ac. STJ de 03/07/1997, SJ199707030009162, Rel. Miranda Gusmão).

(artigos 334 e 762), seja por meio de dispositivos específicos (artigos 793, 802 e 808). Como ensina Mário Júlio de Almeida Costa, "o princípio da boa-fé obstará a que seja lícito ao credor recusar o cumprimento parcial sem um motivo sério"[504].

Nesse sentido, a doutrina local sustenta que o direito português teria se inspirado no Código Civil italiano[505]. De modo semelhante ao que acontece na Itália, o código civil português contemplou hipóteses que vinculam o direito de resolução à *gravidade do descumprimento* e ao *interesse do credor*[506], optando, inclusive, por incluir no artigo 802 (2) a mesma expressão utilizada pelo Código Italiano: a "escassa importância".

A semelhança entre a "escassa importância" portuguesa e a "*scarsa importanza*" italiana, no entanto, não parecem ser tão profundas quanto largamente difundido pelos comentaristas – em especial pelos brasileiros.

De acordo com o sistema estabelecido pelo Código Civil português, há incumprimento definitivo quando: (a) "a prestação principal já não é possível"[507]; (b) "a prestação principal é possível, mas, mercê do seu retardamento, deixou de ter interesse para o credor"[508]; ou (c) "a prestação principal é possível, tem interesse para o credor mas não foi executada num prazo razoavelmente fixado pelo mesmo credor"[509]. Cada uma dessas situações é tratada por dispositivos diferentes do Código Civil português, sem contar as situações que, em razão de particularidades identificadas pelo legislador, merecem tratamento específico (como é o caso, por exemplo, da "venda de coisas defeituosas"[510], dos "defeitos da obra"[511], da "venda a prestações"[512], etc.).

---

504 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 998.

505 De acordo com José Carlos Brandão Proença, como o princípio da boa-fé submeteria a resolução contratual à "exigência de um incumprimento resolutivo suficientemente grave", os diversos ordenamentos jurídicos têm buscado critérios para se aferir a "gravidade do cumprimento do devedor", merecendo destaque, na visão do autor, a doutrina e a jurisprudência francesa e italiana. Para Brandão Proença, o direito francês, por meio da ação judicial historicamente adotada como pressuposto resolutório, teria adotado "um 'critério subjectivo', em que o art. 1184.º do 'Code Civil" é interpretado em conjugação com a vontade das partes". No direito italiano, ao revés, "a aceitação da resolução, mais como *ratio extrema*, do que como faculdade optativa" levaram a "um 'critério objectivo' de valoração da importância do incumprimento". Comparando os modelos francês e italiano, portanto, Brandão Proença chega à conclusão de que "a leitura das normas dos arts. 792.º, 2, 793.º, 2, 801.º, 2, 802.º, 2 e 808.º, 2, mostra claramente que o nosso legislador [português] importou o critério objectivo, muito embora o nosso C.C. não contenha um princípio geral de valoração da gravidade do incumprimento idêntico ao do art. 1455.º do 'Codice Civile'" (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil*. Do enquadramento e do regime. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982, p. 138-141).

506 PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 142.

507 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil. Direito das Obrigações. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017, v. 9, p. 267.

508 Ibidem.

509 Ibidem.

510 Artigos 913 e seguintes do Código Civil Português.

511 Artigos 1218 e seguintes do Código Civil Português.

512 Artigos 934 e seguintes do Código Civil Português.

Dentro desse complexo sistema, com diversos regimes de incumprimento, *a noção da "escassa importância" aparece em apenas um dispositivo*: o artigo 802 (2), que trata da *impossibilidade parcial da prestação imputável ao devedor*. Antunes Varela explica que a *impossibilidade do cumprimento*, de que tratam os artigos 801 a 803 do Código Civil português, diz respeito exclusivamente àqueles casos em que "o devedor não cumpre, tornando mesmo impossível o cumprimento da obrigação, como sucede quando, por culpa sua, pereceu ou se deteriorou por completo a coisa devida"[513]. E acrescenta, que "o regime aplicável à impossibilidade parcial, neste caso, corresponde ao fixado para a impossibilidade parcial não imputável ao devedor – com a principal diferença de nele se *obrigar o devedor a indemnizar* o credor do prejuízo causado" [514].

Ou seja: as hipóteses em que a prestação é *possível* não são reguladas pelo referido artigo 802 (2) e, portanto, a elas *não se aplica o conceito de escassa importância*. Se a obrigação, embora possível, não é cumprida no tempo previsto, trata-se de *mora* (artigos 804 e seguintes). Se a obrigação é cumprida, mas de maneira imperfeita ou parcial, Antunes Varela explica o seguinte: "se há irregularidade da prestação, mas o credor reage fundadamente à sua recepção (*recusando* a sua aceitação ou *rejeitando-a* pura e simplesmente), o cumprimento defeituoso não se distinguirá, em regra, do não cumprimento ou da mora, consoante os casos"[515]. Varela explica, então, que, se o não cumprimento for tão relevante que, de pronto, já indique a ausência de interesse do credor na prestação, estar-se-á diante de uma hipótese de não cumprimento definitivo[516]. Se, contudo, permanecer o interesse do credor, está-se diante de uma situação de mora[517].

Assim, caso, diante de um cumprimento parcial ou imperfeito, e na ausência de cláusula resolutiva expressa, o credor deseje resolver o contrato, caberá a ele: (a) recusar a prestação e, constituindo o devedor em mora, conceder a ele prazo razoável para corrigir ou complementar a prestação inicial[518]; ou (ii) pleitear, em juízo, a resolução do contrato, demonstrando, para tanto, que já não possui interesse na prestação. Como explica Menezes Cordeiro, diante de um cumprimento parcial ou imperfeito, "o todo deve ser sempre ponderado à luz da boa-fé – artigo 762.º/2 -, não sendo de afastar a possibilidade de abuso

---

513 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 112.
514 Ibidem, p. 91.
515 Ibidem, p. 128.
516 Como explica Pedro Romano Martinez, "quando o cumprimento defeituoso constitui uma violação fundamental do contrato, o credor pode resolver o negócio jurídico" (MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso.* Em especial na compra e venda e na empreitada. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2016, p. 272).
517 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 91.
518 Artigo 808 (1) do Código Civil Português.

de direito – artigo 334.º - por parte do credor que, por uma pequena falha, recuse a prestação, causando, com isso, prejuízos muito maiores ao devedor"[519],

Talvez por esse motivo, a jurisprudência lusitana, ao julgar casos em que se discute cumprimento parcial ou imperfeito, pouco se refira à "escassa importância" - ou, ao fazê-lo, não necessariamente a associe à aplicação do artigo 802 (2), ou o faz por analogia. Em geral, seguindo o raciocínio de Menezes Cordeiro, a jurisprudência avalia os casos de cumprimento parcial ou imperfeito - que não se submetam à regra do artigo 802 (2) -, sob a ótica da boa-fé e do abuso de direito, considerando, para tanto, primordialmente o *interesse do credor* na prestação.

Por sinal, o artigo 808 do Código Civil português traz regra específica acerca do *interesse do credor*, indicando que "a perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente", com o propósito de afastar "a recusa da prestação que signifique um puro arbítrio ou capricho"[520], situação que, nas palavras de Mário Júlio de Almeida Costa, representaria verdadeiro abuso de direito[521], vedado pelo artigo 334 do Código Civil lusitano.

A doutrina lusitana, contudo, reconhece a impossibilidade de total abstração do interesse particular do credor, admitindo que a definição do *interesse objetivo do credor* deve contemplar, necessariamente, uma avaliação da *utilidade subjetiva da prestação*[522]. Como bem define Mário Júlio de Almeida Costa, "a lei impõe, em síntese, uma *perda subjectiva* do interesse com *justificação objectiva*"[523]. Assim, ainda que subjetiva, a avaliação da utilidade concreta da prestação para o credor "não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração pelo comum das pessoas"[524]. Por isso, como ressalta Antunes Varela, a perda do interesse na prestação não se justifica por uma simples mudança da vontade do credor: "a perda do

---

519 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 9, p. 267.

520 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 998.

521 Conforme ensina Mário Júlio de Almeida Costa, o legislador português optou pela "concepção objectiva do abuso do direito". Por tanto, "não é preciso que o agente tenha consciência da contrariedade do seu acto à boa-fé, aos bons costumes ou ao fim económico do direito exercido. Basta que na realidade esse acto se mostre contrário. Exige-se, todavia um abuso nítido: o titular do direito deve ter excedido manifestamente esses limites impostos ao seu exercício" (Ibidem).

522 Nas palavras de Brandão Proença, "a gravidade do incumprimento resultará, *grosso modo*, da projecção do concreto inadimplemento (da sua natureza e da sua extensão) no interesse actual do credor (a nota subjectiva do objectivismo), ou seja, será 'aferido' pelas 'utilidades concretas que a prestação lhe proporciona ou proporcionaria'" (PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 142).

523 Ressalta, ainda, Almeida Costa, que "exige-se a efectiva perda do interesse do credor e não uma simples diminuição", sendo que "o caso mais frequente consistirá no desaparecimento da necessidade que a prestação se destinava a satisfazer" (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 1054).

524 Ibidem.

interesse há de ser justificada segundo o critério de razoabilidade, próprio do comum das pessoas"[525].

Esse também tem sido o critério adotado pela jurisprudência para avaliar a perda do interesse do credor. Conforme decidiu o Tribunal da Relação do Porto, "a apreciação da perda do interesse do credor, sob um ponto de vista objectivo (como fundamento concreto do direito de resolução), tem de ser feita, em face das circunstâncias do caso, segundo critérios de razoabilidade e de senso comum"[526]. Assim, conforme acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, "não pode o credor alegar como fundamento da resolução que, não tendo o devedor cumprido a obrigação na altura própria, o negócio não seria já do seu agrado, exigindo a apreciação objectiva da situação algo mais do que esse puro elemento subjectivo que é a alteração da vontade do credor, apoiada na mora da outra parte"[527,528].

É importante frisar, contudo, que, ainda que a perda do interesse seja apurada sob parâmetros relativamente objetivos, isso não implica dizer que há óbice instransponível para a resolução do contrato por descontentamentos de ordem prioritariamente pessoal[529]. Como afirma Pedro Romano Martinez, a perda objetiva do interesse do credor, "pode advir de factores vários, tais como a mudança de estação relativamente a modas ou a perda de utilidade de realização (p.ex., em negócios sazonais)"[530], incumbindo ao credor a prova de que a sua perda de interesse, ainda que de ordem eminentemente pessoal, possui razoabilidade e reflete o senso comum[531].

---

[525] ANTUNES VARELA, João de Matos. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1981. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, n. 3731, mai. 1985 / abr. 1986., p. 55.

[526] Ac. Rel. Pt. de 20/02/2006, RP200602200554796, Rel. Marques Pereira.

[527] E continua: "Com essa exigência da apreciação objectiva da perda do interesse do credor, fica, pois, o devedor defendido contra meras interpretações subjectivas deste, contra eventuais caprichos do mesmo " (Ac. STJ de 15/01/2015, 473/12.9TVLSB.L1.S1, Rel. Tavares de Paiva).

[528] No mesmo sentido: "A perda do interesse do credor é apreciada objectivamente, o que significa que o valor da prestação deve ser aferido pelo Tribunal em função das utilidades que a prestação teria para o credor, tendo em conta, a justificá-lo, 'um critério de razoabilidade própria do comum das pessoas' e a sua correspondência à 'realidade das coisas' - art. 808º-2 (cfr. PESSOA JORGE, "Ensaio sobre os Pressupostos da Resp. Civil", pp. 20, nota 3; GALVÃO TELLES, 'Obrigações', 4ª ed., 235; Ac. STJ, 21/5/98, BMJ 477º-468). Quando tal não ocorra, deve entender-se que o contrato continua a ter interesse para as partes – o interesse do credor mantém-se -, apesar da mora, e esta só pode converter-se em incumprimento definitivo se a prestação não vier a ser realizada em «prazo que razoavelmente for fixado pelo credor», sob a cominação estabelecida no preceito legal – interpelação admonitória" (Ac. STJ de 09/09/2008, SJ200809090019221, Rel. Alves Velho).

[529] Menezes Cordeiro critica, com interessante exemplo, uma interpretação literal do artigo 808 (2) do Código Civil português: "A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente (808.º/2). Um comprador pretende adquirir um quadro, para o contemplar na primeira lua cheia do ano. A opção é sua e surge legítima. O quadro não é entregue a tempo. Perdeu o interesse objetivo? Aparentemente, não, numa solução francamente contrária à lógica civil" (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 9, p. 267).

[530] MARTINEZ, Pedro Romano. Cumprimento defeituoso, op. cit., p. 112.

[531] Como explica João Baptista Machado, será considerada, para fins do pleito de resolução contratual, uma

Vale dizer, ainda, que a jurisprudência portuguesa não tem entendido como *razoável* a perda de interesse por obrigações pecuniárias, optando, nesse caso, majoritariamente pela preservação do contrato. Tal entendimento é bem ilustrado por acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, segundo o qual "a perda do interesse do credor significa o desaparecimento objectivo da necessidade que a prestação visa satisfazer, o que não acontece, no comum das obrigações pecuniárias, em que a prestação devida, não obstante a mora do devedor, continua a revestir todo o interesse para o credor"[532].

Esse tem sido o entendimento mesmo quando da aplicação do artigo 934 do Código Civil, segundo o qual, nas "vendas a prestações com reserva de propriedade", a regra do artigo 781[533] é mitigada, para o fim de impedir o vencimento antecipado ou a resolução do contrato no caso de "falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço". Embora possa ser interpretado como verdadeiro critério objetivo do adimplemento substancial nas "vendas a prestações", o dispositivo *não tem sido* interpretado de maneira estrita, para, a *contrario sensu*, autorizar a resolução de todo e qualquer contrato em que a falta de pagamento exceda um oitavo da obrigação total. Como explica Mário Júlio de Almeida Costa, o artigo 934 "toca à proteção mínima dispensada ao comprador. Quer dizer, a defesa nele estabelecida não pode ser prejudicada por acordo entre as partes, embora estas tenham a faculdade de estipular um regime mais favorável ao comprador do que o previsto no referido preceito"[534].

Assim, reconhecendo que interpretar o artigo 934 como regra absoluta, em detrimento do comprador, representaria afronta ao sistema de boa-fé objetiva consagrado pelo Código Civil português[535], a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português

---

"'justa causa' ou um 'fundamento importante' qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual e segundo a boa-fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual; todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que possa fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação. (...) A "justa causa" representará, em regra, uma violação dos deveres contratuais (e, portanto, um "incumprimento"): será aquela violação contratual que dificulta, torna insuportável ou inexigível para a parte não inadimplente a continuação da relação contratual" (MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra:* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, n. especial 2jjtr, p. 343-411, 1979, p. 344-345).

[532] Ac. Rel. Co. de 12/02/2008, 1283/06.8TBAGD.C1, Rel. Hélder Roque.

[533] Artigo 781 - Dívida liquidável em prestações - Se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas.

[534] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 1020.

[535] Nesse sentido também Antunes Varela e Pires de Lima: "se a prestação em dívida exceder a oitava parte do preço, são de aplicar igualmente as regras sobre resolução contidas n n.º 2 do artigo 801.º e no artigo 808.º: (...) porque a importância objectiva da prestação já torna também justificável a aplicação do regime geral" (ANTUNES VARELA, João de Matos; LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código civil anotado*. 2. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1986, v. 2, p. 208).

tem sido categórica quanto à interpretação sistemática dos referidos dispositivos, *enquadrando o artigo 934 no contexto protetivo do sistema*. Assim, de acordo com a jurisprudência portuguesa, "se existir a falta de pagamento de uma prestação que ultrapasse a oitava parte do preço ou a falta de pagamento de duas ou mais prestações, e independentemente do valor das mesmas, o direito à resolução surge imperativamente na esfera jurídica do vendedor. Mas este direito não opera automaticamente pela verificação da previsão legal, antes o vendedor o devendo invocar e provar em função das regras gerais supra aludidas"[536].

A doutrina e a jurisprudência reconhecem, ainda, nos contratos de longa duração (trato sucessivo ou execução alongada) peculiaridades importantes quanto à forma de aferição da perda do interesse do credor. Nesse tipo contratual, o critério objetivo imposto pela lei deve ter em conta que um descumprimento reiterado (ou, nas palavras de Nuno Pinto Oliveira, um "não cumprimento sintomático"[537]), ainda que isoladamente de "escassa importância", deve ser interpretado como *presunção (relativa) de perda de confiança entre os contratantes*, sendo a *confiança* elemento fundamental para contratos que se prolongam no tempo. Conforme defende Joana Farrajota, nos "contratos de execução duradoura a apreciação da admissibilidade do exercício da faculdade resolutória deve ser realizada noutros moldes. O inadimplemento não deve ser valorado em função apenas do seu efeito isoladamente considerado, mas atendendo ao seu impacto na relação enquanto um todo"[538].

---

[536] E quando menciona as "regras gerais supra aludidas", o julgado faz referência aos seguintes trechos: "No que tange à perda do interesse convém não descurar que ela não pode ser relevada apenas pela convicção ou perspetiva do credor, tendo antes de ser apreciada objetivamente, ie., em função da análise do homem médio, do homo prudens, sopesando-se v.g., a duração da mora e as suas consequências nocivas, o comportamento do devedor e o propósito do credor – nº2 do artº 808 (...). Pois que: 'Não basta que o credor afirme, mesmo convictamente, que a prestação já não lhe interessa para se considere que perdeu o interesse na prestação: há que ver, em face das circunstâncias, concretas e objectivas, se a perda de interesse corresponde à realidade das coisas' - Ac. do STJ de 05.05.2005, p. 05B724. No atinente ao cumprimento em prazo razoável, urge interiorizar que este prazo tem de ser fixado mediante uma interpelação admonitória. Ou seja, o *accipiens* deve notificar o *solvens* concedendo-lhe um prazo razoável - ie. adequado, porque ponderado à luz da natureza, circunstancialismo e à função do contrato, aos usos correntes e aos ditames da boa fé -, porém final e preclusivo, para o cumprimento. Na verdade a interpelação admonitória a que se refere a segunda parte do n.º 1 do artigo 808º, contém e implica (i) a intimação para cumprimento, (ii) a fixação de um termo peremptório para esse cumprimento e (iii) a admonição ou a cominação de que a obrigação se terá por definitivamente não cumprida se não se verificar o cumprimento dentro daquele prazo – cfr. Ac. do STJ de 22.11.2012, p. 98/11.6TVPRT.P1.S1." (Ac. STJ de 12/09/2019, 50/17.8T8LRA.C1.S1, Rel. Oliveira Abreu).

[537] "O princípio subjacente ao não cumprimento 'sintomático' é o de que o não cumprimento de menor importância deve ser equiparado ao não cumprimento de maior importância, desde que cause, justificadamente, o desaparecimento da confiança do credor na (adequada) realização das prestações futuras" (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 871).

[538] E continua a autora: "O que está em causa, em regra, num contrato de execução duradoura, não é a perda de interesse do credor numa concreta prestação, mas sim a perda de interesse na manutenção da relação. O juízo de avaliação do incumprimento, para efeitos do exercício do direito de resolução nos contratos de

Nos casos de *impossibilidade parcial da prestação imputáveis ao devedor*, especificamente regulados pelo artigo 802 (2), a *gravidade do descumprimento* tem sido considerada pela jurisprudência elemento importante para definição do direito resolutório. Incidindo a hipótese legal, a doutrina e a jurisprudência portuguesas parecem tendem a preservar a higidez dos contratos apenas nos casos de descumprimentos efetivamente diminutos, e que não impliquem dano ao credor. Assim, "se a prestação oferecida corresponde praticamente à devida e nenhum dano resulta para o credor do não recebimento imediato da diferença"[539], estará o credor impedido de resolver o negócio[540].

Quando se refere à escassa importância, a Suprema Corte tem entendido que sua importância "traduz-se no carácter propriamente insignificante do não cumprimento" e "reporta-se ao significado que para o credor tem aquilo que o outro contraente deixou de satisfazer; só sendo de 'escassa importância' se tiver um relevo insignificante para a satisfação do interesse do credor"[541].

De toda forma, vale mencionar que, tal como acontece na Itália, a jurisprudência portuguesa tende a relativizar o critério da gravidade do descumprimento, na hipótese de *cláusula resolutiva expressa* que literalmente preveja a resolução contratual como consequência de descumprimentos de menor relevância. Em se tratando de *cláusula resolutiva expressa*, a jurisprudência portuguesa privilegia o princípio da autonomia privada, limitando-se a verificar se as partes, quando acordaram tal condição, o fizeram em verdadeira expressão de sua liberdade contratual[542] e se tal cláusula não representa, *per se*, violação à boa-fé[543].

---

execução duradoura transcende a mera apreciação do respectivo impacte no interesse do credor na prestação incumprida, incidindo igualmente sobre o efeito daquele no interesse do credor em manter-se vinculado ao contrato. (...) O contrato de execução duradoura deve poder ser resolvido sempre que de acordo com as concepções vigentes na sociedade e à luz do princípio da boa-fé, em face de determinado facto ou circunstâncias, a respectiva execução se torne inexigível" (FARRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 360-361).

539 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 998.

540 Ac. STJ de 06/09/2016, 6514/12.2TCLRS.L1.S1, Rel. Garcia Calejo.

541 Ac. STJ de 07/05/2015, 62/11.5TBACN.C1.S1, Rel. Lopes do Rego. No mesmo sentido, *Ac. STJ de 03/07/1997, SJ199707030009162, Rel. Miranda Gusmão* ("A "escassa importância", a que se refere o segmento final do n. 2 do artigo 802", traduz-se no carácter propriamente insignificante do não cumprimento") e *Ac. STJ de 24/02/2015, STJ20151227128TVLSB.L1.S1.49, Rel. Ana Paula Boularot* ("E a 'escassa importância' traduz-se no carácter propriamente insignificante do não cumprimento. Funda-se esta disposição normativa no princípio geral expresso no n.º 2 do artigo 762.º, de que as partes no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem proceder de boa fé").

542 Interessante exemplo dessa aplicação é fornecido pelo seguinte julgado da Suprema Corte: "Como resulta das considerações anteriormente expendidas acerca da natureza da cláusula resolutiva expressa e dos inerentes reflexos da autonomia da vontade dos contraentes na eleição de determinado facto a que atribuem previamente um grau de gravidade susceptível de, só por si, justificar a destruição do negócio, o poder de apreciação e intervenção do tribunal na valoração da gravidade do inadimplemento fica, se não,

2.2.3. Direito Internacional

No âmbito internacional, o tema do adimplemento substancial é abordado (ou, ao menos, tangenciado) por instrumentos de *hard law* e *soft law*[544], dos quais valem destaque - não apenas por sua importância prática e histórica, mas também pelo seu relevante conteúdo – a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, publicados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

---

em muitos casos, excluído, pelo menos fortemente limitado, sob pena de negação dos próprios princípios de autonomia de vontade e de liberdade contratual. Essa intervenção, que se entende não estar completamente excluída, quedar-se-á pela apreciação da valoração feita pelas partes ao introduzirem a cláusula no contrato - pois que é no momento da celebração que as partes acordam sobre o facto resolutivo e sua relevância -, sobretudo em ordem a avaliar se ajuizaram a gravidade do incumprimento eleito e a respectiva indispensabilidade para a subsistência do vínculo em conformidade com a as normas da boa fé e o prosseguimento do fim contratual, não convencionando um 'incumprimento insignificante ou de alcance diminuto no contexto contratual'" (Ac. STJ de 17/01/2012, STJ201247306.8TVLSB.L1.S1.4ª, Rel. Alves Velho).

543 Acerca do tema, Brandão Proença afirma que, embora a "relevância resolutiva da *lex contractus*" seja acentuada, ela "não é ilimitada, pois não pode violar os critérios valorativos de gravidade fixados em normas imperativas", bem como "está sujeita ao controle do princípio da boa fé" (PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 145-146).

544 "Os termos *hard law* e *soft law* são utilizados em um sentido mais geral e relacionado a direito comercial internacional, para contrastar, respectivamente, instrumentos jurídicos vinculantes daqueles não vinculantes, cujo fundamento é a persuasão, na medida em que dependem de sua adoção pelas partes. (…) No direito internacional, o termo pode ter também um sentido distinto, que vai além da distinção entre vinculante e não vinculante, criando níveis e texturas diferentes de vinculação" (SCHULZ, Alexandre Buono. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial*: reflexões sobre a nova *lex mercatoria*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 73). Nesse sentido, Mireille Delmas-Marty: "*En termes de typologie, la conception 'moderne', privilégiant l'effectivité fondée sur la force (obligatoire et contraignante) du droit, ferait place à un droit dit 'post-moderne', marqué par une conception que les anglophones nomment soft law. En français, le mot a deux traductions: droit mou et droit doux, ce qui pourrait suggérer que la faiblesse du droit, ou sa souplesse si l'on veut rester neutre, peut affecter soit la force obligatoire (l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou), soit la force contraignante (l'intensité des sanctions, entre dur et doux). Naturellement méfiante à l'égard des délices de la sophistication juridique, je dois convenir, bien que les deux échelles (le mou et le doux) soient le plus souvent confondues, que la dissociation permet d'affiner la mesure de la force juridique avec laquelle jaillissent les sources du droit*" (DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*: Leçon inaugurale prononcée le jeudi 20 mars 2003. Paris: Collège de France, 2003, p. 651). Ou ainda Richard Reeve Baxter: "*Of course, the great majority of norms which are laid down in international agreements are susceptible of enforcement through the well-known mechanisms, including resort to international tribunals and national courts, which ensure respect for these obligations. But there are norms of various degrees of cogency, persuasiveness, and consensus which are incorporated in agreements between States but do not create enforceable rights and duties. They may be described as 'soft' law, as distinguished from the 'hard' law consisting of treaty rules which States expect will be carried out and complied with. If one State undertakes to pay another a stipulated sum of money in settlement of certain claims or a State by treaty accepts limitations on its power to tax aliens, it is expected that those duties will be carried out*" (BAXTER, Richard Reeve. International Law in "Her Infinite Variety". *International and Comparative Law Quarterly*, v. 29, p. 549-566, 1980, p. 549).

(UNIDROIT), e os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law*), seguidos da chamada Minuta de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference*).

2.2.3.1. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - CISG

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, também conhecida por CISG (sigla inglesa para *Convention on International Sale of Goods*) ou por Convenção de Viena, foi elaborada sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law* - UNCITRAL) e aprovada, por unanimidade, em conferência diplomática que contou com a participação de 62 Estados, realizada em 10 e 11 de abril de 1980, na cidade de Viena, Áustria. O documento entrou em vigor já em 1º de janeiro de 1988, para os onze primeiros Estados que apresentaram os respectivos instrumentos de adesão ao Secretário-Geral das Nações Unidas (Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia).

A adesão do Brasil se deu apenas em 2013, sendo o texto promulgado no território nacional apenas em 17.10.2014, por meio da publicação do Decreto nº 8.327/2014. Atualmente a CISG é adotada por 85 países que, em conjunto, representam, mais de 90% do comércio internacional (incluindo os principais parceiros comerciais brasileiros, como Estados Unidos, China e os membros do Mercosul)[545].

O bem-sucedido objetivo da CISG, nas palavras de Vera Fradera, sempre foi o de proporcionar "o desenvolvimento do comércio internacional" e "a intensificação das relações comerciais entre os Estados e entre os cidadãos nacionais dos signatários da convenção"[546]. Com esse intuito, e diante do fato amplamente reconhecido de que, no comércio internacional, os contratantes não costumam encontrar-se "em posição de perfeita igualdade, tendo um deles menor poder de barganha do que o outro"[547], os debates que conduziram a elaboração da CISG sempre levaram em conta as condições

[545] Parecer da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Mensagem 636/2010 – Projeto de Decreto Legislativo nº 222-A/2011. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=485779 >. Data de acesso: 17 nov. 2019.

[546] FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato o artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, v. 11, 1996, p. 55.

[547] Ibidem, p. 56.

socioeconômicas dos diversos signatários, buscando a estipulação de condições que proporcionassem um ambiente comercial saudável e estável. A conservação e exequibilidade dos negócios jurídicos estabelecidos no plano internacional serviram de paradigma para a elaboração da CISG.

E foi diante desse paradigma que se estabeleceu o regime da CISG de resolução contratual por inadimplemento, regime esse capitaneado pelos artigos 49[548] e 64[549], que preveem que comprador e vendedor podem resolver o contrato no caso de "*violação essencial ao contrato*" (em inglês, *fundamental breach of contract*), e pelo artigo 25, que assim dispõe:

> Artigo 25 - A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado[550].

Como explica Vera Fradera, a terminologia utilizada pelo referido artigo 25 "resultou de incontáveis propostas e um sem número de esboços, tendo como objetivo a busca de precisão dos termos utilizados na definição"[551]. Terminou por se escolher o termo *fundamental breach* (ou, na versão também oficial em francês, *contravention essentielle*), seguindo o texto sugerido pela delegação da Dinamarca nos trabalhos preparatórios para a Conferência de Haia de 1951[552] - em substituição a termo anterior de construção

---

[548] Artigo 49 - 1) O comprador pode declarar o contrato resolvido: a) se a inexecução pelo vendedor de qualquer uma das obrigações resultantes para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma contravenção essencial ao contrato; ou b) em caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias no prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47 ou se ele declarar que não as entregará no prazo assim concedido.

[549] Artigo 64 - 1) O vendedor pode declarar o contrato resolvido: a) se a inexecução pelo comprador de qualquer uma das obrigações para ele resultantes do contrato ou da presente Convenção constitui uma contravenção essencial ao contrato; ou b) se o comprador não executar sua obrigação de pagar o preço ou não receber as mercadorias no prazo suplementar concedido pelo vendedor, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 63, ou se ele declarar que ele não o fará no prazo assim concedido.

[550] Versão oficial, constante do Decreto nº 8.327/2014. Em inglês: "*Article 25 - A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result*".

[551] FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental..., op. cit., p. 60.

[552] "Na Conferência de Haia, em 1951, com a participação de delegações de vinte países e cinco Estados, decidiu-se pela continuação dos esforços a fim de alcançar a unificação do direito internacional relativo à compra e venda. Decidiu-se, outrossim, pela adoção do modelo anterior, onde as normas pertinentes à formação do contrato internacional seriam objeto de um estudo distinto daquele relativo às normas concernentes às obrigações das partes do contrato. O primeiro projeto foi publicado em 1959, 'Projeto Uniforme sobre a formação de Contratos de Compra e Venda Internacional de Bens Imóveis', o segundo

terminológica próxima, mas escopo bastante distinto (*breach of a fundamental obligation*)[553].

Como explica o Professor Michael Will, é importante, de antemão, ressaltar que, o *fundamental breach* contemplado pela CISG é instituto autônomo, que não possui relação com a *fundamental breach doctrine*, repudiada pelas cortes inglesas na década de 1980[554]. A amplitude do conceito da *fundamental breach*, portanto, tem sido estabelecida pelos critérios enumerados pelo próprio artigo 25 da CISG, a saber, a existência de *prejuízo substancial* (*substantial detriment*) e a *imprevisibilidade*.

A doutrina tem optado pela avaliação objetiva do *prejuízo substancial* - *i.e.* pela caracterização de um dano concreto, objetivo, ao credor -, "levando em consideração não os sentimentos da parte, sim os termos do contrato"[555] e tratando como irrelevante se decorrente de violação a obrigação principal ou acessória[556].

---

publicado em 1960, tendo sido ambos enviados a governos de diversos países para que estes enviassem comentários acerca dos respectivos textos. A partir das reuniões ocorridas em Haia em 1964, com a participação de vinte e oito países, foram adotadas as Convenções fundadas nos projetos propostos pelo UNIDROIT. A convenção acerca do direito uniforme sobre a compra e venda internacional de mercadorias foi chamada Lei Uniforme sobre a Compra e Venda Internacional de Bens Móveis Corpóreos, conhecida internacionalmente como ULIS (*Uniform Law on the International Sale of Goods*). A convenção relativa ao direito uniforme sobre a formação de contratos foi nomeada Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (ULF, isto é, *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*). Ambas as Convenções entraram em vigor em agosto de 1972, respectivamente, dias 18 (dezoito) e 23 (vinte e três)" (FONSECA, Patrícia Bezerra de M. Galindo da. O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 341, p. 193–211, jan./mar. 1998, p. 196).

553 Ensina Michael Will: "*During the preparatory work for ULIS in the Hague in 1951, the expert from Denmark suggested an entirely different approach, namely to extend the notion of 'breach of contract' to any violation of any obligation by any party to the contract and simply to replace 'breach of a fundamental obligation' by 'fundamental breach of an obligation'. His intention was to prevent avoidance and to save the contract, if the breach though affecting a fundamental obligation - in fact caused comparatively little or insignificant harm. The proposal won support and was included in the Drafts of 1956 and 1963*" (WILL, Michael. Article 25. In: BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim (Coords.). *Commentary on the International Sales Law*: the 1980 Vienna Sales Convention. Milão: Giuffrè, 1987, p. 206).

554 "*'Fundamental breach' in the Convention, to begin with, calls for a warning: it has nothing to do with the English doctrine of 'fundamental breach', which certain common law jurisdictions used to apply in a different context, namely in order to determine whether disclaimer clauses survived a particular breach of contract. The doctrine, however, died relatively young in the House of Lords in the year of 1980, accompanied at the burial by remarkably divergent definitions of precisely the concept of fundamental breach*" (WILL, Michael. Article 25*,* op. cit., p. 209).

555 FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental..., op. cit., p. 62.

556 Conforme Leonardo Graffi: "*Substantiality is tied to the aggrieved party's detriment and causes the breach to be fundamental. According to legal scholars and case law the breach is fundamental regardless of whether it occurred in respect of a main obligation or an ancillary obligation (even though this distinction is frequently used in civil law countries to classify the importance of an obligation)*" (GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention. *Revue de droit des affaires internationales - International Business Law Journal*, Paris, n. 3, 2003, p. 339).

A partir dessa premissa, parte da doutrina, interpretando a expressão de forma ampla[557], defende que *prejuízo substancial* deveria ser interpretado em sentido negativo, de modo a funcionar apenas como filtro de situações de inadimplemento que não causam qualquer prejuízo ao credor[558]. Para esse grupo, seria considerado substancial qualquer prejuízo concretamente sofrido pelo credor.

Outra parcela da doutrina, contudo, confere à expressão sentido mais literal, entendendo que, nos termos do artigo 25 da CISG, a resolução contratual só pode ser invocada se "o descumprimento for suficientemente grave"[559] e não puder ser remediado por medidas menos drásticas. Nas palavras de Paulo Nalin e Letícia Marinhuk, a CISG confere à resolução contratual a característica de *ultima ratio* e, como tal, só deve ser acionada para situações particularmente gravosas, de "descumprimento com implicações mais severas ao negócio jurídico"[560]. Para essa parte da doutrina, seriam consideradas suficientemente graves, as situações de inadimplemento que eliminem a utilidade da prestação para credor, ocasionando a perda do seu interesse em recebê-la[561]. Defende essa parcela da doutrina que, justamente por isso, a qualificação da gravidade do prejuízo não decorreria apenas de uma análise objetiva, mas também subjetiva, na medida em que os elementos subjetivo e objetivo seriam considerados "*two blended concepts, since detriment can lead to fundamental breach if the aggrieved party has lost interest in receiving performance*"[562].

Avaliar a posição jurisprudencial sobre o tema não é tarefa simples: tratando-se de aplicação de tratado internacional, a jurisprudência sobre o tema constitui-se pelo apanhado de decisões proferidas pelos Tribunais dos diversos países signatários da CISG e,

---

[557] "*During the Vienna Conference it was labeled anything between 'vague', 'subjective' and 'objective'; at some point the Working Group report is quoted as having stressed that the term detriment 'had to be interpreted in a broader sense' (Official Records, II, 330). That is not really conclusive by itself but does indicate a direction*" (WILL, Michael. Article 25, op. cit., p. 211).

[558] Michael Will sustenta tal posição por meio do seguinte exemplo: "*the seller disregarded his duty to package or insure the goods, but they arrived safely nevertheless; if, however, the buyer would loose a resale possibility or a customer, there would be detriment*" (Ibidem, p. 212).

[559] NALIN, Paulo; MARINHUK, Leticia. A CISG e as mutações do sistema doméstico de inadimplemento: da essencialidade da violação como justificativa para a resolução do contrato. In: FILHO, Napoleão Casado; QUINTÃO, Luisa; SIMÃO, Camila (Coords.). *Direito Internacional e Arbitragem*. Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 499).

[560] Nalin e Marinhuk ilustram de forma bastante pedagógica a abordagem da CISG quanto às diversas possíveis espécies de violação contratual, apontando as consequências em cada caso. Assim, violações insignificantes admitiriam apenas a cobrança de juros; violações simples admitiriam, além dos juros, execução específica, indenização, prazo suplementar, redução do preço e recusa do recebimento; e, por fim, violações essenciais admitiriam, além dos outros remédios, a resolução do contrato. (NALIN, Paulo; MARINHUK, Leticia. A CISG e as mutações do sistema doméstico de inadimplemento... op. cit., p. 500-501).

[561] GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of "Fundamental Breach"…, op. cit., p. 340.

[562] Ibidem.

bem por isso, não é possível falar em critérios parametrizados. A depender das vicissitudes de cada jurisdição, os Tribunais tendem a se inclinar por leituras mais ou menos rigorosas do que seria um *prejuízo substancial*.

A despeito disso, alguns autores procuram sistematizar, tanto quanto possível, a matéria. Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer e Marisa Pagnattaro, por exemplo, avaliam que a maior parte dos julgados que tratam do tema interpretam o conceito de *fundamental breach* de maneira "*very restrictive*", de modo que "*a breach must concern the essential content of the contract in order for it to be considered fundamental*"[563]. De acordo com esses autores as decisões judiciais e arbitrais acerca do tema estariam concentradas basicamente em três grupos de casos: atraso na entrega, produtos em desconformidade e descumprimento de termos contratuais específicos[564]. Em todos os três grupos, a eventual ocorrência de *prejuízo substancial* seria, via de regra, interpretada restritivamente, para compreender apenas as situações em que (a) as partes tenham expressamente acordado um prazo exato para a entrega, estipulando que o eventual atraso, ainda que mínimo, deveria ser considerado substancial; (b) produtos em desconformidade não possam ter qualquer outra destinação para o comprador, ainda que distinta daquela definida em contrato; e (c) o descumprimento de cláusulas contratuais específicas seja capaz de privar totalmente o comprador do benefício esperado com o contrato. Tal leitura parece estar em sintonia com as conclusões do Digesto publicado pela própria UNICTRAL, que indica um posicionamento jurisprudencial majoritário no sentido de uma interpretação restritiva do artigo 25 da CISG, de modo que "*in case of doubt, no fundamental breach should be accepted*"[565].

A *imprevisibilidade* da violação, sob o parâmetro de uma *pessoa razoável*, é o aspecto da norma sujeito a maiores críticas, por contemplar excessivo grau de subjetivismo e por "encorajar a parte inadimplente, a invocar ignorância das circunstâncias"[566]. A despeito das críticas, o fato é que o trecho final do artigo 25 da CISG termina por associar à noção de *fundamental breach* os conceitos de dolo e culpa, de modo que, mesmo diante de um prejuízo substancial, o credor só poderá resolver o contrato se restar demonstrado

---

563 DIMATTEO, Larry A. *et al*. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 24, n. 2, p. 299-440, Winter 2004, p. 412.

564 DIMATTEO, Larry A. *et al*. The Interpretive Turn in International Sales Law…, op. cit., p. 412.

565 UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. *Digest of case law on the United Nations convention on contracts for the international sale of goods*. Viena: United Nations, 2016, p. 114.

566 FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental..., op. cit., p. 62.

que o devedor causou o prejuízo intencionalmente ou por negligência, imprudência ou imperícia.

Contrária a uma mera interpretação literal do artigo 25 da CISG, a doutrina tende a argumentar que o requisito da imprevisibilidade deve ser entendido como um verdadeiro "filtro"[567], que permite alguma margem argumentativa em favor da parte inadimplente, mas cuja transposição é considerada bastante difícil. Nessa medida, a imprevisibilidade deve ser provada pela parte inadimplente[568] sob um critério objetivo, tomando por parâmetro não suas características individuais, mas as de uma "pessoa razoável" (o homem médio, diligente, o *bonus pater familias*)[569], de modo que "*when the contract expressly states that performance of an obligation is of essence, there will be little room for proving that the breach caused an unforeseeable detriment. (...) Conversely, when the contract does not clearly state the importance of an obligation, the conduct of the party in breach may be interpreted with more tolerance*"[570].

Como visto, embora a expressão *fundamental breach* seja ampla e admita múltiplas interpretações, parece claro que ela está a abranger algo ligeiramente diferente do que propugna a tradicional teoria do adimplemento substancial. Enquanto a teoria do adimplemento substancial protege o *adimplemento quase completo*, o *fundamental breach* previsto na CISG protege, a rigor, mesmo o *adimplemento mínimo* (*i.e. muito distante do adimplemento completo*), desde que tal adimplemento não represente *prejuízo substancial*, irrecuperável, ao credor. Embora ambos os conceitos visem, à luz da boa-fé, à conservação do negócio jurídico, parecem se tratar de conceitos que ocupam posições distintas do mesmo espectro.

---

[567] GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of "Fundamental Breach"…, op. cit., p. 340.

[568] "*Article 25 regulates to some extent the burden of proving its elements. The burden with regard to the foreseeability element of article 25 lies with the party in breach: this party must prove that it did not foresee the substantial detrimental effect of its breach, and that a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such an effect. Where the buyer however asserts that the seller should have known specificities of the production procedure for which the buyer intended to use the goods, the buyer must at least substantiate those circumstances. On the other hand, the aggrieved party has to prove that the breach substantially deprived it of what it was entitled to expect under the contract*". (UNITED NATIONS. Digest of case law …, op. cit., p. 115).

[569] Com maior precisão conceitual, Vera Fradera explica o seguinte: "A pessoa ponderada, a que se refere a definição do artigo 25 da Lei Internacional sobre Venda, recebe dois elementos que auxiliam o intérprete na tarefa de precisá-la (à pessoa), quais sejam, "da mesma espécie", isto é, uma pessoa dedicada a mesma linha de comércio, exercendo a mesma função, enfim, com o mesmo nível sócio-econômico" (FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental..., op. cit., p. 63). Na verdade, ressalta a autora que, "durante a discussão sobre as características que deveria ter a pessoa razoável, a *reasonable person*, a França sugeriu a figura tradicional em seu direito, o bom pai de família, adaptado às circunstâncias, "*le bon père de famille devenu commerçant international*", e a URSR, a do comerciante dedicado ao comércio internacional, 'a merchant engaged in international commerce'" (op. cit., p. 66).

[570] GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of "Fundamental Breach"…, op. cit., p. 340.

2.2.3.2. Os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, publicados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado - UNIDROIT

O *Institut International pour L'unification du Droit Privé* (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, mais conhecido por UNIDROIT) é uma organização intergovernamental criada em 1926, como parte da Liga das Nações, com o objetivo de harmonizar o direito privado internacional, por meio de regras uniformes, convenções internacionais, princípios, guias e diretrizes. O UNIDROIT foi dissolvido no início da depressão da Liga das Nações, mas foi restabelecido em 1940, por acordo multilateral (Estatuto do UNIDROIT) que, atualmente, conta com a adesão de 63 estados membros, dentre os quais o Brasil (membro desde 18.6.1940).

Dentre os mais sucedidos documentos de harmonização normativa preparados pelo UNIDROIT ao longo de sua história, encontram-se os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais (mais conhecidos, simplesmente, por Princípios UNIDROIT). Os Princípios UNIDROIT foram publicados em 1994, após mais de 20 anos de planejamento e execução por juristas dos diversos países-membro (liderados pelos Professores René David, Clive M. Schmitthoff e Tudor Popescu, representantes, respectivamente, dos sistemas de *civil law*, *common law* e do antigo sistema socialista de direito)[571], com o propósito de estabelecer regras capazes de regular o comércio internacional com equidade e neutralidade. Nas palavras de Lauro Gama Júnior, tais normas teriam por objetivo permitir a superação das "desconfianças recíprocas que derivam do natural apego de cada parte ao seu respectivo direito nacional"[572].

Diferentemente da CISG, os Princípios UNIDROIT caracterizam-se como *soft law*, *i.e.* instrumentos normativos de caráter não-vinculativo, cuja aplicação se dá por acordo de vontades (cláusula de eleição da lei aplicável), por determinação de regulamento de câmara arbitral, como princípio ético-normativo ou como evidência dos usos e costumes internacionais (complementando as leis nacionais e instrumentos internacionais, como a CISG). A despeito disso, os Princípios UNIDROIT gozam de excelente reputação na

---

[571] BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes. *Uniform Law Review*, v. 1, n. 2, p. 229-246, 1996, p. 231.

[572] GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

comunidade jurídica internacional e, bem por isso, têm sido largamente utilizados para regulação de contratos internacionais[573]. Tanto é assim que, para manter sua atualidade, os Princípios UNIDROIT, após sua publicação, já foram revistos e três ocasiões (2004, 2010 e, mais recentemente, em 2016, sendo essa a versão atualmente vigente).

No que diz respeito à possiblidade de resolução contratual por inadimplemento, os Princípios UNIDROIT seguem o caminho da CISG e, priorizando a conservação dos negócios jurídicos, relativizam o requisito do adimplemento, limitando a resolução à hipótese de descumprimento essencial ("*fundamental non-performance*"). Nesse sentido, o artigo 7.3.1. dos Princípios UNIDROIT[574] prevê que a caracterização do *descumprimento essencial* deverá levar em conta se: (a) o descumprimento *priva substancialmente* o credor daquilo que poderia esperar do contrato, a menos que o devedor não pudesse *razoavelmente prever* as consequências gravosas do seu descumprimento; (b) a obrigação descumprida seria da essência do contrato; (c) o descumprimento seria intencional ou culposo; (d) em contratos de longa duração, o descumprimento é capaz de prejudicar a confiança do credor no cumprimento de obrigações futuras; (e) a resolução do contrato causará à parte inadimplente uma perda desproporcional; (f) se, concedido prazo suplementar pelo credor, o devedor permanece inadimplente[575].

---

[573] Conforme Bonell, "*The UNIDROIT Principles have proved to be extremely successful. Barely two years after publication over 3000 copies have been sold worldwide and - what is even more significant - the great majority of orders of the Principles have come from circles such as international law firms, corporate lawyers, chambers of commerce, arbitration courts and the like, which are the kind of potential users to whom the Principles are mainly addressed. Moreover, in addition to the five official versions (English; French; German; Italian; Spanish) the text of the black letter rules of the UNIDROIT Principles has also been translated into Arabic, Bulgarian, Chinese, Dutch, Hungarian, Japanese, Serbian, Slovak and Russian. Finally, and most important of all, there are already reports of the first court decisions and arbitral awards referring to the UNIDROIT Principles in one way or the other*" (BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles …, op. cit., p. 229).

[574] *ARTICLE 7.3.1 - Right to terminate the contract*
(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.
(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether
(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;
(b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;
(c) the non-performance is intentional or reckless;
(d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;
(e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.
(3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

[575] Como explica Joseph M. Perillo, "*an aggrieved party may terminate a contract for breach only if the breach is 'fundamental,' or if the breaching party fails to comply with a Nachfrist. This German word refers to a notice to the breaching party setting a deadline for performance. The notice will provide an additional period of time to perform upon expiration of which the aggrieved party may proceed with any*

Como visto, assim com a CISG, os Princípios UNIDROIT também condicionam a resolução contratual à ocorrência de uma *violação essencial* (*fundamental breach* ou *fundamental non-performance*). Os Princípios UNIDROIT, contudo, parecem ter como benefício a descrição pormenorizada dos requisitos necessários à caracterização da *violação essencial*, trazendo para o direito positivo algo que a CISG deixa para o campo da casuística – o que, como diz Eduardo Bussatta, é capaz de conferir alguma "segurança na aplicação do preceito"[576]. É bem verdade, contudo, que a avaliação da casuística indica convergência com os fatores elencados pelo artigo 7.3.1.(2) dos Princípios UNIDROIT.

2.2.3.3. Os Princípios do Direito Europeu dos Contratos e a Minuta de Quadro Comum de Referência

Conforme se tem notícia, a ideia de um Código Civil Europeu foi aventada, pela primeira vez, pelo jurista dinamarquês Ole Lando, em uma palestra proferida em 1976, no *European University Institute*, sobre as "Novas perspectivas para um direito comum europeu"[577]. A Comissão sobre Direito Europeu dos Contratos - também conhecida como "*Comissão Lando*", em homenagem a Ole Lando, seu fundador e presidente – no entanto, só foi constituída em 1982, quase contemporaneamente à constituição e estruturação do grupo de trabalho da UNIDROIT.

Assim como aconteceu com o grupo de trabalho da UNIDROIT, também os juristas que se encarregaram do projeto de código europeu visavam à criação de regras que fossem capazes de regular o mercado comunitário, trazendo neutralidade e equidade entre as nações. Bem por isso, tomaram como fonte não apenas as legislações nacionais dos países-membro da então Comunidade Europeia, mas também instrumentos normativos de Estados extracomunitários, *restatements of laws*, e tratados e convenções internacionais, como a CISG.

Como explica Michael Bonell, "*naturally the Commission on European Contract Law was from the outset aware of the work being conducted by the UNIDROIT Group and vice-versa. Moreover, as the two groups were dealing with the individual chapters at different times, it was inevitable that each group was influenced by the work of the*

---

of the remedial provisions available under Principles, including termination" (PERILLO, Joseph M. Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review. *Fordham Law Review*, v. 63, n. 2, p. 281-344, November 1994, p. 303).

576 BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos..., op. cit., p. 55.

577 BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles…, op. cit., p. 232.

other"[578]. Afirma o autor que, de fato, muitos juristas eram mesmo membro dos dois grupos de trabalho, e inclusive compartilhavam minutas dos trabalhos que estavam sendo desenvolvidos em cada foro[579]. Era inevitável, portanto, que houvesse forte influência de um documento sobre outro.

Fato é que, em 1995, após mais de dez anos de trabalho, a Comissão Lando submeteu ao Parlamento Europeu a primeira parte do seu trabalho, que terminou por compreender não um código civil europeu completo, mas apenas Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law* - PECL). O documento foi complementado em 1999 e 2002, quando atingiu sua redação final.

Dando seguimento à ideia de um código civil europeu, contudo, a Comissão Europeia manteve um grupo de pesquisa sobre direito privado europeu, visando, mais particularmente, à concepção de um Código Civil Europeu. Tal grupo teria por missão, baseando-se nos PECL, propor "*a possible model for an actual or 'political' Common Frame of Reference*"[580], visando à efetiva uniformização do direito contratual europeu e de áreas afins. Com esse intuito, o grupo submeteu à Comissão Europeia, em 2009, uma Minuta de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference* - DCFR), aprofundando e incorporando os PECL[581].

No que diz respeito à resolução por inadimplemento, os PECL trazem, no artigo 8.103[582], disposição muito semelhante à dos Princípios UNIDROIT[583], condicionando a resolução contratual à ocorrência de uma "*fundamental non-performance*", situação que correria quando: (a) houver descumprimento de obrigação que seja da essência do contrato; (b) o descumprimento privar substancialmente o credor daquilo que poderia esperar do contrato, a menos que o devedor não pudesse razoavelmente prever as consequências

---

578 BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles…, op. cit., p. 233.

579 Ibidem.

580 VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munique: Sellier European Law Publishers, 2009, v. 2, p. 6.

581 Ibidem, p. 7.

582 *Article 8:103 - Fundamental Non-Performance*
A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:
(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or
(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or
(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.

583 De fato, como analisa Maartje Bijl, "*the concept of fundamental non-performance referred to in Article 7.3.1 UNIDROIT Principles and Article 8:103 PECL generally corresponds with the concept of fundamental breach referred to in Article 25 CISG*" (BIJL, Maartje. Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts. *European Journal of Commercial Contract Law*, v. 1, n. 1, p. 19-28, January 2009, p. 25).

gravosas do seu descumprimento; e (c) se o descumprimento for intencional, de modo que o a confiança do credor no cumprimento de obrigações futuras fique prejudicado.

Os conceitos previstos nos PECL são – ainda que não literalmente - replicados no artigo 3:502 do DCFR[584], que também vincula a resolução à ocorrência de violação dita essencial (*fundamental*) e apresenta como critérios para caracterização da essencialidade: (a) a privação substancial dos benefícios do contrato, ressalvada a razoável imprevisibilidade do resultado; e (b) a culpabilidade do inadimplente, que destrua a confiança numa relação obrigacional de longo prazo.

Num ou noutro caso, parece claro que, ao seguir os parâmetros da CISG, assim como já apontamos anteriormente, os conceitos de *fundamental breach* e *substantial performance* parecem não coincidir exatamente, ainda que se encontrem num mesmo espectro conceitual e que os critérios de aferição utilizados para um, possam servir de referência para a aplicação do outro.

---

[584] *3:502: Termination for fundamental non-performance*
(1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental.
(2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:
(a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or
(b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on.

3.
A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A recepção da teoria do adimplemento substancial pelo direito brasileiro é fruto de um gradual processo de funcionalização dos direitos subjetivos que, no plano global, teve seu auge no período pós-guerras e, no Brasil, consolidou-se com a promulgação da Constituição de 1988 e, mais recentemente, com o advento do Código Civil de 2002, diploma que, utilizando-se de cláusulas gerais de conteúdo ético-social, alterou os paradigmas do direito civil brasileiro. A compreensão desse processo, de todo valiosa para entender adequadamente os pilares sobre os quais se ampara a teoria do adimplemento substancial, será explorada nos itens seguintes.

3.1. A autonomia da vontade e a necessidade de relativização

Como explica Enzo Roppo, em sua obra sobre "O Contrato", contratos representam a instrumentalização jurídica da atividade econômica de uma sociedade: é por meio dos contratos que os integrantes de uma organização social formalizam as trocas de bens e a produção de riquezas de uma sociedade. Bem por isso, a evolução da organização social "reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais"[585].

É natural, portanto, que o contrato tenha modificado, ao longo do tempo, sua estrutura, suas funções e seus paradigmas constitutivos. Os últimos séculos observaram a organização social global passar por intensa modificação, deixando de ser um Estado Absolutista para transformar-se, inicialmente, um Estado Liberal e, mais recentemente, num Estado Social. De acordo com a destacada doutrina de Henry Summer Maine, comumente conhecida por "Lei de Maine", todas essas mudanças na estrutura da sociedade poderiam ser descritas como "um processo de transição do '*status'* ao *contrato*"[586] – ou, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, uma "passagem da agregação necessária à

[585] ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 26.
[586] Ibidem.

associação voluntária"[587] -, assim entendido o processo de reconhecimento da individualidade, da autodeterminação, da livre iniciativa, pela sociedade moderna, notadamente daquela que se instituiu em meados do século XVIII, com a derrocada do Estado Absolutista e a ascensão do Estado Liberal.

O Estado Liberal estruturou-se no plano filosófico, jurídico e econômico pela atividade do iluminismo oitocentista. Constituiu-se em resposta ao sistema então vigente e, enquanto tal, representava o questionamento exacerbado de postulados anteriores, como o privilégio hereditário, a divisão da sociedade em castas, o poder da monarquia absolutista, a sujeição ao amplo intervencionismo estatal (constituído por monopólios estatais e insuperáveis barreiras comerciais), extremamente deletérios aos interesses da burguesia. O contratualismo de Rousseau, Hobbes e Locke, cada qual com suas peculiaridades, era uníssono quanto à ideia de um *jusnaturalismo*, que conferiria a todos os homens, *iguais por princípio*, o direito natural à vida, à liberdade e à propriedade, direitos esses inalienáveis e que deveriam ser resguardado pelo Estado, por respeito ao *contrato social* implicitamente entabulado com a sociedade.

No Estado Liberal, o Estado é o guardião dos direitos naturais da sociedade e, nessa medida, possui espectro de atuação bastante limitado, bem como capacidade apenas subsidiária de intervenção na esfera privada. A restrita atuação do Estado é delimitada pela lei, elaborada por representantes do povo, segundo sua conveniência, nos estritos limites do necessário para resguardar o pleno exercício dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade privada. Trata-se do Estado democrático de direito, formado pelo povo, para atuar de forma substancialmente garantista, permitindo aos homens o pleno exercício de suas faculdades.

Como dito *en passant*, o Estado Liberal parte da *premissa de que todos os cidadãos, membros de uma mesma sociedade, seriam iguais, em direitos e deveres*. Seria essa igualdade o elemento chave para a crença de que um Estado Liberal tenderia a prosperar: acreditava-se que, ao permitir o livre exercício da individualidade de cidadãos substancialmente iguais, a sociedade caminharia para o equilíbrio, se auto ajustando às suas necessidades - tal como explicou Adam Smith, na esfera econômica, com sua teoria da mão invisível.

Evidentemente, as premissas do Estado Liberal foram transportadas para o campo do direito. Fortalecido pela vitória burguesa na Revolução Francesa de 1789, o liberalismo

---

[587] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit., p. 138.

se espalhou para o universo jurídico, sendo sua representação mais ilustre o Código Francês de 1804. O Código Napoleônico atendeu aos interesses da sociedade burguesa francesa, que atingiu uma posição de hegemonia no período pós-revolução e necessitava de instrumentos jurídicos para a consolidação do seu poder. A essa sociedade burguesa, era fundamental a estabilidade da propriedade privada e o livre exercício da atividade comercial, mediante regras que garantissem a segurança jurídica e a certeza de cumprimento dos acordos entabulados. E com esse intuito, o contrato teve papel central. Como explica Enzo Roppo, o contrato e o poder de contratar receberam tratamento especial pelo código napoleônico, pois representam "meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como instrumentos de circulação de riqueza (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico)"[588].

De fato, dentro da concepção do Estado Liberal, "a liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupo"[589], significa a possibilidade de expressão da personalidade do indivíduo, desprendido das amarras do Estado e apto a se inserir na organização econômica da sociedade. O contrato é o instrumento jurídico que permite à classe burguesa exercer o real controle sobre os meios de produção, seja adquirindo-os (contratos de compra e venda de propriedade), seja colocando-os em funcionamento (contratos de trabalho), seja explorando o mercado consumidor (contratos de compra e venda de mercadorias).

Mas para que pudessem exercer essas funções, o contrato (e a liberdade de contratar) teriam de estar protegidos por regras (ou princípios) que lhes conferissem caráter absoluto. É nesse contexto que se desenvolve o princípio da autonomia da vontade e seus derivados. Como ensina Antonio Junqueira de Azevedo:

> São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da *autonomia da vontade* e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei - princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil francês), *pacta sunt servanda* - princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* - princípio da relatividade dos efeitos contratuais[590].

---

588 ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 42.
589 Ibidem, p. 36.
590 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit., p. 140.

Define, Couto e Silva, a autonomia da vontade como a faculdade "que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade"[591]. Completa, Couto e Silva, afirmando que "para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade"[592].

A visão liberal da autonomia da vontade foi retratada no artigo 1.134 do Código Napoleônico: "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". O contrato é lei entre as partes que o celebraram (*lex inter partes*). Essa disposição, nas palavras de Georges Ripert, teve lugar no código francês, "para afirmar todo o poder da vontade humana, criadora de obrigações"[593]. Trata-se, a autonomia da vontade, de um dos pilares do direito obrigacional no Estado Liberal, por simbolizar a expressão, no plano do direito, da liberdade do indivíduo. Em última instância, a liberdade de indivíduos contratarem livremente era garantia, na visão liberal, de um *contrato justo*[594].

O Estado Liberal, contudo, entrou em decadência no pós-Guerra[595]. Abalados pela guerra, os Estados Liberais (sobretudo os perdedores, mas também os ganhadores) viram-

---

591 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 24.

592 Ibidem.

593 RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 53. A impressionante importância da autonomia da vontade na Codificação francesa é muito bem ilustrada pelas seguintes palavras de Ripert: "Para quem se lembra do culto da lei durante o período revolucionário, esta fórmula parece extraordinariamente forte. Para chegar a esta concepção da vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta dos séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundando a própria sociedade sobre o contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. Pode então reinar a doutrina da autonomia da vontade que é ao mesmo tempo reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato. Hoje procura-se a fonte de todos os compromissos numa vontade expressa ou tácita, e ensina-se que a vontade pode sempre criar um compromisso lícito. A obrigação assumida não é mais que uma manifestação do direito natural que assiste a todo homem de se obrigar e, portanto, de manifestar uma liberdade que ele não pôde alienar. A Escola do direito natural persuadiu todos de que este compromisso, porque é voluntário, é necessariamente conforme à lei moral. 'Quando alguém decide alguma coisa a respeito do outro, dirá Kant, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio'. Fouillée não se dará ao trabalho de justificar a autonomia da vontade, tão convencido está da exatidão da doutrina; 'Toda a justiça é contratual escreve ele simplesmente; quem diz contratual diz justo'" (Ibidem, p. 53-54).

594 "Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois. Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes. Assim, quando forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto de liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido" (BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26).

595 Para Eric Hobsbawm: "De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal cujo progresso seu

se devastados pelo longo período de confrontos e com uma população carente e sedenta pelo apoio do Estado. A ficção da *igualdade formal*, amplamente aceita pelo liberalismo, tornou-se evidente: ainda que a lei reconheça direitos e deveres igualmente a todos, a realidade traduzia diferenças relevantes entre os diferentes sujeitos de direito[596]. Ficou mais evidente que alguns (em se tratando de regimes capitalistas, notadamente os detentores do capital) dispunham de condições mais favoráveis para o exercício de seus direitos, gozando de posição privilegiada para exercer sua individualidade, negociar contratos. Outros (nesse mesmo regime, os descapitalizados, detentores de sua mão de obra e nada mais) encontravam-se em condição de extrema vulnerabilidade, sujeitando-se àqueles e dependendo do Estado para prover suas necessidades básicas. A premissa sobre a qual havia se estruturado o liberalismo encontrava-se em cheque[597], e o direito não ficaria avesso a essa situação.

Nesse contexto, a insuficiência (ou inadequação) da visão hegemônica da autonomia da vontade parecia cada vez mais clara na Europa continental. Sinal disso são as palavras de Georges Ripert, em seu livro "A regra moral nas obrigações civis", publicado, na França, em 1925. Analisando a autonomia da vontade sob a perspectiva da regra moral (que, em sua visão, permeia todo o direito posto), Ripert se questiona sobre a adequação do valor atribuído pelos sistemas jurídicos à vontade:

> Mas quem confere ao homem esta autoridade que é o apanágio da soberania? Permitiu-lhe a liberdade ligar-se sobre um objeto ou para um fim imoral, e o consentimento dum cúmplice ou duma vítima torna, porventura, a imoralidade mais perdoável? Supondo a convenção irrepreensível pelo seu objeto e pelo seu fim, estão as duas partes em pé

---

século tivera como certo, pelo menos nas partes 'avançadas' e 'em avanço' do mundo" (HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos*. O breve século XX (1914-1991). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 113).

596 Conforme explica Fernando Campos Scaff, "além disso, alcançou-se a conclusão de que não só não são iguais as partes que contratam, colocando-se em planos distintos de possibilidades econômicas, dispondo de graus diversos de informações quanto àquilo sobre o que negociam, bem como se verificou que podem igualmente se alterar, no curso da própria contratação, as expectativas e as posições contratuais inicialmente previstas, pelo que o contrato não pode representar, como a princípio se pretendia, norma insuperável sob a qual, de toda maneiro, deveriam se submeter as partes, impossibilitada toda e qualquer modificação" (SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91, p. 141-159, 1996, p. 144).

597 Como explica Enzo Roppo, ficou claro, com o tempo, que a liberdade contratual absoluta, própria da primeira fase do liberalismo, representava "uma certa falsidade da realidade", por pregar que sua consequência seria a realização do interesse geral, o benefício de toda a sociedade. Na verdade, contudo, a liberdade de contratar, levada ao extrema, funcionava como a promoção do "interesse de apenas uma parte da sociedade, e precisamente daquela parte que, no âmbito desta, assume a posição de classe dominante por força da sua colocação relativamente ao modo de produção prevalente: nos países ocidentais do século XIX, a classe burguesa, detentora dos meios de produção" (ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 38).

> de igualdade e não será a sua desigualdade justamente daquelas que a lei se deve esforçar por corrigir, sendo como é a mãe da injustiça? Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que ele está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência ou da sua vontade? Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e a das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?[598]

Como explica Hobsbawm, o século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar"[599]. Nas palavras do autor, "o tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo interno e externo, o 'Estado-guarda-noturno' das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o 'guarda-noturno' que inspirou a metáfora"[600]. E, alinhado a esse processo, o direito (como um todo – e, particularmente, o obrigacional) estava prestes a passar por uma importante revolução, desprendendo-se dos postulados liberais e abrindo-se a conceitos de conteúdo social, que levam necessariamente a uma maior presença do Estado.

3.2. O Estado Social e a concepção de autonomia privada

O Estado Social surge como resultado da incapacidade do Estado Liberal para atender às necessidades da sociedade[601]. Como explica Paulo Bonavides, "nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social,

---

[598] RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis, op. cit., p. 54-55.

[599] HOBSBAWM, Eric. Era dos Extremos, op. cit., p. 142.

[600] Ibidem.

[601] A explicação detalhada de Diez-Picazo é bastante ilustrativa e merece reprodução: "*Sin embargo, el orden liberal económico entra en crisis, debido a la quiebra de sus postulados. La igualdad de las partes, necesaria para seguir sustentando una noción de contrato como acuerdo entre las mismas, se revela como un sarcasmo cuando hay inmensas masas que no tienen nada o muy poco frente a una clase social que detentaba la mayor parte de los bienes, gracias sobre todo a los pocos escrúpulos que mostraron al hacerse con la propiedad de los mismos cuando sus anteriores titulares fueron desposeídos por la política revolucionaria (recuérdese, por ejemplo, la venta masiva de los bienes de la Iglesia y de la nobleza emigrada en las jornadas de la Revolución Francesa). La fijación de los precios por obra y arte de los mecanismos del mercado no deja de ser una utopía cuando la concurrencia está controlada por los monopolios u oligopolios, que dictan sus condiciones a los consumidores desprovistos de todo poder de negociación. En estas condiciones, la intervención del Estado se reclama cada vez con más intensidad para que evite los obstáculos y conductas que impiden el funcionamiento correcto de las fuerzas naturales del mercado, o para que sancione un orden dentro del cual han de moverse necesariamente los sujetos, o bien para que sustituya a los operadores económicos convirtiéndose, por la planificación imperativa y por ser el titular de los bienes y capitales de producción, en el único agente, creyéndose que desaparecerían entonces todas las injusticias derivadas del orden social burgués*" (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil..., op. cit., p. 21).

ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea de Estado Social"[602]. Surge, como resposta burguesa ao socialismo, na tentativa de solucionar, sob a égide do regime capitalista, os problemas com os quais o liberalismo não soube lidar[603].

E como aponta Paulo Bonavides, o problema essencial do liberalismo era sua concepção limitada de liberdade: a liberdade formal (*todos iguais perante a lei*), na prática, mostrava-se substancialmente restrita à liberdade política. E a superação desse conceito, insuficiente para a solução dos problemas reais da sociedade, se deu mediante o desenvolvimento do conceito de "liberdade social"[604]. Fruto da extrapolação dos trabalhos de Lorenz von Stein e Otto von Bismarck, a *liberdade social* floresceu especialmente na Alemanha, entre o final do século XIX e o início do século XX (encontrando seu auge na década de 1920, durante a República de Weimar), expandindo-se para todo o mundo durante a segunda metade do século XX, após a devastação causada pela Segunda Guerra Mundial.

A reinterpretação do conceito de liberdade – da *liberdade individual* para a *liberdade social* – passou pela admissão de um papel dúplice do Estado[605]: o primeiro, de caráter negativo, ligado à ideia de Estado garantista, que deve atuar para permitir aos cidadãos o exercício de suas individualidades, conforme regras claras, prévia e democraticamente[606] instituídas (garantia do *status quo*); o segundo, de caráter positivo, ligado à concepção de um Estado promotor de direitos[607], "criador de liberdades"[608], interessado pelos interesses coletivos[609], voltado à concretização dos princípios da solidariedade e da eticidade.

---

602 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 185.
603 Ibidem, p. 184.
604 Ibidem, p. 188.
605 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 376-377.
606 Embora, como defende Paulo Bonavides, o Estado Social "tanto se compadece com o totalitarismo como, também, com a democracia", diferenciando-se a primeira da segunda hipótese pelo simples fato de que, no Estado social da democracia, as constituições promovem não apenas os direitos sociais, mas também oferecem "a garantia tutelar dos direitos da personalidade" (BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, op. cit., p. 188).
607 O que é chamado por Norberto Bobbio de "fenômeno do direito promocional": "O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo - a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático". (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função.* Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007, p. 71).
608 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 377.
609 Como afirma Robert Alexy, "é possível defender o conceito de direito geral de liberdade e, ao mesmo tempo, conferir quase sempre um maior peso aos princípios ligados a interesses coletivos, de forma a que, no fim, pouco reste definitivamente para a liberdade negativa" (Ibidem).

Essa nova visão da *liberdade* resultou em um movimento constitucionalista global, que teve por objetivo formalizar o papel do Estado enquanto *criador de liberdades*, incorporando aos sistemas jurídicos internos os chamados *direitos fundamentais de segunda geração*, assim entendidos os direitos sociais, econômicos e culturais oriundos do reconhecimento da *igualdade real*, popularizada pelo brocardo segundo o qual *deve-se tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*. Tratam-se de direitos que se somam àqueles de primeira geração, de natureza garantista, e cuja concretização exige a conduta proativa do Estado.

Foram vários os diplomas jurídicos que, a partir do início do século XX, passaram por revisão para abarcar os direitos de segunda geração[610]. Destacam-se, por seu pioneirismo e abrangência, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919[611], que, nas palavras de André Ramos Tavares, trouxeram para o plano jurídico-constitucional de seus países, dispositivos que assegurassem "a prevalência do interesse público sobre os egoísticos interesses privados e individuais decorrentes do liberalismo exacerbado e seu individualismo correlato"[612].

Inseridos no plano constitucional, os valores sociais naturalmente estenderam seu alcance ao direito privado. "A disciplina de institutos do direito privado é incorporada à Constituição, de sorte a impor a institutos do direito privado uma verdadeira função social. Trata-se do primado da socialidade"[613,614], cuja aplicação, no âmbito do direito civil, visa a temperar o rigor de enunciados fechados com a flexibilidade dos valores morais e éticos[615].

---

610 Tais Constituições, com conteúdo amplamente programático, são chamadas pela doutrina de "Constituições Dirigentes". Como explica Gilberto Bercovici: "A diferença essencial, que surge a partir do 'constitucionalismo social' do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é 'programática' - hoje diríamos 'dirigente'. A Constituição Econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia preestabelecida do mercado. Ela quer uma nova ordem econômica; quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado. As Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente" (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33-34).

611 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 57.

612 Ibidem.

613 AMARAL, Luiz Fernando Prudente do. *Contrato e Teoria do Adimplemento Substancial*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 33.

614 Miguel Reale remete ao primado da socialidade para sustentar a adequação da sua teoria tridimensional do direito, que expande a análise do direito ao plano dos fatos. Afirma o autor: "Nesse sentido verificam-se, no campo jurídico, algumas alterações de fundo, como a afirmação, por exemplo, de uma verdade esquecida no clima individualista anterior, de que o legislador e o jurista devem ter sempre presentes

Trazido ao direito privado, a liberdade social (*socialidade*) terminou por impactar substancialmente a noção tradicional de autonomia da vontade[616]. Se antes a *liberdade individualista*, partindo de uma premissa de igualdade entre os indivíduos, garantia às manifestações de vontade força absoluta, a *liberdade social* passou a fixar "condições e limites"[617] à concretização da vontade, *condições* e *limites* esses que representam o alinhamento da vontade aos valores que norteiam o Estado Social. Nas palavras de Emílio Betti, "se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças a sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses; a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal com ela a compreende, de harmonia com a sociabilidade da sua função ordenadora"[618].

O *princípio da autonomia da vontade* sofre, portanto, uma importante releitura, passando, o direito dos contratos, a orbitar em torno de um novo princípio, que se convencionou chamar de *princípio da autonomia privada*. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, são contundes ao afirmar que a substituição do princípio da *autonomia da vontade* pelo princípio da *autonomia privada* é resultado direto

---

alguns pressupostos básicos de ordem moral. A título de exemplo, lembro o movimento da 'socialidade do Direito', a volta a soluções fundadas no exame da 'natureza das coisas', bem como o reconhecimento de que é impossível reduzir a vida jurídica a meras fórmulas lógicas ou a um simples encadeamento de fatos, devendo reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o freqüente apelo que se volta a fazer a idéias como a de eqüidade, probidade, boa-fé etc., a fim de captar-se a vida social na totalidade de suas significações para o homem situado 'em razão de suas circunstâncias'" (REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XIV-XV).

615 Em "O Direito como Experiência", Miguel Reale estuda o direito sob a ótica de harmonização de suas estruturas rígidas às vicissitudes da vida social, sob a ótica da concreção jurídica. Em sua análise, Reale aponta o valor fundamentada moral e da ética na estrutura axiológica do Direito: "Daí ter-se dito que o direito é uma espécie de moral objetiva ou o *mínimo ético*, expressão dúbia que parece olvidar a funcionalidade essencial que existe entre o mundo moral e o jurídico. O direito não poderá ser jamais a sobra do naufrágio dos valôres morais, ainda que seja para garantir à sociedade uma desoladora sobrevivência. Mínimo ético só haveria se todos infringissem as regras jurídicas e só um homem restasse em condições de aplicar a sanção, mas acontece que, ao ser aplicada a sanção, ressurgiria, em tôda a intensidade, a fôrça dos valôres éticos, o que demonstra a solidariedade da vida espiritual" (REALE, Miguel. *O Direito como Experiência.* Introdução à Epistemologia Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 273).

616 Segundo Diez-Picazo: "*La intervención del Estado en la vida económica es un postulado indeclinable a partir sobre todo de la primera guerra mundial, y ello tiene su reflejo en la limitación que experimenta el dogma de la autonomía de la voluntad junto con la concepción del Estado social de Derecho, es decir, de un Estado conformador de un orden social justo (FORSTHOFF). Son innumerables los aspectos concretos que pudiéramos enumerar como demostrativos de esa intervención estatal o de esa limitación de la autonomía de la voluntad (...)*" (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil…, op. cit., p. 21).

617 BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 86.

618 Ibidem.

da "revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico"[619].

A *autonomia privada* é conceituada por Pietro Perlingieri como "o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos"[620]. Como explica Francisco Amaral, enquanto a *autonomia da vontade* "tem uma conotação subjetiva, psicológica"[621], a *autonomia privada* "exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real"[622].

A antiga autonomia da vontade é, portanto, emoldurada pelos limites impostos pelos princípios de cunho ético que norteiam o Estado social, princípios esses que, atualmente, ganham novos contornos, como descreve Antonio Junqueira de Azevedo:

> Aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três - os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses *novos princípios*? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato[623].

Emílio Betti apresenta, com clareza ímpar, o *status* da *vontade* no contexto do conceito moderno de *autonomia privada*. Crítico contumaz daqueles que, ainda hoje, caracterizam o "negócio [jurídico] como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos"[624], por entender que o "dogma da vontade" não apreenderia a essência do negócio jurídico, essência essa que se encontraria "no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social"[625]. Na visão de Betti, o negócio jurídico se constituiria por três elementos: forma, conteúdo e causa. A vontade (em seu *conteúdo psicológico*, como um *querer*), se apresentaria em momento anterior a tais elementos constituintes - e sequer seria expressada, necessariamente, por eles. "Só na medida em que [a vontade] se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social"[626] e, somente então, caracteriza-se o

---

619 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada..., op. cit., p. 46-47.
620 PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil, op. cit., p. 17.
621 AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 131.
622 Ibidem.
623 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit., p. 140.
624 BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 91.
625 Ibidem.
626 Ibidem, p. 89.

primeiro elemento constitutivo do negócio jurídico: a forma. No entanto, a forma não é suficiente a constituir um negócio jurídico: é necessário, ainda, que haja conteúdo (*i.e.* detalhamento de interesses concretos e lícitos) e causa (*i.e.* razão de ser, a função econômico-social a que se presta o negócio). Na visão de Betti, portanto, a *vontade* subsiste no âmbito da *autonomia privada*, mas possui papel secundário, impreciso e insuficiente para caracterizar o negócio jurídico[627].

A doutrina tem reconhecido que o princípio da autonomia privada se concretizaria por meio de quatro subprincípios, a saber: a) o princípio da *liberdade contratual*, que se materializa na faculdade de escolher o que, com quem e como contratar; b) o princípio do *consensualismo*, segundo o qual os contratos se formalizam independente de forma específica; c) o princípio da *relatividade dos efeitos*, que limita a eficácia do contrato às partes a ele expressamente aderentes; e d) o princípio da *força obrigatória*, que determina que o contrato é lei entre as partes, de modo que sua inexecução sujeita o infrator a sancionamento. Esses (sub)princípios, como visto, não variam em relação à tradicional teoria da autonomia da vontade. O que muda é que, quando inseridos no âmbito da autonomia privada, tais (sub)princípios não se expressam ilimitadamente. Ao revés, sua expressão é relativa e se justifica apenas na medida em que se alinhar aos fundamentos maiores do Estado, fundamentos esses que, na concepção de Francisco Amaral, resumem-se pela ordem pública e pelos bons costumes[628], conceitos que abarcam o apanhado de valores e princípios que regem o Estado social moderno, notadamente a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e da função social do contrato[629]. São esses os princípios que, modernamente, norteiam a relação contratual e orientam a formação, execução e conclusão dos contratos.

---

[627] A visão de Betti não é, contudo, unânime. Há autores que, como Couto e Silva, ainda admitem que, mesmo sob a égide da autonomia privada, a vontade continua "a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada", ainda que ponderada por elementos de conteúdo moral, social, ético, que a ela se sobrepõem (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo*,* op. cit., p. 31). Teresa Negreiros, por sua vez, ressalta que, se é equivocada a "absolutização da força jurígena da vontade individual", parece igualmente equivocada uma "absolutização às avessas, através da negação pura e simples dos aspectos voluntarísticos que constituem o instituto contratual". Para a autora, "a autonomia da vontade e os princípios que em torno dela fundaram o modelo clássico de contrato devem hoje ser relidos à luz da Constituição - o que, embora não os anule, certamente os modifica em aspectos essenciais" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 111-112).

[628] AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 136.

[629] Razão pela qual afirma Teresa Negreiros que "a análise da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social consiste, portanto, no primeiro e imprescindível passo para que se percebam as modificações que o enfoque constitucional é capaz de produzir sobre a teoria dos contratos" (NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 111-112).

Revestido por esses novos princípios, o contrato passa, nas palavras de Eros Grau, por um processo de *objetivação* e *despersonalização*[630], por meio do qual passam a ser elaborados e interpretados sob um novo paradigma, a concretização dos valores sociais. Como explica Eros Grau, contudo, as mudanças ocorrem no plano axiológico, pois "o Direito, neste tema, continua cumprindo o seu duplo papel: viabilizando, e justificando, as relações que fluem, segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas públicas voltadas justamente à preservação do mercado"[631]. O que muda são as organizações econômica e social, e os valores expressados por elas no âmago da sociedade. O Direito se readéqua a esse novo contexto.

3.3. O Código Civil de 2002 e a consagração da autonomia privada enquanto expressão da eticidade, solidariedade e operabilidade

Inspirado no Código Civil Napoleônico, o Código Civil Brasileiro de 1916 adotou uma visão voluntarista do negócio jurídico, valorizando o individualismo, a igualdade formal e a prevalência da liberdade contratual. Alinhado ao modelo de sua época, e com o intuito de compor um "sistema de regras destinado a reger uma nação fundamentalmente agrária"[632], o Código Civil de 1916 optou por cláusulas fechadas, pela lógica do formalismo e pela adoção de modelos subsuntivos rígidos, que representavam um distanciamento do plano concreto e privilegiavam a abstração jurídica.

O Código Civil de 2002 rompeu abruptamente com esse modelo. Nas palavras do Supervisor da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil", Miguel Reale, a "elaboração do novo Código com base em novos princípios ou paradigmas teóricos, superando o formalismo e o individualismo do Código de 1916"[633], representou uma das mais importantes conquistas do novo diploma. Como comentou Nelson Nery Júnior, em artigo publicado nos primeiros meses de vigência do então novo Código, "muda-se o perfil político-ideológico do Código Civil, de liberal (CC/1916) para social (CC de 2002), com a

---

630 GRAU, Eros. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 96, p. 423-433, 2001, p. 426.

631 Ibidem, p. 432.

632 REALE, Miguel. A sanção da lei que instituiu o novo Código Civil. Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil". In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, p. 17-19, 2003, p. 17.

633 REALE, Miguel. O Código Civil após um ano de vigência, op. cit., p. 2.

utilização de técnica legislativa mista, principalmente pela adoção das denominadas cláusulas gerais"[634].

Nessa medida, o Código Civil de 2002 adere ao sistema constitucional pós-1988, incorporando a *socialidade* e a *eticidade* entre seus paradigmas, e, nessa medida, expressando no plano infraconstitucional o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, ditos de segunda geração (cristalizados, respectivamente, nos artigos 1º, III e, especialmente, 6º da Constituição Federal). Como avalia Nelson Nery, pode-se falar em "socialidade para caracterizar-se o perfil do novo Código Civil"[635]

Para tanto, o Código Civil de 2002 optou pela adoção de "um sistema que não seja fechado, que não seja aberto, mas que seja *móvel*"[636], já há muito defendido por Judith Martins Costa, quando o Código era um mero Projeto sujeito à apreciação do Congresso[637]. Com isso, quer-se referir a um sistema que possua dispositivos relativamente precisos, que confiram ao jurista certeza e segurança jurídica, mas que admitam um grau de mobilidade suficiente para a concretização dos princípios orientadores do sistema. O Código Civil de 2002 adotou, portanto, uma "técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais"[638].

O recurso às *cláusulas gerais* e aos *conceitos indeterminados* confere ao Código Civil de 2002 o atributo da *operabilidade*, pois impede a formação de conceitos jurídicos estanques e permite a evolução natural do direito, sempre alinhado aos princípios orientadores do sistema (notadamente a boa-fé e a função social). Para Judith Martins-Costa, cláusulas gerais são aberturas do sistema pelas quais os princípios buscam concretude[639]. "Por esta via, ideias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como 'pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas'"[640].

---

634 NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, p. 398-444, 2003, p. 415.

635 Ibidem.

636 Ibidem, p. 401.

637 MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

638 NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, op. cit., p. 401.

639 MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, op. cit., p. 21.

640 Ibidem.

A mudança de concepção trazida pelo Código Civil de 2002 é de fundamental importância para o direito dos contratos. Isso porque, se é verdade que as partes continuam livres para estabelecerem negócios jurídicos com o propósito de circulação de bens e serviços[641], é igualmente certo que o exercício dessa liberdade passa a se dar sob outro paradigma, como também é certo que os contratos passam a ser interpretados sob outros horizontes hermenêuticos, visando à concretização dos princípios da boa-fé e da função social.

Com o Código Civil de 2002, o voluntarismo dá lugar à *autonomia privada*. As partes permanecem autorizadas a entabular relações jurídicas de caráter patrimonial, mas devem fazê-lo nos limites da *eticidade* e de modo a observar a sua *função econômico-social*[642]. Com o novo Código, a função econômico-social do negócio jurídico é galgada à posição de elemento essencial de sua validade e eficácia. E observe-se o impacto crítico desse postulado: para ser válido e eficaz, não basta mais que o negócio jurídico possua partes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do Código Civil). Esses requisitos refletem apenas uma primeira etapa da avaliação. A efetiva validade e eficácia do negócio jurídico depende da verificação de sua compatibilidade com os primados de eticidade e sociabilidade dispersos no Código, por meio de cláusulas gerais[643] (como os já mencionados artigos 113[644], 187[645], 421[646] e 422[647]), sendo, portanto, fundamental a observância de sua função econômico-social[648].

---

641 Afinal, como bem esclarece Emílio Betti, "se a circulação dos bens e serviços, como, de um modo geral, o desenvolvimento de relações entre os indivíduos, representa uma necessidade vital de qualquer sociedade, é óbvio que também o direito, na função ordenadora a que é destinado no âmbito do organismo social (*ub societas ib jus*), deve corresponder à mesma exigência" (BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 79).

642 Opta-se, nesta oportunidade, pela expressão consagrada pelo artigo 334 do Código Civil Português, à qual se reportará, novamente, ao se discutir o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos e, mais especificamente, ao se discutir o abuso de direito.

643 NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, op. cit., p. 416. Nesse sentido também o Enunciado 431, da V Jornada de Direito Civil: "A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais".

644 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

645 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.

646 Como se abordará adiante, a redação original do artigo 421 era a seguinte: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Contudo, referido dispositivo passou por recente alteração (ganhando, inclusive, um artigo 421-A), promovida pela Lei nº 13.874, de 2019 – a chamada Lei da liberdade econômica -, que não o descaracteriza enquanto cláusula geral, mas traz a ele novos contornos. A nova redação é a seguinte:
"Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Esse aspecto é particularmente importante para o objeto deste trabalho, já que coloca em questão a interpretação literal de uma disposição contratual à revelia de sua função econômico-social. A nós parece claro que, diante do contexto ético-social imposto pelo novo Código, tal interpretação não é possível. Seja na formação, na conclusão, na execução, no término, ou mesmo após o seu fim, o contrato deve ser entabulado e interpretado segundo os ditames da boa-fé objetiva e da função social. Tais princípios representam barreiras intransponíveis ao exercício da autonomia das partes e, nessa medida, definem os limites da autonomia privada contemplada pelo Código Civil brasileiro.

Vale notar, contudo, que ao se atribuir tamanha importância aos limitadores ético-sociais, não se quer tolher a importância da liberdade contratual. O Brasil, como se sabe, é um Estado democrático de direito, que funciona sob a organização econômica capitalista, o que, por si só, garante à liberdade contratual *status* relevante. Tal condição não se resume ao plano político-filosófico: encontra-se positivada nos artigos 1º, IV e 170, da Constituição Federal, que estabelecem a *livre iniciativa* como fundamento do Estado brasileiro[649], fundamento esse que foi recentemente reforçado pela Lei nº 13.874/2019 (a chamada Lei da Liberdade Econômica), que institui, em seu artigo 3º, a "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica", e tem por objetivo mitigar o controle estatal sobre as atividades exercidas por entes particulares. Note-se, contudo, que *os dois princípios que promovem a liberdade contratual a patamar constitucional, qualificam a livre iniciativa em função da socialidade*: no primeiro caso, fala-se no *valor social da livre iniciativa*, no segundo fala-se no *exercício da livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social*. A

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada".

647 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

648 Conclusão essa que nos remete à teoria italiana da causa, que será avaliada com maior detalhamento no Capítulo 4 deste trabalho, oportunidade em que se apontará a oposição que a ela hoje se faz..

649 "A ideia de *função social do contrato* está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (art. lº, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, *caput*, da Constituição da República, de novo, salienta, o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit., p. 141-142).

função social do contrato, portanto, continua a encontrar seu espaço na Carta Magna brasileira.

3.3.1. Breves considerações sobre o princípio da função social do contrato

Sobre a boa-fé objetiva e suas funções já se teve a oportunidade de tratar por ocasião do capítulo inaugural deste trabalho. Sua aplicação sobre a teoria dos contratos é notória, assim como é inquestionável sua importância para a interpretação do direito resolutório sob a égide do Código Civil de 2002. À função social do contrato, no entanto, só se referiu lateralmente. Trata-se, no entanto, de elemento igualmente crítico para a compreensão da teoria dos contratos à luz do novo Código e, bem por isso, merece alguma reflexão, ainda que perfunctória.

3.3.1.1.A função social e o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos

A função social do contrato apresenta natureza jurídica dúplice em nosso sistema[650]. É, ao mesmo tempo, princípio geral do direito e cláusula geral[651]. É princípio, na medida em que explicita um valor protegido pelo sistema e estabelece tal valor como um fim a ser atingido[652]. É cláusula geral, na medida em que se concretiza por meio de norma genérica, abrangente, que operacionaliza a valoração do caso concreto[653]. O princípio encontra-se expresso na Constituição Federal, em especial pelo artigo 1º, incisos

---

[650] A natureza dúplice (ou mesmo múltipla) de elementos de expressivo conteúdo axiológico é, por sinal, algo comum em nosso direito. É o caso da boa-fé: princípio geral de direito não expressamente positivado (embora possa ser aproximada da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, III, da Constituição Federal), que se apresenta como cláusula geral (artigos 113, 187 e 422 do Código Civil), além de orientar inúmeras regras específicas do nosso ordenamento. É também o caso, por exemplo, da vedação ao enriquecimento sem causa: princípio não positivado que se expressa, na forma de cláusula específica, por meio do artigo 884 do Código Civil. E assim poderíamos listar inúmeros exemplos, haja vista que os princípios, por seu caráter finalístico e programático costumam orientar o ordenamento, embasando a criação de normas gerais e específicas, que os expressam e concretizam.

[651] "*Lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la 'abstracción' o el 'carácter general', sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al 'precepto'. Tanto si esta posibilidad viene dada por un supuesto legal, tanto si el ámbito de aplicación está fijado casuística o institucionalmente, tanto si los criterios para la aplicación son precisados por 'hechos jurídicos', por convención, dogmática o juicios de valor colectivos (como 'buena fe') - en todos los casos, incluso en la llamada 'cláusula general', el precepto jurídico da una instrucción para grupos detallables de casos, dejando un espacio mayor o menor a la discreción del juez*" (ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 66).

[652] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.78.

[653] MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, op. cit., p. 21.

III e IV (que definem como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana e a o valor social da livre iniciativa) e pelo artigo 170 (que exalta a primazia da justiça social). A cláusula geral se apresenta no artigo 421 do Código Civil, que exprime os valores constitucionais por meio da sujeição do contrato à concretização da socialidade.

A inserção da função social no plano constitucional, como já se teve a oportunidade de descrever, é fruto do processo histórico de decadência do liberalismo clássico e afirmação do estado social, que, no plano jurídico, refletiu-se no *constitucionalismo social*[654], com a incorporação dos *direitos sociais* aos fundamentos dos Estados modernos. A recepção da *função social* no plano infraconstitucional, mais especificamente na *esfera do direito privado*, se deu por um *movimento paralelo de funcionalização dos direitos subjetivos*[655] que, reduzindo as fronteiras existentes entre direito público e privado, buscou reconhecer a repercussão supra-individual dos direitos privados, conciliando-os com os direitos sociais.

Explica Menezes Cordeiro que o conceito clássico de direito subjetivo, defendido por Savigny e Puchta, envolveria uma concepção puramente "teórico-jurídica"[656], segundo a qual o direito subjetivo refletiria um "poder da vontade"[657], *i.e.* um poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo, para livre exercício de sua autonomia da vontade. Tal concepção, prevalente até o início do século XX, foi desafiada por Jhering e sua visão finalística do direito. Optando por uma abordagem primariamente "significativo-ideológico"[658], Jhering deslocou o conceito de direito subjetivo da forma para o conteúdo – ou, nas palavras de Menezes Cordeiro, "do seu funcionamento para o seu escopo"[659]. Para

---

654 "As Constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns - particularmente, a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições são consideradas parte do novo 'constitucionalismo social' que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e em alguns americanos. Em torno destas Constituições, adjetivadas de sociais, programáticas ou econômicas, vai se dar um intenso debate teórico e ideológico". (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*, op. cit., p. 11).

655 "A atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois, já por isto, ser objeto de estranhamento. Até porque, uma tal atribuição insere-se no movimento da *funcionalização dos direitos subjetivos*, o qual, há muitas décadas, já não seria novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas Constituições do século XX como tentativa de buscar 'um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade' (MARTINS-COSTA. Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção", op. cit., p. 13).

656 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 663.

657 Ibidem, p. 662.

658 Ibidem, p. 663.

659 Ibidem.

Jhering, "ter um direito [subjetivo], significa[ria] que existe para nós alguma coisa que o poder do Estado reconhece e para a qual ele nos concede a sua proteção"[660].

É bem verdade que o enfoque de Jhering não era propriamente a substância dos direitos subjetivos, mas sim o *escopo do poder conferido ao indivíduo*: se antes se reconhecia o *poder do indivíduo para exercer sua vontade*, agora passava a se reconhecer o *poder do indivíduo para exercer as faculdades que lhe eram conferidas pelo ordenamento jurídico*. Esse é, por sinal, o conceito que a melhor doutrina reproduz ainda hoje. Nesse sentido, explica Eros Grau que a noção de direito subjetivo "*não se reduz à facultas agendi*": "o Direito subjetivo, reafirme-se, é a permissão jurídica para o uso da *facultas agendi*. Permissão, do uso de faculdades humanas (faculdades que estão no homem, não no Direito), concedida por normas jurídicas"[661]. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro, para quem "o direito subjectivo é uma permissão normativa de aproveitamento específico"[662] atribuído pelo ordenamento jurídico. Mas ainda que o conteúdo desse *aproveitamento* não tenha sido, ao menos naquele momento inicial, incorporado à sua concepção de direito subjetivo, ao mitigar "a defesa pura dos interesses individuais"[663], Jhering havia dado o primeiro passo rumo à *funcionalização dos direitos subjetivos*.

O processo de *funcionalização dos direitos subjetivos*, portanto, teve início no segundo terço do século XIX, com a ruptura significativo-ideológica proposta por Jhering ao individualismo que houvera se consolidado, no século anterior, sob o conceito kantiano de autonomia[664]. Como ressalta Franz Wieacker:

> A última imagem de conjunto coerente do direito privado, a da pandectística, provinha da sociedade burguesa, que se tinha começado a impor do ponto de vista social e económico, desde o séc. XVIII na Inglaterra, depois em França e, finalmente, na Alemanha, a partir do primeiro terço do séc. XIX. A Alemanha, que perdera então a oportunidade de instaurar a democracia, inseriu então nesta imagem a concepção moral da filosofia idealista. A ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o direito privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autónoma do ponto de vista moral. Aqui se baseavam a capacidade

---

660 JHERING, Rudolph von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Ca, s.d., p. 57.
661 GRAU, Eros. Um novo paradigma dos contratos, op. cit., p. 428.
662 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 662.
663 Ibidem, p. 664.
664 Como defendeu Kant em sua *Fundamentação da metafísica dos costumes*, publicada em 1785, "autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal" (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Textos selecionados. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 144).

> jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação (desde que na Europa ocidental e central o estado constitucional, em ligação com o patronato, deixou de privar as classes trabalhadoras da liberdade de associação). A isto corresponderam as grandes figuras do sistema do direito privado: o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autónoma das partes, o contrato como estrita ligação, intersubjectiva entre sujeitos autónomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado e total de domínio e de exclusão, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas colectivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas[665].

O movimento eclodido por Jhering, na Alemanha, promoveu um esmorecimento gradual do conceito técnico-individualista de direito subjetivo, processo esse que se intensificou no período pós-guerras: mais lentamente, após a primeira guerra, exponencialmente após a segunda.

Os primeiros reflexos foram sentidos na França, berço do Iluminismo e terra do Código Napoleônico, onde, já nas décadas de 20 e 30, autores como Duguit, Ripert e Josserand começaram a colocar em cheque o *laissez faire laissez passer* e o contrato como *la loi des parties*, transportando para o direito privado aspectos do constitucionalismo social, que começava a se consolidar em algumas partes do mundo. Em 1927, por exemplo, Josserand, publicou o livro "*De l'esprit des droits et de leur relativité*", defendendo que "*toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir*"[666], razão pela qual os direitos "*ne doivent être exercés que socialement*"[667]. De acordo com Josserand, "*dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions; ils doivent demeurer dans le plan de la fonction à laquelle ils correspondent, sinon leur titulaire commet un détournement, un abus de droit*"[668]. Anos mais tarde, em 1934, o mesmo Josserand publicou "*A evolução moderna do conceito de contrato*", reconhecendo que "as relações obrigacionais operam ao redor de relações econômicas e sociais e a intensificação destas determina fatalmente o desenvolvimento daquelas"[669], razão pela qual, observava

---

665 WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 717.

666 JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*: théorie dite de l'abus des droits. Paris: Dalloz, 1927, p. 369.

667 Ibidem.

668 Ibidem, p. 370.

669 JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, n. 5, p. 337-351, out./dez. 2018, p. 351.

Josserand, estaria ocorrendo "uma 'desromanização' do contrato e uma adaptação ao mundo econômico e social do século XX"[670].

Menezes Cordeiro aponta que o movimento, no entanto, intensificou-se após a segunda guerra mundial, de modo que, gradualmente, a noção de socialidade dos direitos privados passou a "colorir as ordens jurídicas pós-liberais"[671], agregando ao plano significativo-ideológico do direito subjetivo elementos como "a cooperação, a participação e a responsabilidade ou a existência de deveres imanentes, de que a chamada função social é exemplo"[672]. A partir dessa nova concepção significativo-ideológica, o direito continental europeu verificou uma mudança cada vez mais intensa do direito dos contratos. E como explica Franz Wieacker, "as três características essenciais desta mudança são a relativização dos direitos privados pela sua função social, a vinculação ético-social destes direitos e o recuo perante o formalismo do sistema do direito privado clássico do séc. XIX"[673].

Como visto, o processo de ressignificação ideológica dos direitos subjetivos, impulsionado não só pelo constitucionalismo social, mas pela atuação dos teóricos civilistas no intuito de compatibilizar os direitos individuais à nova lógica coletiva, terminou por "alargar a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social"[674], bem como por atribuir aos direitos subjetivos caráter finalístico – ou de direito-função, como preferiu chamar Josserand. Esse processo culminou num importante movimento codificador (com curso especialmente ao longo do século XX) - inaugurado pelo Código Civil alemão e seguido por tantos outros, dentre os quais o Código Brasileiro de 2002 – que teve por propósito flexibilizar institutos de caráter historicamente individualistas (como é o caso da propriedade)[675], bem como

---

670 JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato, op. cit., p. 351.
671 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 664.
672 Ibidem.
673 WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, op. cit., p. 624.
674 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 81.
675 "A atribuição de uma função social à propriedade está inserida no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos que, desde o final do século XIX vem promovendo a reconstrução de institutos centrais do Direito moderno, tais quais a propriedade e o contrato, corno urna tentativa de 'buscar um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade'. Com efeito, a cláusula da 'função social' exerce papel central na superação do modelo proprietário oferecido no século XIX pelo Code Napóleon e pela Pandectística, possibilitando, nas palavras de Stefano Rodotà, as bases para a 'reconstrução do instituto da propriedade'" (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v.2, n. 4, p. 575-639, 2004, p. 621).

produzir sistemas relativamente abertos, por meio da adoção de cláusulas gerais de conteúdo ético-social, dentre as quais a *cláusula geral da função social do contrato*[676].

Ao optar pela abertura do sistema, contudo, esse movimento codificador não conseguiu (e, a bem da verdade, nem teve por objetivo) delimitar o escopo da *função social do contrato*. A doutrina a tem interpretado, assim, segundo perspectivas que podem ser, didaticamente, agrupadas em quatro grandes grupos, não necessariamente excludentes entre si: a) função social do contrato enquanto elemento instrumentalizador da atividade econômica; b) função social do contrato enquanto mitigação do princípio da relatividade; c) função social do contrato enquanto promotora do solidarismo nas relações privadas; e d) função social do contrato enquanto meio de controle da utilidade social.

3.3.1.2. Função social do contrato enquanto elemento instrumentalizador da atividade econômica

No primeiro caso, a doutrina interpreta a *função social do contrato* de forma mais restritiva, à luz da própria *finalidade econômica do contrato*. Como sustentam Enzo Roppo[677] e Emílio Betti[678], a função precípua, primordial, do contrato, é justamente a de racionalizar a atividade econômica, mediante a viabilização da circulação de bens e serviços. Ao fazê-lo, acredita-se, o contrato seria capaz de permitir a ativação da economia, a circulação de riquezas, o aumento da produção, a geração de empregos, tudo em verdadeira cascata positiva. Nessa medida, como "a primordial função do contrato é a econômica"[679], o mero desempenho desse fim já seria suficiente para atribuir ao contrato uma função social relevante.

Não são muitos, nos tempos atuais, os doutrinadores que defendem ser essa a *única* interpretação possível para a função social do contrato. Trata-se, esta, de uma visão

---

[676] "Assim como ocorre com a função social da propriedade, a atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo '*mito jusnaturalista*' que a recobrira na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios" (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação", op. cit., p. 630-631).

[677] ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 7-24.

[678] BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 76-91.

[679] AMARAL, Luiz Fernando Prudente do. Contrato e teoria do adimplemento substancial, op. cit., p. 60.

bastante estrita do *direito-função* de Josserand, para quem existiriam três classes de direito subjetivo:"*1º Les droits non causé; 2º Les droits à esprit égoïste; 3º Les droits à esprit altruiste*"[680]. Para Josserand, ainda que todo direito tivesse um caráter social, a expressão dessa socialidade se daria pelo exercício do direito conforme sua função originária (que representaria um meio para a consecução do fim social[681]). Assim, concluía Josserand, que o exercício regular de um direito se daria na medida em que tal direito fosse exercido em conformidade com sua função originária. Partindo dessa premissa, alguns autores passaram a defender que, em se tratando, o contrato, de uma ferramenta que tem por *função* a circulação de riquezas – dela decorrendo, naturalmente, efeitos socialmente positivos – bastaria que tal função estivesse atendida, para que o exercício do direito de contratar fosse considerado regular. Com concessões pontuais, essa parece ser a opinião de Menezes Cordeiro[682], que interpreta a função social do contrato à luz do sistema português, que a consagrou, enquanto cláusula geral, na disciplina do abuso de direito[683], sob a alcunha de "*função social ou econômica*".

Para Menezes Cordeiro, a função socioeconômica do contrato deve ser interpretada com *cautela*, por importar potencial "supressão radial das liberdades pessoais"[684], o que resultaria em contradição com aspectos fundamentais do direito dos contratos, afinal "quando o Direito atribua ou reconheça, às pessoas, espaços de liberdade, genéricos ou específicos, pressupõe, à partida, campos de livre arbítrio"[685]. Por isso, entende Menezes Cordeiro que "a menção 'função social e econômica' não viabiliza determinações em abstrato"[686] o que leva o autor a defender "a inexistência, como princípio dispositivo, de uma função social e económica"[687]. Em nítida referência a teoria do direito-função de Josserand, Menezes Cordeiro sustenta que a função social e econômica seria uma "relíquia da Ciência Jurídica francesa"[688], com renovado conteúdo sociológico, e que, embora útil ao seu tempo (para combater abusos manifestos de direitos), não se faria mais necessária, pois "os progressos da Ciência do Direito tornam

680 JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits et de leur relativité, op. cit., p. 371.
681 Ibidem, p. 392.
682 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 1230-1233.
683 Código Civil Português - Artigo 334 - Abuso do direito - É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.
684 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 1230.
685 Ibidem.
686 Ibidem, p. 1231.
687 Ibidem, p. 1232.
688 Ibidem.

esses cuidados substituíveis, com vantagem, pelas dimensões funcionais, teleológicas e sinépicas das operações de interpretação-aplicação"[689].

Certamente sob a influência do Código Civil português, essa posição reticente quanto à função social do contrato parece ser algo comum na doutrina lusitana. Antunes Varela, por exemplo, também parece inclinar-se para uma análise mais sóbria do instituto, associando-o ao caráter finalístico dos direitos subjetivos. Segundo o autor, a função social e econômica de cada direito deve ser examinada segundo as características inerentes a cada direito, pois "há, na verdade, direitos acentuadamente subordinados a determinado fim (...) a par de outros em que se reconhece a maior liberdade de decisão do titular"[690]. Tal racional sugere a inclinação do autor no sentido de que o atendimento da função originária de um direito poderia ser interpretado como observância de sua função social.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu é ainda mais incisivo ao manifestar seu desconforto com relação à função social ou econômica dos direitos, expressão que, em sua visão, "é de facto bem imprecisa"[691], razão pela qual "melhor fora se o art. 334.º referisse apenas 'fim (ou função) desse direito'"[692]. O claro apego do autor à teoria finalística se reflete nos comentários tecidos em relação à *função social da propriedade*[693]. Afirma Coutinho de Abreu: "o que eu não aceito é defender-se essa função de tal modo que transpareça não haver lugar para a função *individual* ou que esta se subordina à social. Não concordo com o uso inflacionado de 'função' ou 'vinculação social' – na maior parte das vezes sem se explicar o que isso quer dizer – de maneira a sugerir que a propriedade está ontologicamente obrigada a prosseguir finalidades específicas de caráter supra-individual"[694].

A nosso ver, a interpretação defendida pelos juristas lusitanos à *função social do contrato* é demasiado restrita, pouco agrega ao sistema anterior[695] e, bem por isso, não

---

689 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 1231.

690 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 545.

691 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Do abuso de direito, op. cit., p. 67.

692 Ibidem.

693 Do ponto de vista significativo-ideológico, ou mesmo axiológico, o autor equipara a função social da propriedade à função social do contrato, na medida em que representariam diferentes perspectivas da mesma *função social dos direitos privados*. (Ibidem, p. 38 e 67).

694 Ibidem, p. 38-39.

695 De fato, antes do advento do novo Código, e da cláusula geral do artigo 421, a doutrina brasileira também tendia a limitar o escopo da função social. Era nesse sentido, por exemplo, a posição de Fernando Campos Scaff, em artigo publicado em 1996: "Este é, portanto, o fim verdadeiro e claro desta idéia de função social do contrato, como expressão da própria liberdade dos indivíduos, em reger, livremente, seus interesses. Exaure-se, como afirma Gino Gorla, a função social do contrato, 'em manter a ordem e a paz social, obedecendo ao mesmo tempo as particulares exigências de certeza e de justiça entre os particulares'. Reconhecer tal função social do contrato, significa, em suma, reconhecer o aludido vínculo da liberdade individual com a possibilidade de realização de negócios jurídicos" (SCAFF, Fernando

parece explicar satisfatoriamente o escopo e a abrangência do comando geral inserido no artigo 421 do Código Civil brasileiro. Referido dispositivo, topologicamente situado nas disposições gerais dos contratos, parece reverberar o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos para o direito privado brasileiro, visando, portanto, agregar à autonomia privada uma perspectiva solidarista, coletivista. Nesse sentido, não parece lógico que a expressa sujeição da liberdade contratual à função social, concebida pelo artigo 421 do Código Civil, tenha por objetivo simplesmente reafirmar postulados decaídos da liberdade contratual[696]. Para tanto, bastaria ao novo Código silenciar a esse respeito.

A despeito disso, foi exatamente essa interpretação conservadora a que prevaleceu durante a I Jornada de Direito Civil (realizada em 12 e 13 de setembro de 2002) e a I Jornada de Direito Comercial (realizada de 22 a 24 de outubro de 2012), ambas promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e coordenadas pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, com o intuito de debater o novo Código Civil e elaborar enunciados sobre as questões consideradas críticas. As primeiras Jornadas produziram seis enunciados acerca do artigo 421 do Código Civil[697], das quais três merecem destaque, por seu conteúdo alinhado à visão restritiva da função social do contrato:

> I Jornada de Direito Civil - Enunciado 23 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.
>
> I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 26 - O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade, op. cit., p. 153).

696 Nas palavras de Gustavo Tepedino: "A função social, em última análise, importa 'imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinharia a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato'". (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p. 149).

697 Os outros dois enunciados foram os seguintes: (a) I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 21 - Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais; (b) I Jornada de Direito Civil - Enunciado 21 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; e (c) I Jornada de Direito Civil - Enunciado 22 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.

> I Jornada de Direito Comercial - Enunciado 29 - Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

É possível perceber, nos três enunciados acima transcritos, uma particular preocupação com *a delimitação da função social do contrato*, visando alocar sua eficácia a direitos, regras ou grupos específicos. Nesse sentido, o Enunciado 23 da I Jornada de Direito Civil reafirma expressamente o *princípio da autonomia contratual*, reconhecendo a mitigação do seu alcance apenas em situações específicas, que envolvam "interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana". A I Jornada de Direito Comercial, por sua vez, tem o cuidado de reafirmar as "especificidades dos contratos empresariais", afirmando que se sujeitariam às imposições da função social e da boa-fé objetiva. Contudo, em razão de suas especificidades, para atender à função social, bastaria ao contrato empresarial que não acarretasse "prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial". Trata-se, evidentemente, de visão excessivamente restritiva, que não parece alinhada com as palavras de Miguel Reale, presentes na Exposição de Motivos que acompanhou o Anteprojeto do Código Civil, que indicavam que seria um dos pontos fundamentais na nova norma:

> Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a *liberdade de contratar* só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica[698].

Sinalizando um maior conforto com a aplicação das cláusulas abertas trazidas pelo Código Civil, contudo, as jornadas subsequentes flexibilizaram sensivelmente a visão restritiva inicial, ampliando a compreensão do artigo 421 do Código Civil e oferecendo à função social do contrato interpretações e aplicações mais coerentes com o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos. As últimas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal apresentaram ao menos quatro relevantes enunciados, que merecem transcrição:

---

[698] BRASIL. Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Brasília, DF, 2005. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319 >. Data de acesso: 28 nov. 2019.

> III Jornada de Direito Civil - Enunciado 167 - Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.
>
> IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 360 - O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.
>
> IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 361 - O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.
>
> V Jornada de Direito Civil - Enunciado 431 - A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais.

O posicionamento das últimas Jornadas de Direito Civil parece mais proximamente alinhado com a percepção atual da comunidade jurídica brasileira, mais abrangente e consistente com uma visão substancial, axiológica, do ordenamento, pregada pelas chamadas *jurisprudência dos interesses*[699] e, mais recentemente, *jurisprudência dos valores*[700], que concebem no jurista o papel de interpretar e integrar os princípios e regras

---

[699] Acerca da *jurisprudência dos interesses* recomenda-se a leitura do fundador da doutrina, Philipp Heck (HECK, Philipp. *A interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo: Saraiva, 1947) e de Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 63 e seguintes).
Conforme explica Larenz, "Enquanto 'a orientação anterior, a Jurisprudência dos conceitos', limita o juiz 'à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos' - e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim 'o primado da lógica' no trabalho juscientífico -, a Jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para 'o primado da indagação da vida e da valoração da vida'(...). A Jurisprudência dos interesses - e esta é a sua afirmação justeorética fundamental - considera o Direito como 'tutela de interesses'. Significa isto que os preceitos legislativos – que também para HECK constituem essencialmente o Direito – 'não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses' (...). As leis são 'as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento'. Na tomada de consciência disto, garante-nos HECK, reside 'o cerne da Jurisprudência dos interesses', sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de 'conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses' (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 64-66).

[700] Sobre a *jurisprudência de valores* (ou *jurisprudência da/de valoração*, ou *das valorações*), recomenda-se a leitura do próprio Karl Larenz (LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 163 e seguintes) e Franz Wieacker, (WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno*,* op. cit., p. 665 e seguintes).
Explica Franz Wieacker que: segunda geração da jurisprudência dos interesses tem-se a si mesma como 'jurisprudência das valorações'; ela exprime deste modo o seu repúdio em relação aos pontos de partida naturalistas da Escola. Na época seguinte, ela extravasou este círculo, dominando a maior parte das gerações de civilistas que se seguiram, e, por fim, também a jurisprudência civilista (...) É precisamente neste pressuposto. (preparado por Jhering) de que os direitos subjectivos privados devem ser encarados

em sintonia com os interesses em jogo e com os valores estimados pelo ordenamento. A recente movimentação legislativa acerca do tema, contudo, não parece ir no mesmo sentido.

Em abril de 2019, o novo Governo Federal, afeito às ideias liberais, editou a Medida Provisória nº 881, com o propósito de reafirmar o primado da livre iniciativa e estabelecer garantias à atividade empresarial. Após meses de debates no Congresso Nacional, a referida medida provisória foi convertida em Lei em setembro de 2019, recebendo o nº 13.874/2019 e a alcunha de "Lei da Liberdade Econômica". Dentre as alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica, chama a atenção a alteração do regime do artigo 421, com o evidente propósito de delimitar (e limitar) o âmbito de incidência da cláusula geral da função social do contrato.

A Lei da Liberdade Econômica modificou o artigo 421 da seguinte forma: (a) alterou a redação do *caput*, para retirar a bastante questionada expressão que impunha que o exercício da liberdade contratual se desse não apenas nos limites, mas "*em razão*" da função social; (b) criou um parágrafo único para o artigo 421, sujeitando sua aplicação ao "princípio da intervenção mínima" e à "excepcionalidade da revisão contratual"; e (c) criou o artigo 421-A, estabelecendo aos contratos empresariais uma presunção *juris tantum* de *paridade* e *simetria*, e elencando critérios de aplicação da função social do contrato, com o intuito de garantir a prevalência da autonomia das partes para estabelecer as convenções. O texto final ficou assim redigido:

> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
> Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.
>
> Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o

como meios de satisfação dos interesses individuais, que se explicita a fundamental vinculação deste método de achamento da solução jurídica à concepção naturalista do direito: a legitimação autêntica dos direitos subjectivos privados é constituída pela avaliação de tais interesses conflituais e pela decisão quanto à precedência de um dos dois interesses em conflito. O facto de, com isto, a própria ordem jurídica objectiva ser concebida, no sentido naturalista, como uma constituição humana de finalidades psicologicamente *determinada* é traído pela circunstância de a primeira jurisprudência dos interesses (a chamada 'genética') compreender paradoxalmente a lei como expressão de representações causais das aspirações do legislador - isto, de resto, sem uma aparente necessidade para a construção do seu método e sem inconvenientes no plano da sua utilização *prática* na aplicação jurisprudencial da lei. A jurisprudência das valorações dos dias de hoje abandonou de forma consequente estes pontos de partida naturalísticos'" (WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno*,* op. cit., p. 665-667).

> afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
> I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
> II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
> III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Pela novidade do tema, ainda é bastante escassa a doutrina a seu respeito. A nosso ver, contudo, ao menos dois pontos merecem breve comentário, sendo o primeiro atinente ao parágrafo único incluído no artigo 421 e sua pretensão de *limitar a função social do contrato sem fundamento em critério técnico e com base em princípio estranho ao direito civil*. A esse respeito, acompanhamos o raciocínio de Anderson Schreiber:

> A MP n. 881/2019 também introduziu no art. 421 um parágrafo único, que estabelece a prevalência de um assim chamado 'princípio da intervenção mínima do Estado' e reserva caráter 'excepcional' à revisão contratual 'determinada de forma externa às partes'. Mais uma vez, o equívoco salta aos olhos. Não existe um 'princípio da intervenção mínima do Estado'; a intervenção do Estado nas relações contratuais de natureza privada é imprescindível, quer para assegurar a força vinculante dos contratos, quer para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive das normas constitucionais, de hierarquia superior à referida Medida Provisória. A MP n. 881/2019 parece ter se deixado se levar aqui por uma certa ideologia que enxerga o Estado como inimigo da liberdade de contratar, quando, na verdade, a presença do Estado – e, por conseguinte, o próprio Direito – afigura-se necessária para assegurar o exercício da referida liberdade [701].

Ao que parece, a referência ao "princípio da intervenção mínima do Estado" reflete a tentativa do legislador de dissociar o direito público do direito privado e, com isso, desestimular o recurso exacerbado à função social como critério de verificação da validade e da eficácia dos negócios jurídicos. É possível, no entanto, que a medida não produza efeitos relevantes, uma vez que, como afirma Flávio Tartuce, "a afirmação de que a intervenção do Estado não constitui regra, mas exceção, já poderia ser retirada da própria ideia da autonomia privada ou da força obrigatória da convenção"[702], razão pela qual o

---

[701] SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 245.

[702] TARTUCE, Flávio. *A "Lei da Liberdade Econômica" (Lei n. 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil.* Segunda parte. Mudanças no âmbito do direito contratual. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/a77b7-lei-liberdade-economica-2_revisado.doc>. Data de acesso: 29 nov. 2019.

dispositivo representa mais uma sinalização de direcionamento estatal que verdadeiro avanço legislativo.

O segundo ponto que merece comentário é fato de a reforma ter reincorporado ao Código Civil os conceitos de contratos civis e contratos empresariais, esquecidos desde a entrada em vigor do novo diploma, que havia unificado o seu tratamento. Novamente nos parece que a alteração reflete mais um posicionamento ideológico do novo Governo que uma verdadeira inovação jurídica, haja vista que, a despeito da unificação dogmática intentada pelo novo Código, os conceitos continuavam a ser utilizados pela doutrina e pela jurisprudência[703] como referência para a diferenciação entre contratos paritários e contratos não-paritários (em que existe desequilíbrio entre as partes). De toda forma, ainda que tenha sido reintroduzida no Código com o mero propósito de *afastar dos contratos empresariais o dirigismo contratual*, parece que a alteração poderá servir de norte interpretativo para situações limítrofes, que envolvam os chamados contratos existenciais (que, por sua natureza, são valorados de forma diferenciada[704]).

Contudo, mesmo diante do avanço liberal promovido pela Lei da Liberdade Econômica, parece-nos que a sistemática do Código Civil brasileiro, assim como a própria racionalidade jurídica, continua a impor uma interpretação mais ampla da função social do contrato, alinhada aos valores ético-sociais esposados pelo diploma civilista. É nesse sentido que a doutrina majoritária a tem apreciado e, a nosso ver, continuará a apreciar: à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do solidarismo. Sob essa perspectiva, tem-se interpretado a função social do contrato, na maior parte das vezes de forma não excludente, ora a) sob a ótica da projeção dos efeitos do contrato sob a esfera de direitos de

---

[703] Mesmo após o Código de 2002, permanecia nesse sentido a posição do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os seguintes julgados, lembrados por Flávio Tartuce (op. cit.):
"Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais" (STJ, REsp 936.741/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012).
"Efetivamente, no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado. Com efeito, o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia" (STJ, REsp 1.447.082/TO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/5/2016, DJe 13/5/2016).

[704] Acerca do dualismo entre contratos existenciais e contratos empresariais, trataremos no capítulo 4, na expectativa de que tal dualismo possa ser considerado um critério de aferimento das hipóteses de adimplemento substancial.

terceiros; ora b) sob um *viés positivo*, apontando-se a função social do contrato como agente promotor do solidarismo nas relações privadas; ora c) sob um viés *negativo*, atuando, a função social como meio de controle da utilidade social do contrato (visto ele como um todo, ou a partir dos seus elementos internos). Essas perspectivas são aclaradas, brevemente, nos itens seguintes.

3.3.1.3.Função social do contrato enquanto mitigação do princípio da relatividade

Dentre as interpretações que reconhecem na função social do contrato algo além do que a reafirmação da liberdade contratual, a visão mais sutil é a de quem enxerga nela "se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato"[705], assim entendida a regra que limita os efeitos dos contratos apenas às partes dele integrantes, não a terceiros[706]. Entende-se que, à medida em que o contrato deixa de constituir uma unidade independente e passa a ser lido dentro do contexto social no qual está inserido, passam a existir potenciais zonas de interferência entre os *interesses individuais dos contratantes* e os *interesses de terceiros, da coletividade* (ou, mais amplamente, o *interesse público*). Como verifica Claudio Godoy, "o contrato tem uma função social projetada, em primeiro lugar, entre as próprias partes contratantes"[707], sendo certo, todavia, que "projete-se igualmente sobre o corpo social e a bem do próprio desenvolvimento da sociedade"[708].

Explica Nelson Rosenvald que "há relativo consenso entre os doutrinadores acerca da função social externa do contrato, como reflexo de sua eficácia perante a comunidade, transcendendo à polarização entre as partes. Reporta-se ao diálogo de cooperação entre os contratantes e os 'terceiros', prevenindo-se ofensas recíprocas através da edificação de um ambiente de cooperação"[709]. No mesmo sentido Humberto Theodoro Neto, que sustenta que "ao contrário do que se possa ter pensado afoitamente, a função social do contrato não representa puramente um princípio de garantia para uma parte dentro da relação interna em face da outra. Pressupõe sempre, ao contrário, uma repercussão dela no mundo externo ou o inverso"[710]. É Teresa Negreiros, no entanto, quem

---

[705] NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, op. cit., p. 423.
[706] AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 134.
[707] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 147.
[708] Ibidem.
[709] ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. *MPMG Jurídico*, Minas Gerais, ano 2, n. 9, p. 10-20, abr./jun. 2007, p. 12.
[710] THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 154.

trata longamente deste tema em sua "Teoria do Contrato", dividindo sua abordagem em "duas ordens de problemas": os problemas criados pelo contrato a terceiros, e os problemas criados por terceiros ao contrato.

No primeiro caso, Teresa Negreiros ressalta que, à luz da concepção clássica do princípio da relatividade, não se admitiria o pleito indenizatório do terceiro prejudicado por uma relação contratual (da qual, obviamente, não faz parte), na medida em que "o contrato constitui *res inter alios acta* e que, como tal, não está apto a lhe conferir qualquer direito"[711]. A mitigação do princípio da relatividade, contudo, colocaria em xeque tal posição. De acordo com a autora[712], como a Lei estabelece uma relação de dependência entre a relação contratual e os interesses da coletividade, terceiros prejudicados se equipariariam às partes daquela relação obrigacional (por terem, implicitamente, consentido[713] para o estabelecimento daquela relação), justificando-se a responsabilização dos contratantes.

No segundo caso, Negreiros apresenta a situação inversa, frisando que, também no caso de prejuízo sofrido pelos contratantes em razão de comportamento de terceiros, a noção clássica de contrato não acolheria um pedido indenizatório. Contudo, diante dos novos paradigmas contratuais, a autora defende que a interferência ilegítima de terceiros sobre o contrato representaria desrespeito à função social do referido contrato (na medida em que, como reconhece Humberto Theodoro Júnior, "tal modalidade de negócio jurídico tem relevante papel na ordem econômica indispensável ao desenvolvimento e aprimoramento da sociedade[714]) e, dada a aparência de licitude, caracterizaria abuso de direito[715]. Afinal, como disse Antonio Junqueira de Azevedo, "aceita a ideia de função social do contrato"[716], "os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse"[717]. Desde que tenham consciência da existência e do objeto de um contrato,

---

711 NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 233.

712 Ibidem, p. 233-244.

713 Conforme explica Teresa Negreiros, "na história do princípio da relatividade – traçada em paralelo com a história do princípio da autonomia da vontade -, tende a ocorrer uma transformação na utilização da vontade como critério de qualificação das partes contratantes: antes, só a vontade contemporânea à formação do vínculo contratual concedia a quem a manifestara a condição de parte; agora, a vontade não é mais critério, mas um limite negativo, segundo o qual não é suficiente alguém assim o querer para que outrem se torne adstrito aos efeitos obrigatórios de um contrato para cuja formação não haja consentido" (Ibidem, p. 237).

714 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 37.

715 NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 244-266.

716 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit., p. 142.

717 Ibidem.

Pedro Oliveira da Costa[718] aponta que terceiros se encontram "obrigados a não praticar quaisquer atos que atentem contra o adimplemento ou a própria existência"[719] do referido contrato.

Vale mencionar, ainda que *en passant*, que os aspectos apontados acima, ao mesmo tempo em que ilustram a mitigação do princípio da relatividade dos contratos, fortalecem a sua *oponibilidade* perante terceiros. Referindo-se à doutrina francesa, Cláudio Luiz Bueno de Godoy explica que princípio da oponibilidade complementa e amplia a extensão da *força obrigatória*, na medida em que permite a oposição do contrato perante terceiros[720]. Sob a incidência da função social do contrato, contudo, fica claro que a eficácia dessa oposição perante terceiros se expande, o que não apenas protege o contrato, enquanto fato social, mas certamente contribui para a maior segurança jurídica das relações obrigacionais.

3.3.1.4. Função social do contrato enquanto promotora do solidarismo nas relações privadas

Interpretada sob um *viés positivo*, a função social imporia ao contrato o dever de *promover* a igualdade real, mitigando vulnerabilidades e hipossuficiências, abrandando a visão de *justiça puramente comutativa* do antigo Estado liberal, e dando algum espaço à *justiça distributiva*[721] do atual Estado social. Como afirma Claudio Luiz Bueno de Godoy, "a função social do contrato não é simplesmente um limite negativo à liberdade contratual, integrando-lhe mesmo o conteúdo e cumprindo, ademais, tal qual vem de se asseverar, um papel afirmativo, positivo, de fomento de escolhas valorativas do sistema"[722].

---

[718] Aos dois problemas apontados (e resolvidos) por Teresa Negreiros, Pedro Oliveira da Costa atribui as alcunhas de "necessidade de proteção ao crédito" e "publicidade", classificando-as como sendo os "marcos teóricos eleitos pela doutrina para a aplicação do princípio da função social do contrato nesta sua faceta externa" (COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 275-302, 2005, v. 1, p. 60).

[719] COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos, op. cit., p. 59.

[720] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato, op. cit., p. 136.

[721] Conforme defende Godoy, "sob o seu aspecto de promoção do solidarismo, o contrato, na sua feição atual, deve ter efeito distributivo, o que significa também compreendê-lo como instrumento não só da racionalização da atividade econômica, mas tendo, além desse, como objetivo maior, o de garantir e mesmo facilitar o acesso ao consumo" (Ibidem, p. 145).

[722] Ibidem, p. 136.

Como explica Pietro Perlingieri, no direito privado moderno, "as situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais"[723], especialmente daquelas que "se tornaram expressões gerais do princípio da solidariedade"[724], dentre as quais destaca-se a função social do contrato. Contudo, ainda que a abordagem de Pietro Perlingieri sugira um viés negativo da função social, Maximo Bianca sustenta que a primeira forma de expressão do valor da "*solidarietà sociale*" seria o princípio da igualdade de fato[725], e que caberia ao Estado (e, aqui dizemos nós, porque não ao Direito, inclusive o privado) remover as barreiras para sua concretização[726]. A função social do contrato, segundo esta concepção de direito civil-constitucional, teria, portanto, caráter afirmativo, de promotora de igualdade, de geradora de bem-estar coletivo e, nessa medida, de concretizadora dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Ainda sob uma perspectiva promotora de direitos de caráter social, fala-se, também, na função social, como fundamento do movimento conhecido por *dirigismo contratual*[727]. Inserido no mesmo contexto de degenerescência dos paradigmas da autonomia da vontade[728], ao qual já nos referimos anteriormente, o dirigismo contratual tem como pressuposto, nas palavras de Cristiano José de Andrade, "a intervenção do

---

723 PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil*,* op. cit., p. 122.

724 Ibidem.

725 BIANCA, Massimo. *Diritto civile*: Il contratto. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 3, p. 33.

726 "*Questo valore trova la sua prima espressione nel principio dell'eguaglianza di fato che ha integrato il tradizionale principio dell'eguaglianza giuridica. Il principio dell'eguaglianza giuridica conserva piena validità, ma ora la Costituzione impone allo Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (art. 32)*" (Ibidem, p. 33-34).

727 Ensina Eros Grau, acerca do dirigismo contratual: "Ampliando-se, no entanto, as funções do Estado, passa ele, mediante a dinamização de instrumentos e mecanismos vários, a condicionar e a direcionar o exercício daquela prerrogativa. Do momento do voluntarismo, passamos ao do dirigismo contratual — na expressão cunhada por Josserand. A ação intervencionista do Estado acaba por impor a reformulação da teoria ortodoxa dos fundamentos do contrato, levando a uma minimização dessa prerrogativa. A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação - dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado - em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. Alguns autores, por isso mesmo, findam por apontar nos contratos verdadeiros instrumentos de política econômica, enfatizando René Savatier que estão eles hoje transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que em uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um país, arquitetura esta que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo, a definir. Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos". (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93-94).

728 ANDRADE, Cristiano José. Dirigismo contratual. *Revista Justitia*, São Paulo, Justitia, v. 43, p. 21-32, 1963, p. 21.

Estado nos contratos com o fim de corrigir a desigualdade econômica geradora de graves injustiças sociais"[729]. Luiz Alberto da Silva explica que, o chamado dirigismo contratual, levaria os Estados a intervir tanto antes quanto durante a formação dos contratos, seja por meio vedação à realização de determinados contratos de desinteresse público, seja por vedação a determinadas atividades econômicas, seja pela imposição do dever contratar em determinadas situações de interesse público, seja ainda pela elevada regulamentação de atividades que possuam elevada finalidade social[730]. De acordo com Luiz Alberto da Silva, ainda que o exemplo clássico de dirigismo contratual seja o contrato de trabalho "mesmo no campo estrito do direito civil, essa forma de dirigismo se faz sentir acentuadamente. Todas aquelas relações contratuais que dizem respeito a problemas que se relacionam muito de perto com a tranquilidade social têm sido, no mundo todo, regulamentadas no sentido de evitar o abuso dos poderosos. São exemplos marcantes disso as leis sobre locação de prédios urbanos, sobre gêneros de primeira necessidade etc."[731].

Vale notar, por fim, que, ao pressupor uma verdadeira análise da *justiça contratual*, com a finalidade de se promover igualdade entre as partes inseridas em uma relação obrigacional, parte (talvez a maior) da doutrina avalia essa perspectiva da função social do contrato sob a influência de outro princípio, o *princípio do equilíbrio econômico* ou *equilíbrio contratual*. É o caso de Teresa Negreiros, para quem o *princípio do equilíbrio econômico* teria fonte constitucional distinta (a saber, o artigo 3º da Constituição Federal[732], que consagra o princípio da igualdade substancial), e que tem como comando "a vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional"[733]. Na visão de Teresa Negreiros, assim como da doutrina adepta ao *princípio do equilíbrio econômico*, sua aplicação concreta está menos relacionada à questão da *justiça social* do que à questão da *justiça da relação contratual*[734]. Por isso, o *equilíbrio contratual* estaria até mesmo

---

729 ANDRADE, Cristiano José. Dirigismo contratual, op. cit., p. 27.

730 SILVA, Luis Alberto da. Dirigismo contratual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 5, p. 116-151, 1965.

731 E completa o autor: "Em todos êsses casos, procura o legislador amparar o economicamente fraco, obrigando o economicamente forte a contratar sob o império de cláusulas coercitivas, que lhe tolhem a liberdade de estipular condições excessivamente gravosas para a parte mais fraca" (Ibidem, p. 129).

732 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

733 NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 158.

734 Na visão de Antonio Junqueira de Azevedo, "o princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou do *sinalagma*, por seu turno, leva à admissão, especialmente, de duas figuras, a lesão e a excessiva onerosidade" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit.,

mais próximo da boa-fé objetiva do que da função social do contrato[735]. Fato é que boa-fé objetiva, função social e, como queira, equilíbrio econômico, são princípios complementares que, bem por isso, atuam invariavelmente em conjunto. Para os fins deste trabalho, portanto a análise ora realizada se mostra adequada e suficiente.

3.3.1.5.Função social do contrato enquanto meio de controle da utilidade social

Finalmente, sob o *viés negativo,* a função social do contrato é vista como princípio limitador de direitos, impedindo a celebração, execução ou interpretação de negócios jurídicos que importem desserviço público ou não correspondam ao interesse social. Trata-se, certamente, do aspecto mais difundido da função social do contrato, seja em razão da literalidade do artigo 421 do Código Civil (que prevê a função social como *limite* ao exercício da liberdade contratual), seja pela natureza do vínculo obrigacional que, via de regra, se estabelece pela livre iniciativa, para a execução de interesses privados (razão pela qual faz sentido enxergar a função social, na maior parte dos casos, como verdadeira moldura dentro da qual devem se situar os contratos). Conforme esclarece Fernando Noronha:

> com relação aos contratos, o interesse fundamental da questão da função social das obrigações está em mostrar que a liberdade contratual (ou, mais amplamente, a autonomia privada) não se justifica, e deve cessar, quando afetar *valores maiores da sociedade*, supra-contratuais, e, além disso e agora no âmbito estritamente contratual, também deve sofrer restrições quando conduzir a graves desequilíbrios entre os direitos e obrigações das partes, que sejam atentatórios de valores da justiça, que também têm peso social[736].

Vê-se, portanto, a função social como verdadeira margem dentro da qual devem se situar os negócios jurídicos celebrados por entes privados, sob pena de, ao transpassá-la, prejudicarem sua validade e eficácia[737].

Judith Martins-Costa prefere a analogia a um "muro formado por preocupações solidaristas"[738], ressaltando que, segundo uma *teoria puramente externa dos direitos*

---

p. 141).

735 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato*,* op. cit., p. 46.

736 NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, op. cit., p. 47-48.

737 Nesse ponto nos reportamos, uma vez mais, ao Enunciado 431 da V Jornada de Direito Civil, que cristalizou o entendimento de que "a violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais".

738 MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista*

subjetivos, diante da "oposição entre função social e liberdade contratual"[739], caberia à função social um papel "monocórdio, atuando somente como limite e gerando deveres negativos"[740]. Ressalta Judith Martins-Costa, contudo, que, ainda que a função social do contrato do artigo 421 do Código Civil fosse interpretada exclusivamente sob esse *viés negativo*, mesmo assim sua recepção pelo direito positivo mereceria aplausos, por permitir a ultrapassagem do "esquema 'regra-exceção' que por longo tempo dominou a Teoria dos Contratos"[741]. Com essas palavras, a autora enaltece o ganho sistêmico da recepção de uma cláusula geral de função social do contrato, ainda que interpretada limitadamente, sob uma perspectiva de norma tão somente criadora de deveres negativos.

É bem verdade que, enquanto princípio de direito insculpido na Constituição Federal brasileira, a função social já se projetava sobre os contratos antes do novo Código Civil, ainda que sob outra roupagem ou mediante algum esforço interpretativo. Como ensina Humberto Theodoro Júnior, "reconhece-se, de longa data, e não apenas nos tempos atuais, que os contratantes, embora livres para ajustar os termos da convenção, deverão agir sempre dentro dos limites necessários para evitar que sua atuação negocial se torne fonte de prejuízos injustos e indesejáveis para terceiros"[742]. Contudo, o autor reconhece valor no dispositivo insculpido no Código de 2002, ressaltado que sua inclusão tem o potencial de permitir, mais facilmente, a intervenção na autonomia contratual caso a livre iniciativa resulte em "dano indevido a terceiro ou à coletividade"[743], situação em que "ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação do prejuízo acarretado a terceiros"[744].

De fato, ao se enxergar a função social do contrato em seu viés negativo, enquanto limitadora de direito e criadora de deveres, parece que o ponto crítico seria a definição do limiar entre a *utilidade individual* e a *utilidade pública ou social*, de modo que o exercício da primeira (enquanto expressão da liberdade contratual), não se oponha ao exercício da segunda (corolário da função social do contrato)[745]. Nesse sentido parece se posicionar

---

Direito GV, São Paulo, v.1, n.1, p. 44-66, mai. 2005, p. 49.

739 MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, op. cit., p. 49.

740 Ibidem.

741 Ibidem.

742 THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social, op. cit., p. 37-38.

743 Ibidem, p. 38.

744 Ibidem, p. 39.

745 É interessante e merece referência a exposição de Nelson Rosenvald acerca do tema. Ao analisar a função-social do contrato em comparação com a boa-fé objetiva, Rosenvald afirma que "A boa-fé é endógena, a função social do contrato é exógena". Faz, contudo, a seguinte qualificação, em tudo alinhada com a visão que ora defendemos: "Todavia, se lembrarmos da noticiada aproximação da função social do contrato com a causa do negócio jurídico, poderemos situar um espaço para a cláusula geral do

Cláudio Luiz Bueno de Godoy, para quem, "sobretudo quando externada pelo exercício da atividade jurisdicional"[746] a função social do contrato representa uma forma de "controle da juridicidade de cada contrato firmado, em função de sua consonância com a utilidade social que deve ostentar"[747].

Fernando Noronha argumenta que, para ser legítimo e compatível com a função social do contrato, o interesse do credor deve ser *sério* e *útil,* e o processo de contratação *justo* e *equilibrado*. Como não se tratam, evidentemente, de conceitos determinados e de aferição objetiva, Fernando Noronha os apresenta por meio de ilustrações, indicando que *não seriam sérias ou úteis*, aquelas *prestações consideradas fúteis*, sujeitas ao *princípio da bagatela* (como uma prestação que "consistisse na obrigatoriedade de uma pessoa cumprimentar diariamente a outra"[748]), e *não representariam processos justos e equilibrados*, aqueles celebrados em condições lesivas, de estado de perigo ou entre pessoas que não estejam em pé de igualdade ("como é o caso dos contratos padronizados e de adesão"[749]). Na mesma linha, Cláudio Luiz Bueno de Godoy reconhece modelos contratuais que sinalizam, *a priori*, "acentuada índole social"[750] e que, bem por isso, merecem atenção especial dos operadores do direito. O autor lista e analisa, como exemplo, o contrato de locação, os contratos de massa, a alienação fiduciária em garantia nos contratos de leasing, o contrato de seguro-saúde, os contratos de fornecimento de serviços essenciais (água e luz) e a aquisição financiada de imóvel.

A referência a tipos contratuais que apresentem relevado interesse social é, certamente um recurso útil para a inteligência do escopo do artigo 421 do Código Civil, representando um importante artifício para sua concretização. Não se trata, contudo, de buscar um rol exaustivo de modelos para incidência do dispositivo, mas sim uma lista de exemplos de situações de típica tensão entre a liberdade contratual e a função social do contrato. Com esse intuito, por sinal, Humberto Theodoro Júnior lista outras hipóteses que, longe de caracterizarem *tipos contratuais*, apresentam *situações contratuais* que chamariam a atuação da cláusula geral do artigo 421, como seriam os casos de contratos de

---

art. 421, mesmo no âmbito interno da relação obrigacional, sem que isso provoque um abalo no sentido da boa-fé objetiva. Ousamos mesmo afirmar que no espaço endógeno da relação negocial pode incidir a boa-fé objetiva e, simultaneamente, uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que ele deveria ostentar. O poder jurígeno da vontade é derivado das opções axiológicas do sistema" (ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato, op. cit., p. 12-13).

746 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato*,* op. cit., p. 169.

747 Ibidem.

748 NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, op. cit., p. 52.

749 Ibidem.

750 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato*,* op. cit., p. 170.

locação de imóveis incompatíveis com a natureza da propriedade e da região (comercial/residencial), contratos simulados com o objetivo de prejudicar terceiros, contratos com desvio de finalidade, etc.[751] Teresa Ancona Lopez, por sua vez, trata de categorias ainda mais abrangentes. Ao afirmar que "a função social é limite da autonomia privada", Tereza Ancona Lopez afirma que "as partes não poderão, ao regular seus interesses egoístas, prejudicar a sociedade em nenhum de seus setores, como, por exemplo, o meio ambiente, os mais fracos, os mais pobres e também não podem prejudicar os seus iguais e até os mais fortes, isto é, fazer acordos em prejuízo a empreendimentos alheios"[752].

Trata-se, como visto, de um esforço doutrinário para identificação das situações em que a função social possa expressar-se por meio do contrato, sem que tanto represente ônus exacerbado para as partes contratantes, nem limitação exagerada à autonomia privada que, como já se disse, recebe, em nosso ordenamento, guarida constitucional e infraconstitucional. Como sustenta Francisco Amaral, "função social se configura como princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção do Estado por meio de normas excepcionais, operando ainda como critério de interpretação jurídica"[753]. Mesmo assim, ressalta Amaral, a função social do contrato "não colide nem torna ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social"[754].

3.4. A recepção da teoria do adimplemento substancial pelo direito brasileiro

A teoria do adimplemento substancial chegou ao Brasil por intermédio de Clóvis do Couto e Silva[755]. Foi em artigo publicado em 1979, originalmente intitulado "Estudos de Direito Civil Brasileiro"[756], escrito por ocasião da sua participação na 1ª Jornada de

---

[751] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social, op. cit., p. 99.

[752] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 20-80, 2012, p. 64.

[753] AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 141.

[754] Ibidem.

[755] ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial ("substancial performance") do negócio jurídico como elemento impediente ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007, p. 407-408.

[756] Em compilado de textos de Couto e Silva, preparado anos depois por Vera Maria Jacob de Fradera, o artigo recebeu o título de "O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português" (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-58, 1997).

Direito Civil Luso-Brasileira, que Couto e Silva citou pela primeira vez a "*doutrina do adimplemento substancial*", apresentando-a da seguinte forma:

> O princípio da boa-fé atua defensivamente e ativamente; defensivamente, impedindo o exercício das pretensões, o que é a espécie mais antiga; ou ativamente, criando deveres, podendo inclusive restringir o princípio de o cumprimento ser completo ou integral, permitindo outra solução. É a doutrina do adimplemento substancial, estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso Boone v. Eyre, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor. Assim, sucede quando alguém se obriga a construir um prédio e a construção chega praticamente ao seu término (adimplemento substancial); não se faculta sempre, neste caso, a perda da retribuição contratada, ou a resolução do contrato por inadimplemento[757].

Não à toa, as primeiras decisões que aludiram ao adimplemento substancial foram proferidas pelos desembargadores gaúchos: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Araken de Assis e Osvaldo Steffanelo, Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior e Vicente Barrôco de Vasconcellos, todos no Tribunal de Justiça ou no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, relataram, entre 1988 e 1995, *os sete primeiros acórdãos brasileiros que, segundo se tem notícia*[758]*, expressamente recorreram à teoria para preservar o vínculo contratual*[759]. O *oitavo* acórdão, foi prolatado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em dezembro de

---

[757] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, op. cit., p. 55.

[758] Realizou-se a pesquisa nos sites de busca dos Tribunais brasileiros, individualmente, e por meio da plataforma Jusbrasil (https://www.jusbrasil.com.br/), que compila, com excelente grau de precisão, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Como se pretendia identificar apenas os acórdãos que fizessem *referência expressa à teoria do adimplemento substancial*, buscou-se pelas expressões "adimplemento substancial" e "*substantial* performance" (assim como pela variável "substancial performance", erro ortográfico comum, decorrente da equivocada derivação da palavra *substance*). Como os Tribunais não garantem a integridade absoluta de suas bases de dados, é possível (infelizmente, talvez até provável) que alguma decisão tenha sido omitida. Esse fato, no entanto, não tem qualquer impacto para o que se quer demonstrar: o pioneirismo, o vanguardismo dos Tribunais gaúchos, sob a influência de Clóvis do Couto e Silva, Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, com vasta exposição ao direito estrangeiro, igualmente pioneiro no tema da boa-fé objetiva no direito privado brasileiro.

[759] A saber: (a) TJRS, Apelação Cível nº 588016147, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Quinta Câmara Cível, julgado em 3/4/1988, publicado em [1988]; (b) TJRS, Apelação Cível nº 588012666, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Quinta Câmara Cível, julgado em 12/4/1988, publicado em [1988]; (c) TJRS, Apelação Cível nº 589016534, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Quinta Câmara Cível, julgado em 2/5/1989, publicado em [1989]; (d) TJRS, Apelação Cível nº 592059117, Relator Desembargador Araken de Assis, Primeira Câmara Cível, julgado em 24/11/1992, publicado em [1992 - 1993]; (e) TJRS, Apelação Cível nº 592026751, Relator Desembargador Osvaldo Stefanello, Sexta Câmara Cível, julgado em 16/3/1993, publicado em [1993]; (f) TARS, Apelação Cível nº 194194866, Relator Desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Sétima Câmara Cível, julgado em 30/11/1994, publicado em [1994 - 1995]; e (g) TARS, Apelação Cível nº 195134374, Relator Desembargador Vicente Barrôco de Vasconcellos, Sétima Câmara Cível, julgado em 20/12/1995, publicado em [1995 - 1996].

1995, sob a relatoria do já então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior[760]. Conforme bem aponta Jones Figueiredo Alves, "as origens jurisprudenciais tiveram o seu berço adequado, diante do magistério do jurista gaúcho Clóvis do Couto e Silva"[761].

A doutrina não destoou. Depois do referido artigo de Clóvis do Couto e Silva, em 1979, tem-se notícia de menções (ao menos mais expressivas) à teoria do adimplemento substancial em 1991, em um artigo e em um livro de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, "*Aspectos do Código de Defesa do Consumidor*"[762] e "*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*"[763]; também em 1991, na obra de Araken de Assis, "*Resolução do Contrato por Inadimplemento*"[764]; em 1993, em artigo publicado por Anelise Becker na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, "*A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*"[765]; e em 1995, em parecer de Athos Gusmão Carneiro, publicado na Revista Forense sob o título "*Ação de rescisão contratual. Doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento. Faculdade discricionária do juiz*"[766].

Curioso notar que, a despeito ter sido, reconhecidamente, esse movimento gaúcho o responsável pela flexibilização dos efeitos do inadimplemento no direito privado brasileiro, o conceito esteve próximo de adentrar o país por outra via, anos antes. O projeto de Código das Obrigações de 1965, elaborado por Caio Mário da Silva Pereira[767], sob a coordenação de Orosimbo Nonato, trazia a seguinte disposição: "art. 341 - Não será declarada a resolução, se o inadimplemento incidir em parte ínfima do contrato", denotando forte influência do Código Civil italiano de 1942 e sua já discutida *scarsa importanza*. O Código das Obrigações, no entanto, não vingou, e isso abriu a oportunidade para a chegada da teoria de origem inglesa.

---

760 STJ, REsp nº 76.362/MT, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, publicado em 1/4/1996.

761 ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial..., op. cit., p. 407.

762 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris*, v. 13, n. 52, p. 167-187, jul. 1991.

763 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 139.

764 ASSIS, Araken de. Resolução do Contrato por Inadimplemento, op. cit., p. 118-123.

765 BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 70.

766 CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de rescisão contratual. Doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento. Faculdade discricionária do juiz. *Revista Forense*, ano 91, v. 329, p. 171-178, jan./mar. 1995.

767 Afirma o próprio autor do projeto: "Anote-se, ainda, o desenvolvimento da doutrina do adimplemento substancial que havia sido previsto no projeto do Código de Obrigações de 1965, ao tratar que não haveria resolução do contrato se o inadimplemento fosse insignificante se comparado ao valor do negócio" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 167).

De toda forma, fato é que, desde os primeiros julgados, datados do final da década de 1980, o fundamento genericamente utilizado para a aplicação da teoria tem sido o princípio da boa-fé objetiva[768]. Entusiasta "da introdução de novos conceitos jurídicos, para a reformulação de alguns institutos, para o arejamento enfim do Direito das Obrigações"[769], Ruy Rosado explicava, à época em que proferia suas primeiras decisões com base na *teoria do adimplemento substancial*, que teria sido Clóvis do Couto e Silva "o primeiro a versar no Brasil, com proficiência exemplar, sobre o tema da boa-fé objetiva, princípio supremo do ordenamento civil, que a tudo preside e serve de auxílio valioso à justa regulação dos negócios; o primeiro a introduzir a ideia do adimplemento substancial como fator impeditivo do exercício do direito de resolução do contrato"[770].

De fato, como explicava Anelise Becker, na teoria do adimplemento substancial, o princípio da boa-fé objetiva "atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa-fé eximente ou absolutória), como causa de limitação do exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida" [771]. Explicava Anelise Becker, em artigo até hoje considerado pioneiro na análise das bases teóricas do instituto[772], que, a despeito de sua origem estrangeira, no sistema jurídico brasileiro seria "possível chegar-se à aplicação da doutrina do adimplemento substancial através da conjugação entre alguns artigos do Código Civil e o princípio da boa-fé objetiva"[773].

De acordo com Anelise, embora a boa-fé objetiva não estivesse positivada no Código Civil então vigente, tratava-se de *princípio geral de direito*, "cuja vigência independe de positivação, porquanto sua aplicação constitui 'o resultado das necessidades éticas essenciais'"[774]. Assim, aplicado ao sistema de inadimplemento contratual brasileiro,

---

[768] Conforme leciona Jones Figueiredo Alves: "Mencionou Couto e Silva que o princípio da boa-fé, aplicado ativamente, restringe o princípio de o cumprimento ser completo ou integral a autorizar outra solução, e, nessa diretiva, advertiu, com maior alcance, que 'não só se torna impossível o exercício do direito de resolução, como também se nega a faculdade de o beneficiário recusar-se a aceitar a prestação não integral', indicando como solução a regra de que, 'desde que haja um adimplemento substancial, está legitimado o contratante ao preço estipulado, sujeito tão-somente a uma reconvenção ou uma ação em reparação por omissões ou defeitos na execução'" (A teoria do adimplemento substancial..., op. cit., p. 408).

[769] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor, op. cit., p. 168.

[770] Ibidem.

[771] BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 70.

[772] Até onde se tem conhecimento, o primeiro *trabalho monográfico* de destaque acerca do tema foi produzido muito depois, em 2004, por Eduardo Luiz Bussatta, como requisito para obtenção de seu título de mestre em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina (BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos..., op. cit.).

[773] BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 69.

[774] Ibidem, p. 68.

o princípio da boa-fé objetiva, "por uma questão de justiça substancial e equidade"[775], atuaria para impedir fosse considerada inútil a prestação que se desviasse apenas minimamente daquela inicialmente estabelecida no programa contratual. Nessa hipótese, o credor que, com base nos artigos 1092[776] e 956[777] do Código então vigente, pleiteasse a resolução contratual alegando desinteresse na prestação, estaria pretendendo o exercício abusivo de seu direito resolutório, pois que "contrário aos ditames da boa-fé"[778].

Afirmava, por fim, a autora, que tal racional se estenderia inclusive às relações obrigacionais estabelecidas sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se, nesse caso, em favor do credor, para protegê-lo contra o eventual exercício abusivo, pelo consumidor, das proteções que lhes são oferecidas pelo referido diploma. O suporte legal seria o artigo 4º, III[779], do Código do Consumidor, que consagrou o princípio da boa-fé objetiva na esfera consumerista e teria previsto a sua aplicação "face às duas partes da relação de consumo"[780], na medida em que prega a "*compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico*" [781], bem como o "*equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores"*[782].

Diante de tudo isso, e tomando por base a secular aplicação da teoria do adimplemento substancial pelas cortes inglesas, Anelise Becker propõe três pressupostos para utilização da doutrina no território brasileiro: (i) insignificância do inadimplemento[783];

---

775 BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 70.

776 Código Civil de 1916 - Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.
Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfaze-la.
Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

777 Código Civil de 1916 - Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1058).
Parágrafo único. Se a prestação, por causa da mora se tornar inútil ao credor, este poderá enjeita-la, e exigir, satisfação das perdas e danos.

778 BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 68.

779 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

780 BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 69.

781 Art. 4º, III, do CDC.

782 Art. 4º, III, do CDC.

783 "O adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas. Por isso mantém-se o contrato, concedendo-se

(ii) satisfação do interesse do credor[784]; e (iii) diligência por parte do devedor[785]. Presentes tais pressupostos, propõe seja mantida a relação contratual, sem prejuízo do ressarcimento dos prejuízos, ainda que mínimos, sofridos pelo credor[786], a fim de evitar enriquecimento sem causa[787,788].

Embora publicado há mais de 25 anos, o artigo de Anelise continua atual. É bem verdade que o diploma civilista sobre o qual se pautou já não é o mesmo, e que algumas de suas considerações podem ser delineadas, qualificadas e, como pretendemos demonstrar

---

ao credor direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe, deve ser reparado. A avaliação da insignificância dos defeitos ou omissões deve ter por referência o contrato como um todo, e não as suas partes consideradas isoladamente" (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 63).

784 "Forte indício de que a prestação defeituosa é suficiente para atender aos interesses do credor é a sua retenção por este. (...) Entretanto, mesmo que ínfimo o descumprimento, conforme o caso, poderá representar perda total do interesse do credor pela prestação defeituosa, justificando-se a resolução" (Ibidem, p. 64).

785 "Tal dever impõe-lhe 'o adequado esforço volitivo e técnico para realizar o interesse do credor e não lesar direitos alheios. (...) Para satisfazer ou respeitar tais interesses, deve o sujeito lançar mão de todo o esforço apropriado, segundo um critério de normalidade, empregando meios materiais, observando normas técnicas e jurídicas, adotando a cautela adequada, etc.'" (Ibidem, p. 65).

786 "Cabe o ressarcimento das perdas e danos sofridos pelo credor em razão do adimplemento inexato porque, afinal, 'a parte inadimplente nunca pode lucrar por sua inadimplência e à outra nunca pode ser permitido perder por isso'" (Ibidem, p. 66).

787 O enriquecimento sem causa, como se sabe, é ao mesmo tempo princípio geral de direito e fonte de obrigações. Como fonte de obrigações, o enriquecimento sem causa é ato unilateral que gera para o lesante a obrigação de restituir o indevidamente auferido. Como princípio, função à qual ora nos referimos, é assim apresentado por Giovanni Ettore Nanni: "O enriquecimento sem causa é um dispositivo muito útil ao operador do direito para corrigir situações em que se vislumbre uma desproporção patrimonial que evidencie a violação ao espírito do preceito. Evidentemente essa conotação principiológica não poderá colidir com outra regra legal, sob pena de fraudar a ordem jurídica como um todo. O uso do enriquecimento sem causa como princípio, nesse ponto de vista, é circunscrito pelos limites legais, remédios e regras jurídicas específicas de cada situação. Se não se lesa a lei e não se substitui uma regra específica pelo preceito que veda o enriquecimento sem causa, o seu emprego como um princípio informador do direito não encontra restrição, consubstanciando-se num importante meio para viabilizar os ditames da liberdade, justiça e solidariedade". (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222).

788 O princípio dada vedação ao enriquecimento sem causa, ademais, é verdadeira *faca de dois gumes* quando se trata de adimplemento substancial: se de um lado, protege o credor, ao autorizar a compensação por perdas e danos, ainda que mínimas; de outro, protege o próprio devedor, ao impedir que o credor exima-se de cumprir sua obrigação, diante de uma obrigação contraposta apenas minimamente descumprida. Nessa segunda hipótese, é bem verdade que "os efeitos normais da resolução são *ex nunc*, com ambas as partes recolocadas na posição existe ao tempo da realização do negócio" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 63). Contudo, há situações em que, fosse admitida a resolução contratual, a recomposição do devedor minimamente inadimplente ao seu *status quo ante* não seria possível. Imagine-se, por exemplo, a situação da entrega em atraso de um móvel sob encomenda: o marceneiro teria adquirido a madeira, utilizado outras matérias primas, dedicado seu tempo à construção de um móvel cujas medidas atendem especificamente ao cômodo do contratante. Se fosse autorizada a resolução do contrato em razão de atraso mínimo (um dia, uma semana), o marceneiro não apenas teria de suportar o prejuízo já sofrido, como poderia incorrer em outros (multa contratual, por exemplo). Haveria, nesse caso, evidente enriquecimento sem causa do comprador não-inadimplente. Nesse sentido já se manifestou, por exemplo, a Corte do Estado de Maryland, nos Estados Unidos: "*The [substantial performance] is thus intended to prevent unjust enrichment. It is intended to prevent the inequity of one party obtaining the benefit of performance, although not strictly in accordance with the terms of the contract, with no obligation in return*" (*Della Ratta, Inc. v. American Better Community Developers, Inc.*, 38 Md. App. 119 (Md. Ct. Spec. App. 1977)).

nos itens seguintes, ampliada. Contudo, as bases conceituais sobre as quais se estabelece a doutrina continuam - com o perdão do trocadilho - *substancialmente* intactas.

Foram essas, portanto, as bases levadas a termo pelo então Desembargador Ruy Rosado, quando da redação de seus acórdãos paradigmáticos. Dizia Ruy Rosado: "O desfazimento [do contrato] caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno Direito das Obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos; 'mas não se permitiria o pedido de resolução, se essa pretensão viesse ferir o princípio da boa-fé'"[789].

Mas não há dúvida de que, desde o julgado inaugural de Ruy Rosado, em abril de 1988, muitos fatos juridicamente relevantes aconteceram - em especial a promulgação da nova Constituição Federal, em outubro daquele mesmo ano de 1988, e, quase 15 anos mais tarde, a entrada em vigor no novo Código Civil, em 11 de janeiro de 2003. Desde a primeira decisão de Ruy Rosado, já se passaram mais de trinta anos de exposição do Judiciário brasileiro à teoria do adimplemento substancial, resultando num interessante arcabouço jurisprudencial acerca do tema.

Por esse motivo, antes de passarmos à avaliação dos fundamentos teóricos da teoria do adimplemento substancial no sistema de direito privado brasileiro atual - como, reconhece-se, seria de se esperar neste momento do trabalho -, tomamos a liberdade promover uma pequena inversão estrutural e, antes disso, avaliar, genericamente, a evolução da jurisprudência brasileira sobre o tema, tendo como foco a atuação do Superior Tribunal de Justiça. Nessa avaliação genérica, contudo, não nos propomos a criticar os critérios adotados para aplicação da teoria: isso será tarefa para nosso derradeiro capítulo. O objetivo, por ora, é avaliar o comportamento da jurisprudência (em especial sob a ótica do STJ), durante o processo de assimilação da teoria de origem estrangeira, indicando o estado atual da discussão e as searas que ainda provocam controvérsia.

3.4.1. A evolução da jurisprudência brasileira sobre o tema

A *teoria do adimplemento substancial* é debatida pelos tribunais brasileiros há pouco mais de *trinta anos*, sendo possível dizer que é, atualmente, amplamente reconhecida pela jurisprudência. Há consenso, nos tribunais estaduais e federais, bem

[789] TJRS, Apelação Cível nº 588012666, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Quinta Câmara Cível, julgado em 12/4/1988, publicado em [1988].

como no Superior Tribunal de Justiça, de que *a teoria encontra espaço no direito brasileiro* e, portanto, deve ser utilizada como critério para a aferição das hipóteses de adimplemento e inadimplemento obrigacional.

O amplo reconhecimento da teoria pelos tribunais brasileiros, contudo, não foi imediato. Um levantamento realizado na plataforma de busca jurisprudencial Jusbrasil[790] indica que, como já dito, entre 3/4/1988 (data da primeira decisão de Ruy Rosado, no TJRS) e 1/4/1996 (data em que foi publicado o acórdão do STJ, de relatoria do mesmo Ruy Rosado), apenas *oito decisões* colegiadas teriam utilizado expressamente a teoria do adimplemento substancial como *ratio decidendi*. Nada obstante, entre a publicação do paradigmático acórdão do STJ e 11/1/2003 (data da entrada em vigor do Código Civil de 2002), teriam sido prolatados apenas outros cerca de *80 acórdãos*[791] com menção direta à referida teoria. Ou seja, mesmo depois de ter sido referendada pelo Superior Tribunal, antes da entrada em vigor do novo Código Civil não é possível identificar *nem mesmo cem acórdãos* com referência expressa ao adimplemento substancial, o que parece indicar algum desconforto dos operadores do direito quanto ao enquadramento legal da referida doutrina.

A situação se alterou bruscamente após a vigência do novo Código Civil: bastaram *três meses* para que os mesmos *100 acórdãos já fossem atingidos* e, até o final daquele ano de 2003, os registros públicos indicam que já eram *aproximadamente 1000 os acórdãos prolatados com referência expressa ao adimplemento substancial*. A partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, mesmo situações que antes eram julgadas sob o crivo exclusivo da vedação à abusividade, prevista no Código de Defesa do Consumidor, ganharam as cores do adimplemento substancial, como, por exemplo, no caso das negativas de cobertura de segurados pelo inadimplemento pontual de uma ou duas parcelas[792]. De lá para cá, o recurso à teoria cresceu exponencialmente, retornando, ao fim

---

[790] Tal como já alertado anteriormente, vale, uma vez mais, frisar que o propósito da pesquisa é puramente ilustrativo, razão pela qual são admissíveis pequenos desvios, já que não se mostram suficientes para afastar as percepções apontadas.

[791] Identificando que plataforma não teria acesso à base jurisprudencial de alguns dos extintos Tribunais de Alçada, promovemos pesquisa complementar nesse sentido.

[792] "Seguro de vida e acidentes pessoais. Cobrança. Pagamento tardio de parcela do prêmio. Fato não extintivo do contrato. (...) 'a cláusula que cuida da 'suspensão da cobertura', caso a parcela do prêmio não seja paga na data acordada, precisa receber o devido temperamento, pena de colocar o consumidor em desvantagem exagerada. E assim por que, enquanto a seguradora deixa de receber somente uma pequena fração do prêmio, o segurado fica sujeito a, sobrevindo o sinistro, perder a totalidade da indenização a que teria direito'. 'Sobre isso, aliás - continua -, doutrina e jurisprudência mais modernas têm invocado a teoria do adimplemento substancial oriunda do Direito Comparado (substancial performance). Com base na boa-fé objetiva, que é fonte de deveres e de limitações contratuais, entende-se abusiva a conduta do contratante que se nega a cumprir com o avençado e insiste na resolução do contrato apenas porque a

novembro de 2019, mais de 45.000 resultados para a pesquisa com os termos "adimplemento substancial" ou "*substantial performance*".

Mesmo que a disseminação mais alargada da teoria tenha se dado após a vigência do novo Código Civil, é inegável que a atuação precoce e reiterada no Superior Tribunal de Justiça tenha servido de norte aos demais tribunais brasileiros, uma vez que, por se tratar de matéria infraconstitucional, não há espaço para atuação do Supremo Tribunal Federal – como, por sinal, já se manifestou a Suprema Corte. Instado a se manifestar sobre a eventual ofensa aos art. 5º[793], XXXVI e LV da Constituição Federal, em decorrência de inaplicação da teoria do adimplemento substancial pelo Tribunal *a quo*, o STF rejeitou o intento, ao argumento de que seria vedado à Corte constitucional enfrentar discussão sobre "eventual violação reflexa da constituição da república"[794]. Desde então, os recursos têm sido rejeitados por decisão monocrática, com base no referido acórdão e em mediante referência às Súmulas 279[795], 454[796] e 636[797].

No Superior Tribunal de Justiça, como já dito, a questão mereceu acolhida e repetidos debates. Até o fim de novembro de 2019, foi possível identificar 63 acórdãos do STJ em que se discutiu, direta ou lateralmente, a validade e a aplicação da teoria do adimplemento substancial. E embora todos os 63 casos reconheçam, *como regra geral*, a validade e a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial no direito privado

---

outra parte deixou de pagar uma pequena fração do que devia (TJSP, Apelação com Revisão nº 9140661-76.2000.8.26.0000, Relator Desembargador Antonio Rigolin, Sétima Câmara do Quarto Grupo (Extinto 2° TAC), julgado em 22/6/2004, publicado em 30/8/2004).

793 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;(...)
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

794 Promessa de compra e venda. Rescisão de contrato. Adimplemento substancial não configurado. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXXVI e LV, da Constituição Federal. Ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido. Contraditório e ampla defesa. Debate de âmbito infraconstitucional. Eventual violação reflexa da constituição da república não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Acórdão recorrido publicado em 04.11.2014. 1. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, XXXVI e LV, da Lei Maior, nos moldes com que solvida a controvérsia pelas instâncias de origem, bem como observados os limites com que devolvida a matéria à apreciação deste Supremo Tribunal Federal demandaria vedada incursão na legislação infraconstitucional aplicada ao caso (art. 102 da Constituição da República). 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 880106, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 12/5/2015, publicado em 26/5/2015).

795 Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

796 Súmula 454- Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

797 Súmula 636 - Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

brasileiro, *em 31 deles, especialmente os mais recentes, os Ministros não chegaram a invadir a discussão de mérito*, por esbarrarem em problemas formais ou nas Súmulas 5[798], 7[799] e, posteriormente, 83[800]. E essa situação explica-se pela evolução do tema no Tribunal.

Como já dito, o STJ abordou a questão pela primeira vez em dezembro de 1995, ao julgar recurso especial interposto por beneficiária de seguro de automóvel a quem a seguradora havia recusado pagamento de indenização por atraso da última prestação do prêmio. O STJ deu provimento ao recurso, para o fim de reconhecer a abusividade da cláusula resolutória (com base no Código de Defesa do Consumidor) e, aí inovando, consagrar a teoria do adimplemento substancial, nos seguintes termos:

> A falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pois a segurada havia cumprido substancialmente o contrato. Ora, havendo o adimplemento substancial, descabe a resolução:
>
> "O adimplemento substancial, conforme o definiu o Prof. Clóvis do Couto e Silva, constitui 'um adimplemento tão próximo ao resultado final. que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização' e/ou de adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé." (Anelise Becker, A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista, Rev. da Fac. Dir. UFRGS, vol. 9/nº 1/1993, p. 60)
>
> A mesma autora, depois de registrar que inexiste fórmula para a determinação do que seja o adimplemento substancial de um contrato, cabendo a sua definição no caso concreto, o que 'pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do Direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico-subsuntivo pelo da concreção', conclui que:
>
> "O inadimplemento ou o adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso se lhe concede o direito de resolução, como medido preventiva. Mas, para que haja efetivamente um desequilíbrio, algo que pese na reciprocidade das prestações, é necessário que tal inadimplemento seja significativo a ponto de privar substancialmente o credor da prestação a que teria direito." (*op. cit.*, p. 65)[801]

O tema voltou à Quarta Turma em fevereiro de 1997, por ocasião de recurso especial envolvendo pleito resolutório decorrente de atraso na entrega de unidades

---

[798] Súmula 5 - A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial.
[799] Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.
[800] Súmula 83 - Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.
[801] STJ, REsp nº 76.362/MT, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, publicado em 1/4/1996.

imobiliárias. De toda forma, embora o Relator, Ministro Ruy Rosa, tenha reconhecido expressamente que a tese da recorrente estivesse *correta* e pudesse "ser reafirmada neste julgamento, de acordo com a teoria do adimplemento substancial e atendendo ao interesse na conservação dos contratos"[802], o recurso foi considerado formalmente inapto para julgamento, não sendo lhe dado conhecimento.

Bem por isso, a teoria do adimplemento substancial só voltou a ser materialmente apreciada pela Corte, novamente pela Quarta Turma e sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado, em março de 2001, por ocasião do julgamento de recurso especial interposto por titular de automóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, que teria sofrido busca e apreensão do referido bem por ter deixado de efetuar o pagamento da última parcela do financiamento celebrado para sua aquisição.

Reafirmando a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial – frise-se, ainda antes da entrada em vigor do novo Código Civil -, Ruy Rosado é categórico em seu voto, no sentido de que "a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito"[803]. Em voto lapidar - seguido por pares de Turma, Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro, e replicado até hoje pelos tribunais brasileiros -, Ruy Rosado justifica a aplicabilidade da teoria com apoio no direito internacional e nos princípios gerais de direito, em particular a boa-fé objetiva:

> Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para

[802] STJ, REsp nº 113.710/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/2/1997, publicado em 31/3/1997.

[803] STJ, REsp nº 272.739/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/3/2001, publicado em 2/4/2001.

> ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado[804].

Em 2002, a doutrina foi exposta pela primeira vez à apreciação de outro grupo de julgadores, sendo sua validade e aplicabilidade, *em tese*, reconhecida pela Terceira Turma do STJ, em julgamento que contou com a relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Novamente diante de situação envolvendo o pleito resolutório em contrato de seguro, decorrente de atraso no pagamento do prêmio, Nancy Andrighi reconheceu que embora "a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro [pudesse], eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual"[805], no caso concreto a tese não se aplicaria, porque, quando da ocorrência do sinistro, o segurado estaria em atraso de mais da metade do valor do prêmio. Em seu voto, foi acompanhada pelo Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito.

Já nesse momento, extravasado o âmbito da Quarta Turma e o legado do Ministro Ruy Rosado, parece-nos possível afirmar que, mesmo antes do Código Civil de 2002, já estava consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação à utilização da boa-fé, em sua função controladora, para limitar o exercício do direito resolutório diante do "adimplemento substancial". Ainda se estaria longe, é bem verdade, de uma tentativa qualquer de enumeração de critérios para a identificação das hipóteses que seriam atingidas pelo "adimplemento substancial". Mas já estava claro o princípio da boa-fé seria instrumento suficiente para, diante de situações de evidente *injustiça*, impedir o exercício irrestrito do direito resolutório.

Estabelecido o posicionamento da Corte – e, particularmente após a vigência do Código Civil – observando-se a reverberação desse posicionamento para os demais tribunais brasileiros – tornou-se mais rígido o controle de admissibilidade dos recursos especiais em matéria de *adimplemento substancial*. Como já era clara a orientação do STJ com relação à legalidade da modulação do direito resolutório, com base na boa-fé e, mais especificamente, na teoria do adimplemento substancial, os recursos passaram a não ser conhecidos (na maior parte das vezes por decisão monocrática e, eventualmente, por decisão colegiada) sempre que o recorrente pretendesse o "reexame do conjunto probatório dos autos"[806] para discutir a gravidade do adimplemento.

---

[804] STJ, REsp nº 272.739/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/3/2001, publicado em 2/4/2001.

[805] STJ, REsp nº 415.971/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/5/2002, publicado em 24/6/2002.

[806] "Agravo regimental. Venda com reserva de domínio. Busca e apreensão. Indeferimento. Adimplemento

Restou aos órgãos colegiados do STJ basicamente os casos que importavam *não reconhecimento* ou *não aplicação* da teoria do adimplemento substancial pelos Tribunais *a quo*, a despeito da reconhecida ausência de gravidade do inadimplemento[807].

Um desses casos foi apreciado pela Primeira Turma, em outubro de 2007, sob a relatoria do Ministro José Delgado. Uma empresa fornecedora de suprimentos alimentares com longo relacionamento com as Forças Armadas (aproximadamente 28 anos) teria, por motivo de força maior e por um curto período, ficado impossibilitada de entregar pontualmente os produtos contratados, fazendo-o, todavia, parceladamente e mediante prévia comunicação ao contratante. Nada obstante, usando-se da discricionariedade que lhe é oferecida pela Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), o contratante teria aplicado à empresa alimentícia pena extremamente gravosa, impedindo-a de participar do certame subsequente. Irresignada, e após infrutíferas medidas administrativas e judiciais, a empresa alimentícia interpôs recurso especial ao STJ, pleiteando autorização para participar do certame.

Mesmo tratando-se de matéria que foge ao âmbito do direito obrigacional, o caso é interessantíssimo para ilustrar os casos que passaram a ser apreciados pelas turmas julgadoras e, mais do que isso, para indicar a ascendência que, gradativamente, a boa-fé objetiva – e, mais especificamente, a teoria do adimplemento substancial – passaram a ter inclusive sobre outros ramos do direito, inclusive sobre o direito público.

Enfim, prestigiando a boa-fé objetiva enquanto princípio geral do direito[808] – e, portanto, de aplicação sobre todo o ordenamento brasileiro – o Ministro José Delgado,

---

substancial do contrato. Comprovação. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. 1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no Ag nº 607.406/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 9/11/2004, publicado em 29/11/2004).

807 A doutrina ainda aparecia, vez por outra, em meio a outras questões ainda controvertidas ou como medida de reforço argumentativo, demonstrando-se o seu reconhecimento pela Corte mas sem nenhum caráter decisório a seu respeito. Nesse sentido: REsp nº 656.103/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 12/12/2006, publicado em 26/2/2007.

808 Vale lembrar a lição de Joseph Esser, no sentido de que: "*El principio de la bona fides, tras la fachada de: las instituciones del Derecho estricto, va ganando en todas parres en substancia y afianzamiento, incluso en los países en que se distingue entre las obligaciones stricti iuris y las bonae fidei. Funcionalmente, la bona fides es un principio general para el enjuiciamiento de todos los círculos de deberes; tiene validez universal, aunque sus fórmulas y casos de aplicación se hayan adaptado a la estructura del derecho nacional respectivo. Así, aunque históricamente se den diversas gradaciones en los tipos de relaciones jurídicas equitables, aunque la relación entre deberes principales y accesorios esté configurada diversamente en atención a las formas introducidas de protección jurídica, los efectos que surte el principio sobre la atribución de deberes es tan uniforme, que apenas si el comparatista puede descubrir la menor diferencia*" (ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, op. cit., p. 477-478).

acompanhado por seus colegas de turma, entendeu por bem afastar a penalidade imposta ao ente privado, ao seguinte argumento:

> Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade[809].

Sob a ótica do direito privado, no entanto, seis temas importantes foram tratados pelo Superior Tribunal de Justiça, com o propósito de se avaliar a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial: (a) à exceção do contrato não cumprido; (b) à busca e apreensão em contratos com alienação fiduciária em garantia, (c) à reintegração de posse em contratos de arrendamento mercantil; (d) aos contratos envolvendo a compra e venda financiada de imóvel na planta; (e) aos débitos de natureza alimentar; (f) à insuficiência do depósito realizado em ação consignatória; e (g) aos contratos de seguro. Tais temas, aos quais se conferiu tratamento mais ou menos específico, serão tratados em capítulo oportuno.

Aos outros tipos contratuais, bem como aos contratos atípicos, o STJ conferiu tratamento padronizado. Não que, com isso, se queira dizer que o STJ tenha desenvolvido metodologia específica ou detalhados parâmetros de avaliação das hipóteses de aplicação da teoria. Mas há um reconhecimento geral de que, em qualquer outro caso que não aqueles listados no parágrafo anterior, o inadimplemento de pequena importância não justificaria a resolução abrupta do contrato. Em respeito à boa-fé objetiva, a adimplemento substancial impediria a resolução do contrato, resolvendo-se o saldo do crédito por meio de execução específica, se possível, ou perdas e danos.

Em ao menos cinco oportunidades, contudo, o STJ buscou enumerar alguns critérios genéricos para aferição do que seria um adimplemento dito substancial. Em todos esses casos, o posicionamento do STJ tem sido no sentido de se exigir uma *avaliação quantitativa* e uma *avaliação qualitativa* do inadimplemento. Como apontam o Ministro

[809] STJ, REsp nº 914.087/RJ, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 4/10/2007, publicado em 29/10/2007.

Sidnei Beneti e Sidnei Beneti Filho, a orientação do STJ tem indicado a necessidade não apenas de um descumprimento de parcela ínfima da obrigação, mas também de "algo mais como razão de acolhimento da teoria, por exemplo o fato da consignação efetiva da parcela restante, ou o agir do credor no sentido de admitir o não pagamento, dado o interesse próprio na manutenção do contrato"[810].

O primeiro caso em que se buscou enumerar critérios para a aferição do adimplemento substancial foi o julgamento inaugural do tema: o já citado Recurso Especial nº 76.362/MT, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que, nas palavras do Ministro Antonio Carlos Ferreira, "é até hoje a referência sobre os requisitos para a aplicação dessa doutrina no direito privado brasileiro"[811]. Nesse acórdão, Ruy Rosado propõe dois parâmetros básicos para verificação da aplicabilidade da doutrina: (a) o *descumprimento de parte ínfima da obrigação*, em comparação com o valor total do negócio (no caso, tratava-se do não pagamento da última de quatro prestações); (b) o *comportamento anterior das partes*, sinalizando tolerância com pequenos descumprimentos (situação em que a resolução representaria *venire contra factum proprium*). O acórdão relatado por Ruy Rosado deixa ainda, implícita, a noção de que a consequência do adimplemento substancial não é a liberação completa do devedor, mas apenas a vedação à resolução, por se tratar de medida extremamente onerosa e incompatível com a boa-fé. Isso porque, ao final de seu voto, o Relator indica expressamente que, embora o contrato devesse ser cumprido pela seguradora, mediante indenização do sinistro, "do crédito da autora deverá ser deduzido o valor do prêmio em atraso, com juros e correção monetária"[812].

O segundo caso que merece destaque é o julgamento do Recurso Especial nº 1.051.270/MS, de competência da Quarta Turma julgadora e sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Tratou-se, nesse caso, de reintegração de posse inadmitida, pelo Tribunal *a quo*, por descumprimento de 14% do valor integral de contrato de arrendamento mercantil de automóvel (de um financiamento de 36 parcelas, o devedor pagou 31, deixando em aberto as cinco últimas parcelas do contrato). Embora envolva arrendamento mercantil (que, conforme se disse, merecerá tratamento em apartado), o caso traça

---

[810] BENETI, Sidnei; BENETI FILHO, Sidnei. Teoria do adimplemento substancial do contrato na atualidade. *Revista do Advogado*, ano XXXVI, n. 131, p. 224-238, out. 2016, p. 228.

[811] FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 6, v. 18, p. 35-60, jan./mar. 2019, p. 50-51.

[812] STJ, REsp nº 76.362/MT, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, publicado em 1/4/1996.

considerações gerais acerca do adimplemento substancial[813], indicando como critérios para sua aplicação os seguintes: (a) o cotejamento entre inadimplemento e "adimplemento da avença durante a normalidade contratual", visando a identificar se há efetiva gravidade no inadimplemento, "a ponto de justificar a resolução da avença"; (b) a pequena importância do inadimplemento, face ao valor total do contrato; e (c) a proporcionalidade da resolução, como medida apta a satisfazer o crédito.

Acerca do referido julgado, vale, ainda, citar dois aspectos. O primeiro deles, a menção expressa ao Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil, que, em comentário aos artigos 421, 422 e 475 do Código Civil, assim concluiu: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475"[814]. Embora não tenha força de Lei, é de se notar a relevância atribuída ao Enunciado, quando merece referência, como *ratio decidendi*, em acórdão da mais alta Corte infraconstitucional brasileira.

O segundo diz respeito ao fato de que a decisão da Quarta Turma não foi unânime, representando a primeira divergência relevante do Tribunal em matéria de adimplemento substancial. O muito bem fundamentado voto divergente, de autoria do Ministro João Otávio de Noronha, não nega a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial no direito obrigacional brasileiro, mas ressalva que, em seu entender, "esse

---

[813] A consideração de abertura do Ministro Salomão, constatando o processo de funcionalização dos direitos subjetivos, é digna de transcrição: "Diante da crescente publicização do direito privado, o contrato deixou de ser a máxima expressão da autonomia da vontade para se tornar prática social de especial importância, prática essa que o Estado não pode simplesmente relegar à esfera das deliberações particulares. Instituto nascido no âmbito do Direito Privado, o contrato passou a ter colorido publicístico, exigindo do julgador a aplicação, no caso concreto, das chamadas cláusulas abertas, dentre as quais se destacam a boa-fé-objetiva e a função social. Vale dizer, não se pode mais conceber o contrato unicamente como meio de circulação de riquezas. Além disso - e principalmente -, é forma de adequação e realização social da pessoa humana e meio de acesso a bens e serviços que lhe dão dignidade" (STJ, REsp nº 1051270/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/8/2011, publicado em 5/09/2011).

[814] A aprovação do Enunciado 361 foi defendida, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal pelo Professor da Universidade do Paraná, Eduardo Luiz Bussatta, que, amparando-se no direito internacional, argumentou que: "Segundo a doutrina pátria, tal teoria [do adimplemento substancial] deve ser adotada no Direito brasileiro, seja em razão da boa-fé objetiva, na sua função de controle (limitação ao exercício das posições jurídicas ou direitos subjetivos), visto importar em exercício desequilibrado do direito à resolução ante a pequenez do inadimplemento (pequena lesão que acarreta grande sanção), seja em razão da função social do contrato, já que visa à conservação do negócio". E completou o professor: "Sem sombra de dúvida, não se pode permitir que a resolução do contrato se dê nas situações em que o adimplemento parcial se aproxima da conduta devida, porquanto há necessidade de observar a justiça contratual, isto é, a proporcionalidade. (...) Assim, urge fixar o entendimento de que só é admissível a resolução do contrato quando o inadimplemento for grave, substancial, restando afastado, conseqüentemente, quando for de escassa importância, permitindo-se à parte lesada somente a busca da tutela específica ou o equivalente em dinheiro, com acréscimo de perdas e danos em ambos os casos"(BRASIL. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 317. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jorn adas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Data de acesso: 4 dez. 2019).

mister jurisdicional" teria de se efetivar com extrema parcimônia, sob pena de "violar os princípios da segurança jurídica e da autonomia de vontades, desnaturando-se, assim, o negócio jurídico, sobretudo se a onerosidade, diante da especificidade do pacto obrigacional, constituir álea normal do contrato"[815]. Por esse motivo, o Ministro propõe que a aplicação do adimplemento substancial ao caso concreto leve em consideração critérios mais rígidos, que tenham por objetivo identificar se: (a) o inadimplemento em apreço pode ser considerado "ínfimo e de escassa importância"[816], avaliação essa que não deve pautar-se exclusivamente pelo parâmetro matemático, mas pela verificação de desinteresse do credor em ver satisfeita a parcela descumprida (o que, na visão do Ministro, só acontecerá na "hipótese de quase totalidade do cumprimento das obrigações contraídas ou do proveito que se buscava alcançar", situação em que a parte inadimplida seja considerada "inútil para o credor" [817]; (b) se, vigente o contrato, as partes comportaram-se de boa-fé (subjetiva) e demonstraram predisposição para o "positivo cumprimento do contrato" – o que, sob a perspectiva do devedor, poderia ser verificado pela demonstração de intenção de quitação do débito (seja extrajudicialmente, seja por meio de ação consignatória, seja nos próprios autos da ação resolutória).

Embora tenha saído vencido, menos pelos argumentos e critérios apresentados do que por sua efetiva subsunção ao caso concreto, o posicionamento externado pelo Ministro João Otávio de Noronha mostrou-se valioso, impactando o posicionamento futuro da Corte, especialmente nas discussões envolvendo a aplicação da teria do adimplemento substancial à alienação fiduciária em garantia, que serão apresentadas mais adiante.

Poucos meses depois, a Quarta Turma revisitou o tema e, novamente sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu por bem aplicar a teoria do adimplemento substancial a contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte (em tudo equiparado, pelo Tribunal, ao seguro de vida), ao qual houvera incidido em mora o segurado antes da ocorrência do sinistro. O argumento fundamental do acórdão diz respeito aos precedentes securitários e, mais especificamente, à necessidade de interpelação do devedor em atraso, para purgação da mora, previamente à resolução do

---

[815] Voto-Vista do Ministro João Otávio de Noronha (STJ, REsp nº 1051270/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/8/2011, publicado em 5/09/2011).

[816] No caso concreto, entendeu o Ministro que: "Na espécie, entendo que uma inadimplência próxima de 14% do montante integral do contrato de arrendamento mercantil, ainda que pago o valor residual garantido, não pode ser considerada ínfima e de escassa importância, razão pela qual não se pode atribuir inaptidão à ação de reintegração de posse por não se mostrar o pedido inicial consentâneo com a extensão do inadimplemento do devedor (Ibidem).

[817] Ibidem.

contrato por falta de pagamento[818]. E no caso dos autos, embora tivesse incorrido em atraso de 90 dias no pagamento da mensalidade do plano, o segurado tentara purgar a mora seis dias antes do sinistro, o que não fora aceito pela seguradora por suposto cancelamento prévio do contrato.

O Ministro Luis Felipe Salomão ampara-se na teoria do adimplemento substancial como argumento subsidiário, indicando que ela seria aplicável na medida em que "visa a impedir o uso imoderado do direito de resolução pelo credor, quando o rompimento do pacto não se ajusta a exigências de índole social ou pautadas pela boa-fé objetiva"[819]. Ao fazê-lo, o Ministro inovou na linha de precedentes do Tribunal, na medida em que se pautou, quase que exclusivamente, no *caráter qualitativo do inadimplemento*, como critério para aplicação da teoria do adimplemento substancial. Para o Ministro, pouco importou a quantidade de parcelas adimplidas ou inadimplidas, sendo mais razoável ponderar a gravidade do adimplemento em função: (a) do desequilíbrio existente entre as partes, havendo que se ter um olhar mais cauteloso em relação à parte considerada vulnerável; (b) do comportamento das partes durante a execução do contrato (*i.e.* se, antes do evento que deu azo ao intento resolutório, as partes cumpriram substancialmente suas obrigações; se as partes agiram em colaboração); e (c) da proporcionalidade (ou uso equilibrado) da resolução diante do inadimplemento verificado, podendo "ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios"[820]. Nesses termos, o recurso foi provido por unanimidade, acompanhando o relator os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi.

Em fevereiro de 2013, agora no âmbito da Terceira Turma e sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti, o STJ voltou a propor critérios para a aplicação do adimplemento substancial[821], ao julgar situação envolvendo compromisso de venda e compra de lotes comercializados com preço atrelado em OTNS, sobre o qual, adimplidas 182 prestações pelos compradores, remanescia controvérsia sobre a existência de saldo devedor. Ressaltando o valor da operabilidade do Código Civil de 2002[822], o acórdão indica que,

---

[818] STJ, REsp nº 316.552/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, publicado em 12/4/2004.

[819] STJ, REsp nº 877.965/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, publicado em 1/2/2012.

[820] Ibidem.

[821] STJ, REsp nº 1215289/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 5/2/2013, publicado em 21/2/2013.

[822] Vale transcrição o comentário do Ministro Sidnei Beneti com relação ao antagonismo representado pelo Código Civil de 2009 e o Código de Processo Civil anterior, então vigente: "Antes de mais nada, é

havendo dúvida quanto ao saldo devedor eventualmente remanescente, a interpretação deve ser favorável à preservação do contrato, considerando-se o adimplemento até realizado substancial para os fins de impedir a resolução do contrato (justificando, eventual saldo, ação de cobrança ou execução judicial). Para chegar a essa conclusão, Beneti indica que seriam critérios, *novamente qualitativos*, para acolhimento do adimplemento substancial: (a) a gravidade das "consequências que de fato resultaram do descumprimento"[823], sugerindo, como referencial, a *finalidade do contrato*; e (b) "a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida"[824], não podendo o descumprimento de uma cláusula de, antes, pouca importância, vir a ser considerado, injustificadamente, motivo para a resolução contratual.

Em 2016, diante do constante influxo de pleitos de acolhimento da teoria do adimplemento substancial, nos mais diversos casos e sob os mais diversos pretextos, coube à Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira[825], promover a retomada do assunto, com o intuito de esclarecer seu efetivo âmbito de aplicação e estabelecer critérios relativamente palpáveis para sua aplicação. O caso exposto a julgamento é bastante simples: trata-se de ação de reintegração de posse decorrente do inadimplemento de promessa de compra e venda de imóvel, pelo comprador, em valor superior a 30% do valor da avença. A decisão foi igualmente simples e unânime: negou-se provimento ao recurso, admitindo-se reintegração de posse, porque o valor em atraso seria muito elevado e, portanto, inapto a beneficiar-se da teoria do adimplemento substancial.

A despeito da simplicidade dos fatos e do dispositivo decisório, o caso é paradigmático, pois o voto vencedor apresenta longo estudo do Ministro Antonio Carlos Ferreira acerca das bases teóricas da teoria do adimplemento substancial – inclusive com histórico do direito alienígena –, faz um apanhado dos precedentes do STJ e dos critérios

---

oportuno esclarecer que o Código de Processo Civil, sancionado na vigência da Emenda Constitucional de 1969, consubstanciando valores e princípios diversos dos que legitimam a atual Constituição, é produto de uma concepção formal e legalista, possui menor afinidade com o espírito do novo Código Civil, de fundamentos essencialmente axiológicos. Atualmente é forçoso reconhecer que, em cada decisão judicial concreta, deve atuar o conteúdo global da ordem jurídica. Sob essa ótica, o Código de Processo Civil vigente e o novo Código Civil representam pensamentos jurídicos, histórica e filosoficamente diversos. O primeiro, normativo, orientado para a aplicação lógico-dedutiva das normas; o segundo, jurisprudencial, dispondo de princípios e cláusulas gerais, orientando o intérprete para a decisão jurídica de modo problemático-dialético, prevendo o recurso a critérios de marcante eticidade jurídica que permitam chegar à concreção jurídica, conferindo maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa, como se vê no caso dos autos" (STJ, REsp nº 1215289/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 5/2/2013, publicado em 21/2/2013).

[823] Ibidem.

[824] Ibidem.

[825] STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016.

até então adotados para acolhimento da doutrina, além de propor parâmetros e tecer considerações sobre o tema.

Com relação a esse último aspecto, o Ministro propõe que, "ressalvada a hipótese de evidente relevância, o julgamento sobre a substancialidade do descumprimento contratual não se deve prender ao exclusivo exame do critério quantitativo, mormente quando sabemos que determinadas hipóteses de violação positiva podem, eventualmente, afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio"[826]. Nesse caso, o Ministro propõe que sejam adotados *critérios quantitativos* e *qualitativos* na apuração da eventual ocorrência de adimplemento substancial, sugerindo: (a) a adoção dos já mencionados critérios indicados pelo pioneiro acórdão de relatoria do Ministro Ruy Rosado, REsp nº 76.362/MT; (b) a possibilidade de conservação do negócio, sem prejuízo da satisfação do interesse do credor (*i.e.* sem prejuízo ao direito creditício da parte não inadimplente – sugerindo-se que, ao credor, deve ser garantido o direito de perseguir a satisfação do seu crédito por meios que lhes sejam efetivos); e (c) a verificação do comportamento diligente do devedor na tentativa de adimplemento (ainda que adimplemento efetivamente obtido tenha sido imperfeito).

De acordo com o Ministro Antonio Carlos Ferreira – e, em se tratando de votação unânime, com os Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti -, a aplicação dos parâmetros acima teria como propósito uma interpretação restritiva da teoria do adimplemento substancial, uma vez que "o uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações"[827]. Isso porque, a fragilização do princípio da força obrigatória teria como consequência a alteração das bases econômicas do contrato, de modo que "a longo prazo, seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos"[828]. Por esse raciocínio, o Ministro analisa a função social do contrato elemento instrumentalizador da atividade econômica, indicando a liberdade contratual com agente norteador do equilíbrio econômico.

Vale dizer que o voto do Ministro Ferreira foi expressamente ratificado pelos Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti que, compartilhando de uma visão mais

---

[826] STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016.
[827] Ibidem.
[828] Ibidem.

cautelosa da flexibilização da força obrigatória, ressaltaram a importância de, ao se aplicar a teoria do adimplemento substancial, atentar-se para a *completa satisfação do interesse do credor*, indicando que tanto se daria mediante a possibilidade de satisfação do crédito concomitantemente à aplicação da teoria. Araújo e Gallotti sugerem, portanto, o seguinte novo parâmetro para a aplicação da doutrina: que ela só seja acolhida "quando no caso concreto houver meios de proporcionar ao credor a satisfação de seu direito, ainda que por meio outro que não aquele inicialmente previsto pelas partes". Na visão dos Ministros Araújo e Gallotti, portanto, a teoria do adimplemento substancial só poderia beneficiar o devedor quando a parcela ínfima inadimplida "possa ser, de alguma forma, compensada, para que o credor não fique ainda sujeito a ir buscar por outras vias"[829] a satisfação do seu crédito.

É esse o status atual da jurisprudência do STJ. Consolidada no sistema jurídico brasileiro como instrumento válido a flexibilizar hipóteses resolutórias injustas, dando expressão aos princípios da boa-fé e da função social do contrato, a teoria do adimplemento substancial passa por um momento de estabelecimento de seus pressupostos de aplicação. O trabalho desenvolvido, nesse sentido, pelo Superior Tribunal de Justiça é notório, havendo, contudo, espaço para aperfeiçoamento. É do que se tratará no capítulo final deste trabalho.

Concluída a análise da jurisprudência do STJ, faz-se necessário retomar a inversão metodológica proposta no início deste item, passando à análise dos fundamentos jurídicos que sustentam a teoria do adimplemento substancial no direito privado brasileiro. E, nesse momento, é fácil explicar o motivo da inversão anteriormente proposta: como se viu, a jurisprudência do STJ consagrou a teoria do adimplemento substancial sem enfrentar, ao menos propriamente, sua natureza jurídica e sua inserção no sistema formado, no direito brasileiro, pela mora e pelo inadimplemento. Simplesmente importou-se a doutrina e aplicou-a ao caso concreto.

E ainda que, em última instância, o acolhimento da doutrina se justifique pelas cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato, fato é que sua adequada alocação no sistema de inadimplemento contratual brasileiro, além de justificar adequadamente sua juridicidade, pode ser útil para a melhor compreensão do seu escopo e seu alcance. A tropicalização do instituto deve ser feita com rigor técnico, para que ele se adeque comodamente ao direito local, sob pena de resultar em incongruências e, em última

[829] STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016.

instância, minar seus efeitos potencialmente positivos. É essa avaliação que se pretende fazer no item seguinte.

3.4.2. A teoria do adimplemento substancial e sua qualificação jurídica no direito brasileiro

3.4.2.1. O sistema dicotômico do inadimplemento e o princípio da conservação dos contratos

No que diz respeito aos contratos bilaterais, aqueles em que fará sentido a aplicação da teoria do adimplemento substancial, o Código Civil Brasileiro prevê um *sistema escalonado do descumprimento*[830]. Isso quer dizer que, via de regra, descumprida a obrigação, incorre o devedor em mora. Perdurando-se e agravando-se o estado de descumprimento, a tal ponto de se extinguir o interesse objetivo do credor pela prestação, a mora converte-se em inadimplemento absoluto, restando ao credor a possibilidade de satisfação do seu crédito por meio de indenização. Como dizia Ruy Rosado, "requisito da resolução é o incumprimento definitivo"[831]. É essa a leitura que, modernamente, se faz do sistema de extinção contratual formado pelos artigos 389[832], 394[833], 395[834] (*caput* e parágrafo único) e 475[835] do Código Civil, notadamente porque sua interpretação sistemática impõe que seus efeitos sejam entendidos à luz dos artigos 187[836], 421[837] e

---

[830] Parece ser essa a característica do adimplemento que já levou o Ministro Sidnei Beneti a falar na "evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido": "Observe-se que no adimplemento substancial tem-se uma evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para uma verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as conseqüências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato" (STJ, REsp nº 1215289/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 5/2/2013, publicado em 21/2/2013).

[831] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 95.

[832] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

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

[834] Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

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

[836] 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.

[837] Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

422[838] do mesmo Código (artigos que, em conjunto, estruturam a moldura ético-social do código civil brasileiro, pois positivam os princípios da boa-fé e da função social do contrato).

Ao menos desde a publicação do Código Civil de 2002, não nos parece mais possível a interpretação de que, diante do silêncio do artigo 475, o termo "inadimplemento" ali presente referir-se-ia ao gênero[839], do qual fariam parte o "inadimplemento absoluto" e o "inadimplemento relativo" – o que, por via de consequência, outorgaria ao credor a faculdade[840] de, mesmo numa hipótese de "inadimplemento relativo", optar pela resolução ou não do contrato, conforme sua exclusiva conveniência. Como explica Anderson Schreiber, "na visão tradicional, sendo a obrigação vínculo que submete o devedor ao poder do credor, dependia da vontade desse último a definição sobre a preservação ou não do interesse útil"[841]. Por esse motivo, entendia-se que a conversão da mora em inadimplemento absoluto era decisão arbitrária do credor, sujeita à sua escolha, por critérios puramente subjetivos[842].

Atualmente, não é essa a visão da melhor doutrina[843]. O sistema, como dito, é visto de uma maneira escalonada, caracterizando-se a situação de inadimplemento absoluto apenas quando há a reunião de duas condições: (a) a *impossibilidade*[844] da prestação, por parte do devedor; e (b) a *inutilidade* da prestação, por parte do credor. A reunião dessas condições implica a constatação de *irreversibilidade do inadimplemento*, hipótese em que

---

838 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

839 "À luz do Código Civil, o inadimplemento divide-se em duas espécies: (a) o inadimplemento absoluto e (b) o inadimplemento relativo. O inadimplemento absoluto consiste no descumprimento definitivo da obrigação. O inadimplemento relativo ou mora configura-se quando a inexecução da obrigação não é definitiva, afigurando-se ainda possível seu cumprimento pelo devedor de modo a atender o interesse útil do credor" (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 358).

840 MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

841 SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 358.

842 Ibidem.

843 Nesse sentido, p.ex., Ruy Rosado de Aguiar Júnior (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 95); Cario Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 300-301); Anelise Becker (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 68-69); Miguel Maria de Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 343-344); Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 358); Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil.* Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 219-220).

844 Característica que, segundo Larenz, merece definição objetiva: "*cuándo una prestación es (objetivamente) imposible, es decir, cuándo según las concepciones del tráfico es prácticamente irrealizable para cualquiera*" (LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 301).

se configura o *inadimplemento absoluto* e nasce a *faculdade* de o credor resolver a relação obrigacional.

E diante do sistema atual, o que se sustenta é que a *inutilidade* prevista no parágrafo único do artigo 385 do Código Civil não pode ser aferida *subjetivamente*, mas sim com base no *interesse objetivo* do credor, por ser essa a única hipótese em que não haveria mais justificativa razoável para manter-se a higidez do vínculo contratual e a busca pela satisfação originária do crédito[845].

E note-se: ao se afirmar que a constatação da gravidade do inadimplemento é decorrência da verificação do *interesse objetivo do credor*, não se quer dizer que essa avaliação deva ser realizada absolutamente em abstrato. Ao contrário, concordamos com Judith Martins-Costa, no sentido de que a perda de interesse do credor é algo que deve ser "avaliado *in concreto*, tendo em conta a ponderação entre fatores objetivos (como a função e o fim econômico-social da prestação, àquilo a que ela normalmente visa satisfazer conforme o *id quod plerumque accidit*), e fatores relativos aos sujeitos (como a conduta das partes no curso da relação e o impacto do não-cumprimento na relação, tendo em vista a legítima expectativa do credor etc.)"[846]. O interesse objetivo do credor é, portanto, aquele que não diz respeito exclusivamente ao seu juízo de conveniência, que não decorre de suas arbitrariedades, que não reflete subjetivismos irracionais (como provocações, ciúme, picuinha). O interesse objetivo do credor é aquele que pode ser constatado por uma avaliação isenta, por juízo de razoabilidade, com base nos usos e costumes e no comportamento esperado do dito "*homem médio"*. Mas ao mesmo tempo, o *interesse objetivo do credor* é aquele depreendido da análise da situação concreta, à luz das particularidades dos envolvidos, da finalidade[847] do contrato[848] descumprido e, até mesmo,

---

[845] É nesse sentido o entendimento de Vaz Serra, quando sustenta que: "se, verificado o não cumprimento parcial do contrato, o credor tem interesse na parte ainda possível da prestação, não pode dizer-se que essa parte tem escassa importância para o interesse do credor, não sendo, portanto, admissível que este resolva integralmente o contrato" (SERRA, Adriano Vaz. Anotação ao Acordão do S.T.J., de 18 de Novembro de 1975. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 110, p. 332-344, 1977).

[846] MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 219.

[847] Finalidade entendida aqui não apenas como algo *abstrato*, como a *causa* do contrato - no sentido que lhe foi historicamente atribuído pela doutrina italiana, em particular por Emilio Betti (BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 91), mas no sentido *concreto* que lhe é modernamente atribuído, focado nas especificidades do interesse que se busca satisfazer. Nesse sentido, Rodrigo Barreto Cogo: "No caso do direito das obrigações, o interesse é a relação entre o contratante e a prestação. Teremos, portanto, uma prestação útil ao credor sempre que ela seja capaz de suprir a sua necessidade e dar-lhe o proveito que visa a obter com o contrato. Dessa forma, a prestação será útil quando for apta a atingir o fim almejado" (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 225).

[848] A esse respeito, vale o esclarecimento de Rodrigo Barreto Cogo, no sentido de que finalidade do contrato não se confunde com motivos ou finalidades individuais de cada contratante. Explica o autor: "A

de um juízo de proporcionalidade, que considere o modo mais ponderado de se atender satisfatoriamente ao interesse do credor[849].

Nesse sentido, parece-nos adequada a afirmação de Anderson Schreiber, de que, nesse novo cenário, recai sobre o credor "o ônus da prova da inutilidade, pois a utilidade da prestação se presume"[850]. Por sinal, embora se fale em interpretação "moderna" do sistema dicotômico de inadimplemento, Schreiber não inovou nesse aspecto. Na década de 1950, Agostinho Alvim já dizia que "dada a alegação do credor de que a prestação, devido à mora, não lhe apresenta mais utilidade, a ele cabe o ônus da prova"[851].

A nosso ver, esta análise preliminar é fundamental para se entender a lógica do sistema sobre o qual orbita a teoria do adimplemento substancial, quando inserida no direito privado brasileiro. Diferentemente do que ocorre em outros países – notadamente naqueles de origem anglo-saxônica – no direito brasileiro, a inexecução do contrato – frise-se, fora do *tempo, lugar e forma* previstos no contrato, conforme reza o artigo 394 do Código Civil – não oferece ao credor – ao menos como regra[852] - o direito automático e

---

finalidade não se identifica com o motivo, que é o porquê da contratação (causa impulsiva), não manifestado, individual, de foro íntimo do contratante. Os motivos traduzem aqueles interesses que não são apreciáveis, o que leva à tradicional afirmação da sua irrelevância. Quando queremos saber qual o motivo do contrato indagamos: por que o contrato foi celebrado? Pode ocorrer, no entanto, de o motivo ser qualificado como determinante na celebração do negócio, situação em que este passa a ter relevância para o Direito, consoante se extrai dos arts. 140 e 166, III, do Código Civil. O fato é que tanto a finalidade individual quanto os motivos da contratação são irrelevantes. Entretanto, a finalidade comum (a qual preferimos chamar de finalidade que integra o conteúdo do contrato, pois nem sempre é manifestada de forma expressa) e os motivos determinantes são interesses igualmente apreciáveis. Isso leva-nos a crer que a consideração do fim e do motivo como interesses juridicamente apreciáveis atrela-se a um mesmo critério, qual seja, o do seu conhecimento por ambas as partes. Esse conhecimento, em se tratando de motivo, deve se revelar por meio da menção expressa de que ele é determinante. Já para a finalidade, o 'conhecimento' pode ser extraído do próprio contrato (quando estiver expressamente mencionado) ou através da interpretação - integrativa - do negócio jurídico, tendo em conta a boa-fé e os usos e costumes (Código Civil, art. 113) atrelados aos critérios do tipo contratual escolhido, do preço de mercado e da normalidade (COGO, Rodrigo Barreto. A frustração do fim do contrato..., op. cit., p. 309-310).

[849] "Tal controle não se dá apenas sob o prismo subjetivo, impedindo a prática de atos emulativos de rsolução, assim entendidos aqueles que, desprovidos de qualquer utilidade para o seu titular, destinam-se exclusivamente a prejudicar a contraparte. Dá-se também sob o prisma objetivo, de modo a avaliar a proporcionalidade entre a concreta situação de inadimplemento e o efeito drástico do remédio resolutivo, à luz da possibilidade de realização do interesse comum das partes consubstanciado no específico negócio jurídico" (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 216).

[850] SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 358.

[851] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 24.

[852] Note-se que, por ora, está-se a tratar especificamente da regra gera, *i.e.*, do sistema de resolução regulado pela *cláusula resolutiva tácita* ou, como aponta Orlando Gomes, pela *cláusulas resolutivas expressas* "de estilo", usualmente genéricas e que se limitam a replicar o conteúdo da Lei, sem dispor detalhadamente sobre a qualidade / gravidade do inadimplemento de que tratam (GOMES, Orlando. *Contratos*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino, sob a coordenação de Edvaldo Brito. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32). Sobre as "cláusulas resolutivas expressas", efetiva e cuidadosamente cunhadas para regular casos concretos, bem como sobre hipóteses sujeitas a legislação específica, tratar-se-á em capítulo próprio.

imediato de resolução contratual. *Qualquer que seja a dimensão do inadimplemento*, persistindo o interesse objetivo do credor pela satisfação do crédito, está-se em situação de mora[853].

Trata-se de manifestação do *princípio da conservação dos negócios jurídicos* que, embora de origem remota, tem sido reinterpretado pela doutrina moderna à luz dos princípios da boa-fé e da função social do contrato[854]. Sob essa concepção, explica Alexandre Guerra que o princípio da conservação dos negócios jurídicos impõe, "em nome da proteção da autonomia privada e da primazia da eficácia jurídico-social, seja preservado o negócio jurídico na maior extensão possível diante das circunstâncias fáticas"[855]. Com efeito, como também sustenta o autor, "por ser o contrato considerado 'algo' dotado de utilidade jurídica, não se pode crer que qualquer fato possa redundar na sua extinção"[856].

O *princípio da conservação dos negócios jurídicos (ou princípio da conservação dos contratos)* visa à manutenção dos efeitos de um importante instrumento de circulação de riquezas, expressão da autonomia privada, propulsor da economia. Trata-se de função social inerente aos contratos, defendida inclusive por aqueles que interpretam a função social do contrato de modo mais cético. Além disso, a celebração de um contrato envolve elevados custos (diretos e de oportunidade), dedicação das partes, envolvimento de terceiros, enfim, inúmeros fatores que denotam seu elevado custo social, a ser totalmente desperdiçado caso o contrato se resolva antes de atingido o seu fim. O contrato nasce com um propósito e, sempre que possível, deve ser conduzido ao seu atingimento.

Como explica Eduardo Luiz Bussatta, "a conservação do contrato atua expressamente em duas frentes com dois sujeitos diversos: a) na criação das leis pelo legislador; b) na aplicação das normas jurídicas pelos intérpretes, especialmente pelo magistrado"[857]. É na primeira dessas frentes que se encontra o sistema dicotômico de inadimplemento consagrado pelo Código Civil brasileiro; é na segunda que se encontram

---

853 Explica Nelson Rosenvald, ao comentar o artigo 475 do Código Civil, que a parte lesada pelo inadimplemento deve avaliar se o inadimplemento gerou ou não a inutilidade da prestação, concluindo que "se a prestação ainda for viável ao credor, a hipótese ainda é de mora, o que justifica a manutenção da relação contratual" (ROSENVALD, Nelson. Arts. 421 a 480 - Contratos (geral). In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 513).

854 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato, op. cit., p. 185.

855 GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016, p. 170.

856 Ibidem, p. 171.

857 BUSSATTA, Eduardo Luiz. Princípio da Conservação dos Contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 147-169, 2007, p. 149.

os operadores do direito, enquanto intérpretes e concretizadores do sistema em sintonia com os princípios e valores que o regem.

O direito privado brasileiro moderno, portanto, admite a resolução contratual como medida extrema, de *ultima ratio*[858], inaplicável diante da existência de medidas menos gravosas que sejam capazes de proteger o credor e de melhor satisfazer seus interesses. Frise-se: *a resolução contratual, por si só, é incapaz de satisfazer ao interesse originário do credor*. Por meio da resolução, o credor pode, no máximo, ver-se compensado pelas perdas e danos sofridos em razão do desatendimento de seu interesse originário. Mas para efetivamente satisfazê-lo, terá, se assim desejar, que estabelecer um novo vínculo contratual, na esperança de que este sim venha a ser plenamente cumprido.

Note-se que a ideia da resolução como *ultima ratio* é, inclusive, refletida no Código de Processo Civil que, em seu artigo 499, ao tratar das ações relativas às obrigações de fazer e não fazer, dispõe que "a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente". Como explica Nelson Rosenvald, "a norma é incisiva: a prestação de tutela pelo equivalente monetário há de ser a última solução de tutela jurisdicional do direito a ser oferecida ao demandante, devendo apenas ser prestada se impossível se tornar a tutela específica"[859]. A nosso ver, trata-se de evidente diálogo entre os diplomas material e processual, visando à efetiva satisfação do interesse do credor (e não à mera compensação por equivalente monetário); visando à efetiva consecução do fim do contrato.

3.4.2.2.O espectro do adimplemento e sua repercussão jurídica

Diferentemente do que acontece em outros países, o direito brasileiro agrega, no conceito de mora, não apenas o *atraso* na entrega da prestação, mas também o seu *cumprimento imperfeito* (defeituoso ou parcial). Já dizia Agostinho Alvim que "é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um *retardamento*, embora, em face do nosso

---

858 "Por outro lado, o intérprete, ao se deparar com eventual causa de extinção do contrato, especialmente a rescisão e a resolução, deverá envidar seus melhores esforços para não permitir que isso ocorra. Deverá converter o contrato, reduzi-lo, revisá-lo etc. Somente como *ultima ratio* poderá decidir pela extinção" (BUSSATTA, Eduardo Luiz. Princípio da Conservação dos Contratos, op. cit., p. 150).

859 ROSENVALD, Nelson. Arts. 421 a 480 - Contratos (geral), op. cit., p. 514.

Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma, - art. 955)"[860].

Assim, tendo em vista a atual *complexidade da relação obrigacional*[861], representada por interesses e deveres múltiplos, de valoração absolutamente individualizada[862], parece-nos que o ordenamento jurídico brasileiro nos apresenta, na figura da mora, um verdadeiro *espectro do adimplemento*, no qual se insere uma *infinita gama de possibilidades de cumprimentos* que não correspondam perfeitamente a nenhum dos polos entre os quais gravitam: o *adimplemento perfeito* e o *inadimplemento absoluto*. A transformação da noção clássica de adimplemento (que o compreendia, basicamente, o cumprimento da prestação principal) foi apelidada por Anderson Schreiber de "tríplice transformação do adimplemento", por repercutir em suas esferas temporal, conceitual e consequencial[863], dando ao adimplemento novos contornos e muito maior complexidade. O reconhecimento da boa-fé e da função social do contrato como princípios norteadores do direito civil[864], ampliaram o escopo do cumprimento para além da obrigação principal, esperando-se, agora, do devedor, comportamento diligente, cooperativo, informativo, solidário. O *adimplemento perfeito*[865], assim sendo, passa a corresponder ao cumprimento de todos esses deveres e obrigações. Cada obrigação ou dever descumprido (ou cumprido

---

860 ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 29.

861 LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 37-41.

862 PERLINGIERI, Pietro. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni.* Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, p. 48-49.

863 Explica o autor: "Examinando sob estas novas lentes a noção de adimplemento (e, por conseguinte, de inadimplemento), identifica-se uma genuína transformação, que se pode, por razões didáticas, examinar sob três aspectos distintos: (i) temporal; (ii) conceitual; e (iii) consequencial. Em outras palavras, alteram-se o momento de verificação do adimplemento (tempo), as condições para sua configuração (conceito em sentido estrito) e os efeitos que dele decorrem (consequências). Em cada um destes aspectos, pode-se constatar a presença de novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva, como o inadimplemento antecipado, a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a responsabilidade pós-contratual" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, p. 3-27, out. 2007, p. 10).

864 Como sustenta Pietro Perlingieri: "The assumption that the law of obligations, as a demanding sector for its intense technicality and depth of speculation, is also ahistorical and value-free must be rebutted. Even a superficial historical comparative survey would enable us to highlight how, despite the formal preservation of the classical doctrines of the law of obligations, these have radically altered their original function, due to a structural change in both basic economic relationships and the legal system's ideology" (PERLINGIERI, Pietro. Constitutional norms and civil law relationships. *The Italian Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 17-50, 2015, p. 43-44).

865 Aline de Miranda Valverde Terra prefere falar em "prestação satisfativa": "É, portanto, neste sentido que se deve entender a prestação como prestação satisfativa: a prestação capaz de satisfazer os interesses do credor, identificada no comportamento do devedor dirigido à execução do dever principal de prestação, bem como dos vários deveres de conduta que lhe são impostos. A funcionalização da relação obrigacional conduz ao alargamento do objeto, que passa a ser estabelecido não apenas pela vontade das partes, mas também pela sistemática obrigacional" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 105, p. 181-205, set./out. 2015).

parcial ou imperfeitamente), descaracteriza o *adimplemento perfeito*, mas não necessariamente implica *inadimplemento*.

É nesse espectro que se insere o *adimplemento substancial*, assim entendido aquele adimplemento que se encontra bastante próximo de um dos polos (o d*o adimplemento perfeito*). É também nesse espectro que se encontra o chamado *inadimplemento substancial*, assim entendido o adimplemento que apresenta imperfeição tão grave que já se mostra incapaz de atender satisfatoriamente aos interesses do credor e, bem por isso, encontra-se bastante próximo do polo oposto (o do *inadimplemento absoluto*). Entre *adimplemento substancial* e *inadimplemento substancial* existe, no entanto, um sem número de situações que, a despeito de representarem um *adimplemento parcial ou imperfeito*, não são graves o suficiente para deteriorar completamente o interesse do credor pela prestação.

De fato, como já reconhecia Agostinho Alvim, diante do descumprimento da obrigação, a presunção é de que, até que se prove o contrário, a prestação continua sendo útil ao credor. "Essa utilidade presume-se, porque, via de regra, a mora ocasiona prejuízo ao credor, mas só excepcionalmente tornará inútil a prestação"[866]. No mesmo sentido é a percepção de Brandão Proença, ao dissertar sobre o sistema português[867] (onde, muito embora o conceito de mora seja limitado à noção de *atraso*, a conversão da mora em incumprimento definitivo também exige a perda objetiva do interesse na prestação)[868]. De acordo com Brandão Proença, "o legislador, ao exigir uma mora qualificada, como pressuposto resolutivo, foi sensível à constatação de que nem sempre (ou até raramente) a *mora debitoris* frustra o fim prático prosseguido"[869].

Justamente por reconhecer os prejuízos naturalmente decorrentes da mora, o artigo 395 do Código Civil imputa ao devedor os seus *ônus* (perdas e danos, juros, atualização monetária e, se for o caso, honorários advocatícios). O parágrafo único do

---

866 ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 69.

867 PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 120-121.

868 A mesma solução é defendida no ordenamento italiano, que também enxerga a mora como mero atraso. Como explica Pietro Trimarchi, tem-se defendido que a resolução do contrato "*le sia consentita solo quando sia oggettivamente venuto meno il suo interesse all'adempimento in forma specifica, e a sostegno di questa conclusione si è addotto l'art. 1256 c. 2, cod. civ., il quale dispone che, nel caso d'impossibilità temporanea, l'obbligazione si estingue 'se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*'". (TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 61). Embora concorde com a postura que visa à conservação do negócio jurídico, contudo, Trimarchi prefere fundamentar a solução em outro dispositivo legal, o artigo 1.455 do Código Civil Italiano, pautando a flexibilização do direito resolutório na regra de equidade.

869 PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 121.

mesmo artigo 395, contudo, decreta a sanção maior (a resolução do contrato), apenas para a situação de *exceção*, em que a prestação se torna efetiva e objetivamente inútil ao credor.

Os critérios para aferição dessa inutilidade serão discutidos no capítulo seguinte. Por ora, no entanto, é importante repisar que a determinação da *inutilidade* não é *faculdade* relegada à discricionariedade do credor. Não se trata de mera *opção* colocada à disposição do credor. A utilidade / inutilidade da prestação deve ser avaliada tomando por base o interesse objetivo do credor, conceito esse de conteúdo *relativo*[870], cuja ponderação sujeita-se à apreciação do juiz.

Diante desse contexto, parece-nos que assiste relativa razão a Araken de Assis quando submete a teoria do adimplemento substancial, no âmbito do direito brasileiro, ao regime da mora. Afirma o autor que "a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, *grosso modo*, ao adimplemento chamado de insatisfatório"[871], para completar que, portanto, "o juiz avaliará a existência ou não de *utilidade* na prestação, segundo determina o art. 956, parágrafo único, [atual 395, parágrafo único] do Código Civil"[872].

Nossa discordância, se é que assim podemos chamar, diz respeito apenas à aparente mitigação do valor atribuído à teoria. Isso porque, se é verdade que o *adimplemento substancial* não representa, formalmente, nova espécie de adimplemento (tratando-se, na verdade, de subespécie da mora); também é verdade que seu reconhecimento, pela doutrina e pelos tribunais, permitiu o amplo questionamento da leitura rígida que até então se fazia do direito formativo à resolução do contrato. Coube à *teoria do adimplemento substancial*, enquanto expressão da boa-fé e da função social do contrato, evidenciar a inadequação do exercício arbitrário do direito resolutório, mitigar a liberdade do credor em determinar (subjetivamente) a utilidade da prestação, trazer à baila à discussão sobre a natureza do interesse merecedor de proteção numa situação de crise contratual. Enfim, coube ao adimplemento substancial a efetiva concreção do regime da mora em seu aspecto mais crítico, e esse feito não deve ser considerado irrelevante.

Ao acolherem a teoria do adimplemento substancial, os Tribunais brasileiros admitiram, formal e expressamente, que nem todo adimplemento imperfeito é suficiente para resolver a relação contratual: nas hipóteses de descumprimento de gravidade reduzida,

---

[870] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 68.
[871] ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento, op. cit., p. 123.
[872] Ibidem.

admitiu-se a *presunção de que persistiria o interesse do credor na prestação*[873] e, assim sendo, impediram a resolução contratual – tal como impõe o regime da mora (artigos 394 e 395, caput e parágrafo único, do Código Civil). Diante do sistema *escalonado de inadimplemento* vigente no país, entendeu-se pela preservação do contrato, já que ausentes os pressupostos para superação do primeiro degrau (i.e. para conversão da mora em inadimplemento absoluto).

É bem verdade que, conforme aponta Jorge Mosset Iturraspe, a resolução contratual "*constituye una protección al contratante de buena fe que cumple con sus obligaciones frente al que deja de hacerlo, alterando así el equilibrio de los contratos libremente celebrados*"[874]. Contudo, particularmente no direito brasileiro (à luz da disciplina jurídica da mora e dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato) essa proteção não pode ser interpretada como *direito potestativo absoluto*, capaz de suplantar outras medidas que sejam, ao mesmo tempo (a) capazes de satisfazer aos interesses objetivos do credor; e (b) menos gravosas para o devedor.

Diante de uma hipótese de descumprimento contratual em que reste preservada a utilidade da prestação, a boa-fé objetiva opera para *limitar o exercício inadmissível do direito formativo à extinção da relação obrigacional.* O direito à resolução continua a proteger o credor não-inadimplente, mas, em prestígio à boa-fé objetiva e à função-social do contrato, seu exercício só será admitido quando, diante da inutilidade da prestação, a resolução mostrar-se, ao mesmo tempo, (a) a saída objetivamente mais vantajosa para o credor, e (b) a sanção justa ao devedor inadimplente. Em qualquer outra hipótese, o exercício do direito resolutório[875] seria considerado abuso de direito[876], o que é expressamente vedado pelo artigo 187 do Código Civil.

---

873 "De fato, a teoria do adimplemento substancial veio inicialmente associada a um 'descumprimento de parte mínima', a um inadimplemento de *scarsa importanza*, em abordagem historicamente importantíssima para frear o rigor do direito à extinção contratual e despertar a comunidade jurídica para o exercício quase malicioso de um direito de resolução em situações que só formalmente não se qualificavam como adimplemento integral. Em uma leitura mais contemporânea, contudo, impõe-se reservar ao adimplemento substancial um papel mais abrangente, qual seja o de impedir que a resolução - e outros efeitos igualmente drásticos que poderiam ser deflagrados pelo inadimplemento - não venham à tona sem uma ponderação judicial entre (i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução". (SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 125-146, 2007, p. 141).

874 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1978, p. 95.

875 Convém, nesse ponto, aclarar uma aparente contradição: se sustenta-se que *não há direito à resolução* contratual diante da persistência de utilidade da prestação ao credor, como se pode dizer que o *exercício desse direito* seria abusivo? O problema, contudo, restringe-se à semântica: no segundo caso, o mais correto seria dizer "ato abusivo", pois direito propriamente não há. A praxe jurídica, no entanto, levou ao uso do termo "abuso de direito". Eduardo Ferreira Jorge explica bem essa questão: "O ato abusivo é

Note-se que, conforme previu o artigo 422 do Código Civil brasileiro, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes regras de comportamento que devem ser seguidas durante a integralidade do processo obrigacional: da formação à extinção (natural ou patológica) do vínculo. Bem por isso, parece-nos que, no momento de uma inexecução contratual, a boa-fé objetiva opera não apenas em sua *função limitativa* (como se convencionou dizer), mas também em sua *função criadora de deveres*, pois impõe às partes os deveres de *mitigarem danos*[877] e, ainda mais importante, de *cooperarem ativamente* para que seja obtida uma solução satisfatória para ambos[878].

3.4.2.3.A visão atual da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro

O raciocínio até agora desenvolvido tem por objetivo demonstrar que *o adimplemento substancial é espécie de cumprimento imperfeito, à qual se aplica o regime da mora*. Isso se dá, porque, como explica Caio Mário da Silva Pereira, "o descumprimento arguido pelo credor não configura o inadimplemento absoluto das obrigações assumidas pelo devedor, tendo realizado este um adimplemento substancial (*substantial performance*) que, apesar de não representar um cumprimento formalmente perfeito, é capaz de satisfazer o interesse objetivo do credor na prestação" [879]. Nesse caso,

---

juridicamente defeso, já que sua realização configura violação a uma norma jurídica, o princípio da boa-fé. É preciso ser enfático: o ato abusivo não é um ato realizado no exercício de um direito subjetivo. Exercer um direito subjetivo significa realizar uma das condutas garantidas pela norma que o estatui. A liberdade de agir do titular de um direito subjetivo encontra-se dentro dos limites atributivos as regras de Direito (ou fora dos limites proibitivos das regras de Direito, se assim prefere). Destarte, aquele que comete o ato abusivo não realiza conduta permitida pelo direito subjetivo. Não há exercício de um direito subjetivo, não se o está 'usando'". (JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Abuso de Direito*. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 108).

876 O abuso de direito é assim conceituado por Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger: "Ato humano, qualificado por um comportamento emulativo; ou por um comportamento que, embora desprovido de caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro; ou, ainda, por um comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de conduta que compõem a 'unidade conceitual e valorativa' do Código Civil" (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 57).

877 "*L'assistance qu'une partie peut procurer à son cocontractant est encore nécessaire en cas d'inexécution par ce dernier de ses obligations. Ce constat est inspiré par l'exigence de bonne foi et c'est de lui que résulte, en droit du commerce international, l'obligation de minimiser le dommage, ou en anglais mitigation*" (FAGES, Bertrand. *Le comportement du contractant*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille / Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, p. 306).

878 Como sustenta Bertrand Fages, "*il n'est pas déraisonnable d'exiger qu'en cas d'inexécution par une partie de ses obligations, l'autre ne reste pas totalement inactive et tente de réagir au mieux de ses possibilités. En arrière plan de ce devoir, sinon d'assistance, du moins de compréhension, c'est la coopération entre les contractants qu'est en jeu*" (FAGES, Bertrand. Le comportement du contractant, op. cit., p. 308).

879 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 3, p. 128.

o complementar pensamento de Judith Martins-Costa é de que "nem o contrato é resolvido nem o credor é prejudicado, pois o devedor deve pagar perdas e danos pelos prejuízos causados pela mora"[880].

Embora pareça óbvia, essa conclusão, recorrentemente, passa despercebida pela doutrina e pela jurisprudência – ainda que, é bem verdade, já tenha constado expressamente de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em voto do Ministro Sidnei Beneti: "a doutrina do adimplemento substancial aplica-se, exatamente, na hipótese de pretensão do credor à resolução diante de situação em que ocorra a mora do devedor, caracterizada pelo adimplemento em desconformidade com o que foi contratado"[881] e, vez e outra, seja indicada em outras decisões pontuais.

A maior parte dos autores que tratam da teoria do adimplemento substancial, contudo, passa à margem dessa qualificação jurídica e se limitam a dizer, como é o caso de Jones Figueiredo Alves, que a aplicação da referida doutrina coloca em questão se a "faculdade resolutória será, de toda maneira, um exercício inconcusso e absoluto do credor da relação obrigacional, pela única ótica do inadimplemento, malgrado ocorram situações manifestas de incumprimento insignificante"[882].

Uma parcela desses autores, como parece ser o caso do próprio Desembargador Jones Figueiredo Alves[883], não trata da mora, porque efetivamente crê que não se trate dessa hipótese. Para esses autores, o direito resolutório decorreria, "da expressa literalidade do art. 475 do CC/2002"[884], de qualquer espécie de inadimplemento contratual (absoluto ou relativo), podendo tal direito vir a ser flexibilizado, em prestígio à boa-fé objetiva, apenas se verificada a "inexistência de graves consequências do inadimplemento verificado"[885].

Filiam-se, tais autores, à corrente que tem como adepto mais ilustre, no Brasil, Pontes de Miranda. Ao comentar o artigo 1.092 do antigo Código Civil (muito proximamente replicado pelo artigo 475 do Código Civil atual), Pontes de Miranda declara textualmente que, diante de qualquer hipótese de inadimplemento (ainda que relativo e passível de purgação), o credor teria o direito de escolher a alternativa que melhor lhe aprouvesse: perseguição da pretensão ou resolução do contrato, em qualquer dos casos

---

880 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 333.
881 STJ, REsp nº 1215289/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 5/2/2013, publicado em 21/2/2013.
882 ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial..., op. cit., p. 406.
883 Ibidem.
884 Ibidem.
885 Ibidem.

cumulando indenização por eventuais perdas e danos[886]. Afirma Pontes de Miranda que: "a escolha pertence, inteiramente, ao credor, que só há de consultar o próprio interesse, inclusivo caritativo ou de boa vontade"[887]. Na visão de Pontes de Miranda, o sistema de resolução contratual brasileiro teria sido construído sob a premissa de oferecer ao credor as ferramentas para "reaver o que prestou"[888], razão pela qual a interpretação do direito resolutório a ele teria de favorecer. Nesse sentido, Pontes de Miranda até reconhece que a mora seria, via de regra, uma etapa prévia à configuração do inadimplemento absoluto. No entanto, a conversão da primeira no segundo sujeitar-se-ia exclusivamente ao arbítrio do credor (cabendo a purga da mora ao interregno entre o descumprimento e o exercício do direito resolutório pelo credor)[889].

Os autores que seguem a corrente de Pontes de Miranda, classificam o direito resolutório previsto no artigo 475 do Código Civil de 2002 como verdadeira *faculdade* colocada à disposição do credor, baseados no argumento de que o artigo prevê que a parte lesada pelo (*gênero*) inadimplemento "pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento"[890]. Como defende Eduardo Luiz Bussatta, diante da redação atribuída ao artigo 475, o legislador teria conferido ao credor uma opção para reagir à mora: "ou mantém o vínculo contratual, exigindo o cumprimento da prestação e mais as perdas e danos, ou, se preferir, busca a resolução, extinguindo o vínculo e recebendo as perdas e danos que o caso importar"[891]. De acordo com essa parcela da doutrina, da qual faz parte Araken de Assis, a literalidade do artigo 475 indica que "o sistema se mostra indiferente à conservação do vínculo ou à sua dissolução"[892], deixando essa "liberdade de opção"[893] ao credor lesado pelo descumprimento, ainda que parcial ou temporário.

Apenas diante dessa interpretação literal e restritiva da lei é que esses autores atribuem valor à teoria do adimplemento substancial, pois argumentam que ela teria o condão de mitigar a abrangência dessa *faculdade*, "afigurando-se como um verdadeiro e efetivo limite ao direito formativo de resolver atribuído ao credor, uma vez que a ausência de limites pode levar a situações de manifesta iniquidade"[894].

---

886 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, t. XXV, p. 392.
887 Ibidem.
888 Ibidem.
889 Ibidem, p. 425-452.
890 Art. 475 do Código Civil.
891 BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos..., op. cit., p. 89.
892 ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.
893 ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento, 5. ed., op. cit., p. 33.
894 MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. Mora, inadimplemento absoluto..., op. cit., p. 86.

Em que pese a respeitabilidade dos autores e argumentos acima apontados, parece-nos que a interpretação por eles realizada não é compatível com o sistema compreendido pelo Código Civil de 2002. Como tivemos a oportunidade de demonstrar ao longo deste capítulo, no tocante aos contratos bilaterais, o Código Civil contempla um *sistema escalonado do descumprimento*, que se inicia com a mora e - gradativamente e mediante inutilização da prestação para o credor – encerra-se com o inadimplemento absoluto, hipótese em que se oferece a possibilidade de resolver o contrato. É essa a única conclusão possível a partir da interpretação sistemática dos artigos 389, 394, 395 e 475 do Código Civil, notadamente à luz dos artigos 187, 421 e 422 do mesmo Código. Como sustenta Cristiano de Souza Zanetti, "a interpretação sistemática evidencia que somente o inadimplemento absoluto permite a resolução da relação jurídica contratual. Afinal, a mora comporta emenda e, assim, permite que o interesse útil do credor seja satisfeito, embora tardiamente"[895].

Como se apresentou no item anterior, há, modernamente, um amplo rol de autores que compartilham a tese ora defendida, de que a mora é a consequência natural do cumprimento imperfeito, e de que, como explica James Eduardo de Oliveira, "não se reconhece ao credor direito potestativo de recusar a prestação posteriormente ofertada pelo devedor em se tratando de inadimplemento relativo"[896]. O direito de recusa nasce apenas com a conversão da mora em inadimplemento absoluto, o que acontece no momento em que a prestação torna-se *inviável* para o devedor ou *inútil*[897] para o credor.

Fato é que, diante desse cenário, a nós parece claro que a teoria do adimplemento substancial diz respeito a um daqueles tipos de *cumprimentos parciais ou imperfeitos* que, sob a ótica do direito brasileiro, situa-se naquele mencionado "*espectro do adimplemento*",

---

[895] ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, n. 942, p. 117-139, abr. 2014, p. 131.

[896] OLIVEIRA, James Eduardo de. Inadimplemento relativo e inadimplemento absoluto. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*: aspectos polêmicos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

[897] Tem-se falado, ao longo deste trabalho, que a *inutilidade* da prestação se apura mediante constatação da perda do interesse objetivo, e não subjetivo, do credor. Como já se teve a oportunidade de explicar, com isso não se quer dizer que a avaliação deve se dar em abstrato, mas mediante cotejamento do caso concreto com critérios objetivos, de modo a impedir a resolução do contrato em decorrência de interesses escusos ou demasiadamente subjetivos, bem como em situações em que a resolução seja considerada medida desproporcional, face às alternativas existentes. Nesse sentido, parecemos divergir de Clarissa Costa de Lima, para quem "A inutilidade que a lei cogita em matéria de mora não é a da inutilidade objetiva da prestação, inutilidade para qualquer pessoa que se confunde com o perecimento do objeto, mas a inutilidade para o credor, entrando aí um subjetivismo que deverá ser apreciado caso a caso pelo juiz" (LIMA, Clarissa Costa de. A resolução do contrato na nova teoria contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55, p. 85-105, jul./set. 2005, [*s.p*]).

em algum ponto entre o *adimplemento perfeito* e o *inadimplemento absoluto*, e, nessa medida, configura mora.

E frise-se: o fato de tratar de uma hipótese de mora, não torna a teoria do adimplemento substancial menos valiosa. Ao contrário, o correto enquadramento jurídico do instituto dá a ele contornos mais definidos e orienta o intérprete em seu trabalho exploratório. A nosso ver, a falsa impressão de que a teoria do adimplemento substancial só teria relevância se inserida num sistema de resolução absolutamente voluntária, decorre basicamente de dois motivos: primeiro, da importação imprópria de conceitos oriundos do direito estrangeiro; e, segundo e mais importante, da compreensão inadequada do instituto da mora, à luz das cláusulas gerais de boa-fé e função social do contrato.

3.4.2.3.1. A importação imprópria de conceitos estrangeiros

Com relação ao primeiro aspecto, parece-nos que o desenvolvimento da teoria do adimplemento substancial em solo brasileiro padeceu das vicissitudes do processo de importação e tropicalização da *doctrine of substantial performance* e do *inadempimento de scarsa importanza*, por motivos distintos, no primeiro e no segundo caso.

3.4.2.3.1.1.Os problemas na importação da *doctrine of substantial performance*

No caso da *doctrine of substantial performance*, é comum se dizer que tal doutrina estaria a preservar o contrato face ao "inadimplemento insignificante, mercê de sua reduzida extensividade"[898], ou ao adimplemento imperfeito de verse sobre "parte modesta, diminuta e infinitesimal da prestação"[899], ou ainda à "hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações e somente deixa de executar parte insignificante perante o todo"[900]. Esse não é, contudo, o parâmetro que fundamentou a origem ou a evolução da *doctrine of substantial performance* nos sistemas anglo-saxônicos.

O equívoco cometido pela doutrina brasileira parece decorrer, primordialmente, do fato de se considerar *Boone v. Eyre*[901] o fundador da *doctrine of substantial performance*, afirmação que teria aparecido, pelas primeiras vezes, nos artigos de Clóvis

[898] ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial..., op. cit., p. 406.
[899] ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento, op. cit., p. 118.
[900] GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 45.
[901] *Boone v. Eyre* (1777) 1 H. Bl. 273n.

do Couto e Silva[902] e Anelise Becker[903], com fundamento no livro de autoria de *Cheshire* e *Fifoot* ("*Law of Contracts*"), certamente um dos mais importantes manuais ingleses de direito dos contratos, que assim apresenta a *doctrine of substantial performance*:

> *The courts, in their desire to do justice between contracting parties, have developed what is called the doctrine of substantial performance, which in effect has somewhat relaxed the requirement of exact and precise performance of entire contracts. According to this doctrine, which dates back to Lord Mansfield's judgment in Boone v Eyre in 1779, if there has been a substantial though not an exact and literal performance by the promisor, the promisee cannot treat himself as discharged*[904].

Como já se teve a oportunidade de discorrer, longamente, no capítulo 2 deste trabalho, em *Boone v. Eyre,* o inadimplemento de *Boone*, de fato, poderia ser considerado de *importância relativamente pequena* (embora certamente não ínfima): havia se comprometido a transferir a *Eyre* a propriedade de uma plantação nas Índias Ocidentais e de alguns escravos lá existentes, mas deixou de transmitir a propriedade dos escravos. Diante de um pleito de resolução contratual da parte de Eyre, a corte entendeu por manter o vínculo e converter a prestação devida em perdas e danos.

A leitura que a doutrina brasileira faz de *Boone v. Eyre* é de que a Corte inglesa teria considerado "o direito de resolução como abusivo"[905] diante do *ínfimo* desvio representado pelo inadimplemento de Boone, e que, por isso, estaria assentada naquele momento a doutrina do *substantial performance*. A verdade é que nem a primeira, nem a segunda parte dessa afirmação são verdadeiras.

Como já se explicou em momento anterior, a decisão da Corte em *Boone v. Eyre* não levou e consideração a *baixa gravidade do inadimplemento* de Boone, nem menos ainda suscitou a hipótese de *abuso de direito* (que sequer era reconhecido pelo direito inglês à época de Lord Mansfield)[906] ou amparou-se na noção de boa-fé objetiva (que,

---

902 "É a doutrina do adimplemento substancial, estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre* (...)" (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, op. cit., p. 55).

903 "A doutrina da *substancial performance* foi elaborada na Inglaterra, no século XVIII, com o caso *Boone v. Eyre*, de 1.779 (...)" (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 61).

904 FURMSTON, Michael P. Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts*,* op. cit., p. 668-669.

905 FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental..., op. cit., p. 59.

906 De acordo com Bruce Pardy, não há registro de casos tratando da *doctrine of abuse of rights* até o início do século XX (PARDY, Bruce. Disabusing the Common Law of "Abuse of Rights": The Only Legitimate Rule Redux. *Supreme Court Law Review*, (2d) 84, p. 201-222, 2018, p. 208-210). Tratando da matéria nos Estados Unidos da América, Anna Di Robilant chega a afirma que "*abuse of rights was a most typical 'invention' of the wave of social legal thought that developed in France and Germany starting in the mid-nineteenth century*" (DI ROBILANT, Anna. Abuse of Rights: The continental drug and the common law. *Hastings Law Journal*, n. 61, p. 687-748, 2010, p. 689).

conforme se explicou no Capítulo 1 deste trabalho, até recentemente era vista com desconfiança pelo direto anglo-saxônico, de natureza profundamente liberal). Lord Mansfield, de fato, mitigou o princípio do cumprimento integral, mas não em decorrência da insignificância do inadimplemento. O que ele fez foi determinar que, em um contrato bilateral complexo, com múltiplas prestações de parte a parte, o inadimplemento parcial só autorizaria a resolução do contrato quando atingisse uma *condition precedent* (*i.e.* quando atingisse aquela que seria a essência do contrato) *e* não pudesse ser convertido em perdas e danos. Nas palavras de Lord Mansfield, diante de um inadimplemento parcial, "*where a breach may be paid for in damages, there the defendant has a remedy on his covenant, and shall not plead it as a condition precedent*"[907]. Não é, portanto, a insignificância do inadimplemento que veda a resolução do contrato, mas sim a natureza da prestação descumprida (se *condition precedent* ou não). Na verdade, o julgamento de Boone v. Eyre *sugere* (ainda que nas entrelinhas) até mesmo o raciocínio contrário, de que apenas a violação à essência do contrato permitiria a sua resolução.

Além disso, não se nega que *Boone v. Eyre* tenha tido papel importante no processo evolutivo que culminou na *doctrine of substantial performance*, pois se tratou de um dos primeiros casos em que a Corte admitiu a discussão sobre a essencialidade das obrigações contratuais (*i.e.* quais seriam *condition precedent,* cuja inexecução justificaria a resolução contratual), mitigando o princípio da integralidade. Contudo, como já se demonstrou anteriormente, *foram os debates que se seguiram a Boone v. Eyre que efetivamente conduziram ao nascimento da teoria do adimplemento substancial*. Note-se que nem mesmo a literatura apontada por Couto e Silva e Anelise Becker efetivamente apontam a Boone v. Eyre como fundador da doutrina do substantial performance. O que *Cheshire* e *Fifoot* dizem é que tal caso estaria na origem remota da doutrina, afirmação com a qual se deve concordar.

Como aponta Antony Beck, embora a *doctrine of substantial performance* tenha se formado gradualmente, ao longo de quase dois séculos, se fosse necessário atribuir a paternidade da doutrina a um único caso, a melhor escolha seria o caso *Dakin v. Lee*[908], julgado apenas em 1915[909]. Também conforme já se teve a oportunidade de discutir, em *Dakin v. Lee*, a empresa contratada para reformar a casa do Sr. Lee teria deixado de seguir diversas das instruções do contratante, entregando ao Sr. Lee uma casa em muitos aspectos

---

907 *Boone v. Eyre* (1777) 1 H. Bl. 273n.
908 *H. Dakin & Co. Ltd. v. Lee* (1916) 1 K.B. 566.
909 BECK, Anthony. The doctrine of substantial performance…, op. cit., p. 413.

diferente da que ele esperava. Nesse caso, aí sim pautando-se por um critério substancialmente de justiça, a Corte decidiu por impedir a resolução contratual, mas o fez não pela irrelevância do descumprimento. Muito ao contrário, a Corte determinou que, em *contratos de construção civil*, a avença só seria resolvida se: (a) o credor não obtivesse qualquer benefício com a execução do contrato, (b) o trabalho realizado fosse totalmente diferente daquele efetivamente contratado, ou (c) o construtor deliberadamente abortasse a obra antes de sua conclusão.

Em *Dakin v. Lee*, assim como nos diversos casos que o seguiram (vários deles abordados no Capítulo 2 deste trabalho, fica nítido que a regra da *doctrine of substantial performance* não é impedir a resolução contratual no caso de inadimplemento irrelevante, mas sim *impedir a resolução do contrato salvo na hipótese de inadimplemento absolutamente relevante*. Ou seja, ainda que, no Brasil, a doutrina tenha ganhando popularidade sob a alcunha de *teoria do adimplemento substancial*, o fato é que ela seria mais bem identificada como *teoria do inadimplemento substancial*. A nosso ver, dentro das possibilidades semânticas que a língua inglesa admite para a expressão *substantial performance*, parece-nos que, melhor do que como *adimplemento substancial* (que passa a ideia de um adimplemento substancioso, de grande escala, vultoso), seria traduzi-la como *adimplemento da substância* (que passa a ideia de atendimento da substância do contrato, mais alinhado ao que efetivamente prega a doutrina).

Interessante, no entanto, embora Anelise Becker estivesse, a nosso ver, equivocada com relação à fundação da doutrina, avaliando brevemente a evolução da doutrina, a autora chega à conclusão de que a tendência da jurisprudência inglesa seria, na verdade, de "verificar se o inadimplemento é ou não fundamental (*fundamental breach*)"[910], essa sim uma noção que nos parece mais adequada à realidade da teoria. A despeito dessa constatação, Anelise Becker chega à paradoxal conclusão de que "o adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que não chega a abalar a reciprocidade, o sinalagma das prestações correspectivas"[911]. E foi essa a lição que, desde então, é reproduzida pela doutrina e por nossos tribunais.

---

[910] BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 61.
[911] Ibidem, p. 63.

3.4.2.3.1.2.Considerações sobre a importação do *inadempimento de scarsa importanza* e/ou do não cumprimento parcial de escassa importância

Embora costumeiramente se associe a teoria do adimplemento substancial à *doctrine of substantial performance*, parece-nos que, na prática, a teoria que, de fato, veio a influenciar a doutrina brasileira é aquela oriunda do direito continental europeu, que se instalou, inicialmente, na Itália, sob a ideia do *inadempimento de scarsa importanza*.

Como já se teve a oportunidade de examinar, os juristas italianos não buscam a origem do *inadempimento de scarsa importanza* na doutrina inglesa, mas sim na consolidação da boa-fé objetiva no direito europeu[912] e na evolução natural do *sistema francês* de resolução contratual, em que a intervenção do judiciário já servia ao propósito de coibir a resolução por motivo de menor importância[913]. Explica-se que, antes de incorporar-se ao *Codice Civile* de 1942, a *scarsa importanza* teria sido incluída no Projeto do Código Franco-Italiano das Obrigações de 1927, e, como esse não saíra do papel, terminou sendo transladada para o artigo 1455 do Código Civil Italiano de 1942.

A *scarsa importanza* italiana serviu de referência ao direito português[914], influenciando diversos artigos do Código Civil de 1966 e expressando-se literalmente no artigo 802 (2), que impede a resolução decorrente de *impossibilidade parcial de "escassa importância" imputável ao devedor*. Por provocação do Direito Comunitário[915], a *scarsa importanza* também terminou influenciando, mais recentemente (em 2002), o direito alemão, passando a integrar o texto dos §§320(2) e 323(5) do BGB, que vedam a resolução contratual por inadimplemento "insignificante".

Fica claro, portanto, que, embora se diga que a inspiração brasileira seja a *doctrine of substancial performance*, de origem inglesa, na realidade, a inspiração foram os modelos europeus – especialmente o italiano e o português (haja vista a data da chegada da doutrina no Brasil) -, que optavam por flexibilizar a resolução contratual apenas nas hipóteses de inadimplemento de mínima gravidade.

E embora essa inspiração seja natural, dadas as semelhanças que, *em geral*, o direito brasileiro guarda com esses ordenamentos, parece-nos que, no caso do adimplemento de "escassa importância", essa importação não deveria ter ocorrido de forma

---

912 SPALLAROSSA, Maria Rosa. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 453-454.

913 SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento, op. cit., p. 302.

914 PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 138.

915 Mais especificamente, da edição da Diretiva 1999/44/CE. Como já foi dito, essas alterações do direito comunitário implicaram, ainda mais recentemente, alterações semelhantes no direito francês.

automática, sem considerações adicionais acerca do tratamento dado aos institutos pelos sistemas locais e das peculiaridades do sistema brasileiro.

Com relação à Itália, por exemplo, como tivemos a oportunidade de apresentar no Capítulo 2 deste trabalho, embora o artigo 1455 do Código Civil italiano fale em inadimplemento de "*scarsa importanza*", a interpretação que tem sido dada a essa expressão pelas cortes italianas não é restritiva. Utilizando como parâmetro interpretativo a boa-fé objetiva (ou a regra de *correttezza*[916], como preferem os italianos), a jurisprudência tem aplicado o artigo 1455 a partir de dois parâmetros não excludentes: a *gravidade do inadimplemento* e o *interesse violado*. E, como já se disse, a despeito da literalidade da lei, jurisprudência majoritária tem entendido como apto a ensejar a resolução contratual não o inadimplemento *de apenas escassa importância*, mas sim o *inadimplemento considerado grave*. Além disso, a parcela majoritária da doutrina tem entendido que a aferição do *interesse violado* deve se dar objetivamente, à luz do fim do contrato[917]. Como ensina Maria Rosa Spallarossa, no direito italiano, a resolução contratual é considerada medida de *ultima ratio* e, portanto, só é admitida se "*turbi così sensibilmente l'equilibrio economico ed incida sulla economia dell'affare in modo tale da far cadere gli effetti del contrato*"[918].

Já em Portugal, como também se discutiu no Capítulo 2, a "escassa importância", propriamente dita, possui âmbito de aplicação muito restrito: apenas no tratamento da *impossibilidade parcial da prestação imputável ao devedor* - artigo 802 (2) do Código Civil português[919]. Para todos os outros casos - salvo regra específica, como é o caso da "venda a prestações", por exemplo, que não admite a resolução em caso de "falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço"[920] do contrato – vale a regra geral, de que a resolução não pode ocorrer quando violar a boa-fé ou configurar abuso de direito[921].

E, embora nos casos específicos de *impossibilidade parcial da prestação imputável ao devedor* a jurisprudência pareça rigorosa na aplicação da *escassa importância* (haja vista se tratar de cláusula relativamente fechada e voltada ao tratamento de situação bastante específica), nos demais casos – avaliados à luz da boa-fé objetiva e da teoria do

---

916 BIANCA, Massimo. La nozione di buona fede, op. cit., p. 209.
917 AMADIO, Giuseppe. Inattuazione e risoluzione, op. cit., p. 126.
918 SPALLAROSSA, Maria Rosa. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 452.
919 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 91.
920 Artigo 934 do Código Civil.
921 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 9, p. 267.

abuso de direito, os julgados são erráticos, tendendo a fiar-se mais na avaliação do interesse do credor do que, efetivamente, na gravidade do descumprimento.

Além disso, como tivemos a oportunidade de discorrer quando tratamos da *violação positiva do contrato* e do *sistema português*, embora o direito brasileiro encontre raízes em terras bastante semelhantes às dos direitos italiano e português, os sistemas de direito privado desses países apresentam ao menos uma diferença fundamental no que diz respeito ao tratamento das consequências do inadimplemento contratual: a tipificação e o regime da *mora*. Conforme ensina Jorge Cesa Ferreira da Silva, "ao contrário da maioria dos ordenamentos da família romano-germânica, o nosso conceito de mora não se limita ao mero atraso da prestação em si, mas abarca todas as situações que possam atrasar a satisfação dos interesses do credor na prestação"[922].

Em Portugal[923], explica Menezes Cordeiro[924], a mora (*i.e.* atraso) incide com o não cumprimento tempestivo da obrigação. Pode se dar *ex re* ou *ex persona*, a depender da necessidade de interpelação para sua constituição, e se verifica a título transitório, encerrando-se com a purgação ou com o incumprimento definitivo. O incumprimento definitivo, por sua vez, verifica-se em duas hipóteses: (a) "quando, objetivamente, o credor perca o interesse na prestação"[925]; ou (b) "quando o devedor, não cumpra num prazo razoavelmente fixado pelo credor: a chamada interpelação admonitória ou cominatória"[926].

Com relação à primeira hipótese, Menezes Cordeiro é contundente: "a perda do interesse na prestação é apreciada objetivamente"[927], pois assim o prevê, expressamente, o artigo 808.º (2) do Código Civil Português: "a perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente". Explica Antunes Varela que, no entanto, há hipóteses em que, "como sucede no comum das obrigações pecuniárias, a prestação mantém sempre seu interesse para o credor, mesmo que não seja realizada na data estipulada"[928]. Para essas hipóteses a lei autoriza a conversão em incumprimento definitivo, da mora que não é remediada após interpelação do credor, concedendo prazo razoável para o seu cumprimento.

---

922 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 43

923 Considerando que os sistemas italiano e alemão são, a esse respeito, semelhantes ao português, opta-se por não adentrar em seus detalhamentos, focando a argumentação no exemplo português. Para o regime alemão da mora, sugere-se a leitura de Harm Peter Westermann (op. cit., p. 88-101) e Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath e Angus Johnston (op. cit., p. 392-419). Para o regime italiano, sugere-se Pietro Trimarchi (op. cit., p. 49-58).

924 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 9, p. 241.

925 Ibidem.

926 Ibidem.

927 Ibidem, p. 267.

928 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 114.

E embora a mora, segundo a legislação portuguesa, tecnicamente restrinja-se à noção temporal, já se teve a oportunidade de explicar que, os juristas portugueses, muitas vezes, tentam expandir seu regime também para o tratamento das hipóteses de cumprimento parcial ou imperfeito. Isso porque, como explica Antunes Varela explica, "se há irregularidade da prestação, mas o credor reage fundadamente à sua recepção (*recusando* a sua aceitação ou *rejeitando-a* pura e simplesmente), o cumprimento defeituoso não se distinguirá, em regra, do não cumprimento ou da mora, consoante os casos"[929].

Como visto, ao contrário da leitura que a doutrina brasileira costuma fazer da "escassa importância", as cortes italiana e portuguesa não têm se mostrado tão rígidas quanto à importância da gravidade do inadimplemento, preferindo, em geral, a adoção de critérios e alternativas que permitam a sobrevivência do contrato enquanto a prestação continuar sendo *possível* ao devedor e *útil* ao credor.

O exemplo português de extensão indireta do regime da mora ao cumprimento parcial ou imperfeito, por sinal, particularmente interessante para a compreensão das particularidades – e vantagens - do sistema brasileiro, em que a mora apresenta noção ampla, abarcando, sem qualquer malabarismo, as hipóteses de cumprimento parcial ou imperfeito, em que permanece a utilidade da prestação para o credor. E essa avaliação nos leva ao item derradeiro deste capítulo.

3.4.2.3.2. A teoria do adimplemento substancial e seu impacto sobre a disciplina da mora

A nosso ver, os itens anteriores nos levam à inevitável conclusão de que a leitura restritiva que se tem feito, ao longo dos anos, da teoria do adimplemento substancial não se sustenta no direito brasileiro.

Em primeiro lugar, porque *não há suporte no direito comparado*: ao contrário do que se tem defendido historicamente, a jurisprudência dos países que nos exportaram o instituto não tem aplicado o adimplemento substancial para impedir a resolução contratual apenas em caso de inadimplemento insignificante. Em geral, os sistemas que nos serviram de inspiração terminaram por desenvolver uma jurisprudência mais alinhada com os ditames da boa-fé objetiva e com o princípio da conservação dos negócios jurídicos,

[929] ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 128.

impedindo a resolução contratual salvo nas hipóteses de *inadimplemento muito grave*, de *inadimplemento substancial*.

O segundo motivo, no entanto, parece-nos ainda mais relevante: diante do sistema brasileiro de inexecução contratual, *o adimplemento substancial representa apenas uma figura tímida dentro do amplo espectro de adimplementos que se sujeitam ao regime da mora*. Dentro das inúmeras hipóteses de cumprimento imperfeito - que, por não tornarem inútil a prestação, caracterizam-se como mora -, o adimplemento substancial é apenas um daqueles que mais próximo se encontra do adimplemento perfeito. Isso não quer dizer, contudo, que só o *adimplemento substancial* deva ser protegido.

Há que se mudar o ângulo sobre o qual tem sido observado o adimplemento substancial – tanto pela doutrina majoritária, quanto pelos Tribunais (em especial pelo STJ). Em que pese a inspiração advinda do direito estrangeiro, não se deve falar da teoria do adimplemento substancial como se fora um instituto alienígena, desprovido de bases teóricas no direito nacional e, por isso, sujeito a interpretação restritiva e aplicação reduzida. Não é o caso. Como reconhecem, de forma contundente, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, "em verdade, partindo-se da classificação dicotômica do inadimplemento, cuida-se o adimplemento substancial de mora, uma vez que a prestação ainda é possível e útil para o credor. Trata-se, pois, de espécie de mora, em que a prestação executada pelo devedor não impede a promoção do interesse do credor"[930].

E cuidando-se de mora, parece-nos que cabe a análise da teoria do adimplemento substancial sob duas perspectivas distintas: (a) a primeira, diz respeito à *extensão de sua aplicação*: reconhecendo-se que a teoria do adimplemento substancial tem sido invocada e acolhida como instrumento de flexibilização do direito à resolução contratual, cumpre-nos avaliar, à luz do direito brasileiro, quais os tipos de inadimplemento (*i.e.* de que gravidade), seriam efetivamente protegidos pela teoria; e (b) a segunda, diz respeito às *peculiaridades do adimplemento de pequena gravidade*: admitindo-se, de antemão, que a teoria, quando aplicada ao direito brasileiro, poderá proteger inadimplementos de diferentes gravidades, cumpre-nos avaliar se aqueles de menor gravidade mereceriam tratamento distinto daqueles de maior gravidade.

---

[930] TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no Resp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

3.4.2.3.2.1.A atual extensão da teoria do adimplemento substancial

Com relação à primeira perspectiva, é necessário voltar ao enunciado dos artigos 394 e 395 (particularmente de seu parágrafo único) do Código Civil para, interpretando-os segundo a boa-fé objetiva e a função social do contrato, concluirmos sobre o real escopo da teoria. Diz o artigo 394 que se considera em mora, o devedor que não efetuar o pagamento "no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer". Uma vez identificada a mora, estabelece o parágrafo único do artigo 395, que esta converte-se em inadimplemento absoluto quando "se tornar inútil ao credor".

Com relação à primeira parte (artigo 394), não parece haver controvérsia: o cumprimento parcial ou imperfeito pode ser considerado espécie de mora, pois que reflete pagamento efetuado fora da *forma* estabelecida no contrato. Além do já citado mestre Agostinho Alvim[931], é o que afirma, por exemplo, Hamid Charaf Bdine Jr.: "o cumprimento imperfeito da obrigação e o atraso em seu adimplemento caracterizam mora"[932].

Com relação à segunda parte (artigo 395, parágrafo único), a questão parece um pouco mais delicada, pois envolve *conceito jurídico indeterminado*[933]: o conceito de *inutilidade para o credor*. A discussão sobre a amplitude desse conceito, assim como as formas que têm sido propostas pela doutrina e pela jurisprudência para sua delimitação, serão discutidas no capítulo seguinte. Por ora, o que é importante é a conclusão mais fácil: a de que *a situação de mora persiste enquanto a prestação não se tornar inútil*. A mora, como explica Orlando Gomes, tem necessariamente caráter transitório, e tal transitoriedade está diretamente associada ao interesse do credor. "Se o cumprimento deixa de interessar o credor, incumbe ao devedor culpado pagar perdas e danos"[934]. A perda do interesse do

---

931 ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 30.

932 BDINE JR., Hamid Charaf. Arts. 233 a 420 - Obrigações. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 377.

933 "Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a *realidades valorativas* quanto a *realidades fáticas*. Por sua vaguidade e ambiguidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação. Ocorre que tais conceitos integram, sempre a descrição do ''fato' que a norma pretende abranger. Embota permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, 'uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada'" (MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, op. cit., p. 22).

934 GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 175.

credor é o gatilho para o que Araken de Assis chamou de "caráter transformista da mora"[935].

Dessa forma, entendido que (a) o cumprimento parcial ou imperfeito é uma *hipótese de mora*, que perdura enquanto permanecer a *utilidade da prestação* (ou, em outras palavras, enquanto permanecer o *interesse* do credor); e (b) apenas esgotada a *utilidade da prestação* (*interesse do credor*) estabelece-se o inadimplemento absoluto capaz de dar ensejo à resolução contratual; parece-nos claro que (c) não é de se admitir a resolução contratual enquanto perdurar a utilidade da prestação (ou, em outras palavras, enquanto ainda existir interesse do credor). Trata-se, a nosso ver, do mais puro exercício de lógica.

Resta, então, a pergunta acerca do espaço da teoria do adimplemento substancial dentro deste aparentemente hermético e bem resolvido sistema. E a resposta parece simples: a teoria do adimplemento substancial, enquanto expressão da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, opera no sentido de *despersonalizar* os conceitos de *utilidade* e *interesse*. É esse, a nosso ver, um dos dois importantes resultados que o processo de funcionalização do direito civil – sobre o qual se discorreu ao longo deste capítulo – promoveu para o direito resolutório.

A boa-fé objetiva e a função social do contrato impõem que a utilidade da prestação seja avaliada sob uma perspectiva prioritariamente objetiva, que coloque de lado os anseios personalíssimos do credor e coloque em primeiro plano a análise da *viabilidade da prestação*. Nas palavras de Nelson Rosenvald, "se a prestação ainda for viável ao credor, a hipótese ainda é de mora, o que justifica a manutenção da relação contratual" [936]. Ou nas palavras de Menezes Cordeiro, a aferição do interesse objetivo do credor impõe "perguntar se, perante o *bonus pater famílias*, colocado na situação concreta, ainda faria sentido manter o dever de prestar principal"[937].

A objetivação do interesse do credor, parece-nos, é expressão da função social do contrato, na medida em que atua para preservar a existência do vínculo obrigacional. Como explicam Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, "a preservação do contrato, da autonomia privada, mantém relação com a valorização de sua função social"[938]. É essa também a conclusão da I Jornada de Direito Civil: "a função social do contrato, prevista no art. 421

---

[935] ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, op. cit., p. 113.
[936] ROSENVALD, Nelson. Arts. 421 a 480 - Contratos (geral), op. cit., p. 513.
[937] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de Direito Civil, op. cit., v. 9, p. 267.
[938] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada..., op. cit., p. 62.

do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas"[939]. Como explica Bobbio, o processo de funcionalização dos direitos privados transformou os contratos em elementos voltados à consecução dos valores constitucionais, mitigando a importância das formas e do individualismo e elevando a relevância de sua *função social*[940]. O contrato, à luz do novo Código Civil é, portanto, instrumento de relevante importância social e, enquanto tal, sua sorte não pode sujeitar-se aos interesses personalíssimos de um indivíduo.

Já a boa-fé objetiva, como explica Diez-Picazo, opera não apenas para impedir o exercício de um direito contrariamente ao fim econômico-social para o qual foi instituído, mas também para evitar que o seu exercício seja desleal, contrário à "consciência social"[941]. "El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según fa consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas"[942].

O raciocínio de Diez-Picazo, a nosso ver, resume perfeitamente as ações da boa-fé sobre o conceito de utilidade/interesse do credor, impondo a necessidade de sua objetivação. Em primeiro lugar, porque admitir a resolução do contrato em uma hipótese em que a prestação não seja *objetivamente inútil*, parece importar ruptura com relação à finalidade do contrato. Ora: se a obrigação nasce para atingir um fim, tal fim ainda é possível de ser atingido, e ainda apresenta alguma utilidade (objetiva) ao credor, parece-nos que a extinção da obrigação por um desejo estritamente subjetivo do credor seria atentatória contra o *fim* do contrato.

Além disso, a ruptura de um contrato que ainda pode apresentar proveito objetivo ao credor, por motivo estritamente pessoal ou de forma emulativa, parece caracterizar ato desleal, seja por representar ocultação dos objetivos que efetivamente motivam o intento resolutório, seja por caracterizar oportunismo (visando, por exemplo, a um negócio mais interessante; ou mesmo ao simples desfazimento do negócio, por arrependimento), seja por provocar agravo desproporcional ao devedor. Tudo isso implicaria, a nosso ver, nítida violação ao princípio da confiança que, derivado que é da boa-fé objetiva, deve pautar as

---

939 Enunciado nº 22.

940 Como explicava Bobbio, na década de 1970, "o escasso interesse pelo problema da função social do direito na teoria geral do direito dominante até os nossos dias seja associado, precisamente, ao destaque que os grandes teóricos do direito, de Jhering a Kelsen, deram ao direito como instrumento específico, cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, são perseguidos e alcançados" (BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função, op. cit., p. 85).

941 Luis Diez-Picazo, no prólogo da tradução espanhola da obra de Franz Wieacker (WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 21).

942 WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 21.

relações entre os contratantes, preservando as expectativas geradas a partir do "espírito de cooperação"[943] que norteia a relação contratual. Note-se que é também nesse sentido o Enunciado nº 162, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal: "A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor".

Por tudo isso, entendemos sem reparos a conclusão de Judith Martins-Costa, quando afirma que, "ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce [o credor] interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório"[944]. Não há no direito, como diz Gustavo Tepedino, "espaços de liberdade absoluta"[945]: a liberdade exerce-se nos limites dos valores constitucionais. E nesse sentido, pontua Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva opera sobre as relações obrigacionais "não para satisfazer interesses egoístas do credor, mas para possibilitar o alcance de um resultado útil para ambas as partes da relação, e, bem por isto, resultado merecedor de tutela jurídica"[946].

Assim sendo, parece-nos claro que, interpretado à luz da função social do contrato e da boa-fé objetiva, *o cumprimento parcial ou imperfeito capaz de autorizar a resolução do contrato somente pode ser aquele que venha a extinguir o interesse objetivo do credor* à prestação. E a nosso ver, isso só ocorrerá quando *o descumprimento for capaz de atingir a própria essência do contrato*. Assim, parece-nos, que *a teoria do adimplemento substancial* deve passar a ser interpretada com maior amplitude: como verdadeira *teoria do inadimplemento substancial*, na medida em que apenas inadimplementos realmente graves poderiam justificar, no contexto do direito brasileiro (e, particularmente, diante da leitura atual do regime da mora), a resolução contratual[947]. Tal interpretação não visa

---

[943] Como menciona Giovanni Ettore Nanni, "É este espírito que norteia a relação obrigacional no atual cenário constitucional-civilístico: a atuação das partes em cooperação para atingir a satisfação da obrigação" (NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, p. 283-321, 2008, p. 308).

[944] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 229-284, 2003, p. 264.

[945] TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, t. 1, p. 21.

[946] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações, op. cit., p. 251.

[947] No mesmo sentido – embora a partir de um caminho distinto e sob um outro contexto – parece apontar Gabriel Rocha Furtado, para quem, "quanto à resolução embasada no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, poder-se-ia falar que ela requer um verdadeiro inadimplemento substancial, ou, em outras palavras, que não é qualquer descumprimento por parte do devedor que poderia ensejá-la, mas um descumprimento qualificado pela impossibilidade de ainda ser satisfeito o interesse do credor" (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 75).

simplesmente à proteção do devedor inadimplente, mas sim à do contratante de boa-fé, apesar de ter incorrido em mora.

Nesse mesmo sentido, como vimos, tem caminhado a jurisprudência[948] inglesa, norte-americana, italiana e portuguesa. Nesse sentido também tem evoluído o direito internacional, mediante a ampla adoção da regra do *fundamental breach*[949]. É o que acontece com as regras da Convenção de Viena (que fala, no artigo 25, em violação essencial ao contrato – "*fundamental breach of contract*"), dos Princípios UNIDROIT (que trazem, no artigo 7.3.1., a hipótese de descumprimento essencial - "*fundamental non-performance*") e, ainda, dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (que também falam, no artigo 8.103, em descumprimento essencial – "*fundamental non-performance*") e da respectiva Minuta de Quadro Comum de Referência (que repete, no artigo 3:502, a noção de descumprimento essencial – "*fundamental non-performance*"). Trata-se de movimento global, alinhado no sentido de preservar as relações contratuais e relegar o direito de resolução apenas às violações mais graves, que impactem a essência do contrato.

3.4.2.3.2.2.As peculiaridades do adimplemento de pequena gravidade

Embora o adimplemento substancial insira-se no âmbito da mora - equiparando-se, nesse sentido, a um amplo espectro de possibilidades de cumprimentos defeituosos que, por não extinguirem a utilidade da prestação, não caracterizam inadimplemento substancial -, parece-nos que o fato de se tratar de um inadimplemento de pequena gravidade imporia, à luz da boa-fé objetiva e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, um tratamento diferenciado.

Não parece *justo*, afinal, que situações extremamente distantes (ainda que unidas por um vínculo comum fundamental – *i.e.*, a persistência da utilidade da prestação),

---

[948] Também na Espanha aponta Diez-Picazo que "hay una tendencia jurisprudencial muy marcada em favor de su estabilidad [del contrato], y el remedio de la resolución se presenta em este panorama como algo no normal. Habrá que medir la gravedad del incumplimiento en relación con la finalidad perseguida para ver de qué manera incide sobre ella, a fin de decretar la resolución si imposibilita su consecución" (DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, op. cit., p. 201).

[949] Acerca do *fundamental breach*, sustenta Judith Martins-Costa: "A teoria da obrigação fundamental, em suma, permite alcançar um novo critério para determinar qual é o inadimplemento suscetível de levar à resolução do contrato, ao viabilizar a distinção, em cada caso, das obrigações essenciais e das obrigações acessórias. Jamais podendo ser visualizada *in abstracto* (porque caracterizada, em larga medida, pelo efetivo fim econômico-social de cada contrato), a obrigação fundamental atua, assim, como 'uma passarela entre a formação e a execução do contrato', permitindo o controle judicial, que poderá, conforme o caso, ou decretar a nulidade do pacto, se cláusula abusiva vedar, desde a formação do contrato, o equilíbrio mínimo que deve haver entre prestação e contraprestação, ou decidir pela resolução, se a obrigação fundamental restar violada no curso da contratação" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 226).

sujeitem-se, *ipsis litteris*, aos mesmos efeitos legais. E como asseverou o então Desembargador Ruy Rosado, em uma das primeiras decisões brasileiras a acolher expressamente a teoria do adimplemento substancial, "é preciso ficar bem claro que a parêmia '*dura lex, sed lex*' cedeu lugar à necessidade de decidir-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado de Direito é com a justiça"[950].

De fato, a própria ascensão da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro se deu, em grande parte, pelo imperativo da Justiça – ou como prefere Judith Martins-Costa, pelo "balanceamento entre Justiça e Utilidade Contratual"[951]. Como explica a autora, "utilidade e justiça devem estar articuladas o mais harmonicamente possível no Direito dos Contratos, pois assim como seria disfuncional pensar um contrato como uma mônada, isolado de suas funções econômicas, seria contrário à ordem jurídica (que inclui centralmente o valor justiça) seguir-se o caminho do utilitarismo puro e duro"[952]. A lição é lapidar e extremamente oportuna: as regras às quais se submete um contrato, notadamente à luz de um sistema pautado pela boa-fé objetiva, devem ser capazes de compatibilizar *utilidade do contrato* (assim entendida, no sentido benthamiano[953], como a sua capacidade de gerar vantagem aos seus signatários) à Justiça (assim entendida, conforme a concepção hartiana[954], como um *imperativo de equidade*, segundo o qual deve-se tratar *igualmente* casos semelhantes, e *desigualmente*, situações distintas, visando à *aplicação proporcional da Lei*, segundo os *valores da sociedade em que se encontra*).

Foi com esse propósito que se instalou, no direito brasileiro, a teoria do adimplemento substancial: o propósito de se garantir a utilidade do contrato, sem que, para

---

[950] TJRS, Apelação Cível nº 588012666, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Quinta Câmara Cível, julgado em 12/4/1988, publicado em [1988].

[951] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book, §78.

[952] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação, op. cit., E-book, §78.

[953] De acordo com Jeremy Bentham, "o termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo". (BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 10).

[954] Para Herbert Hart, há uma "complexidade na estrutura da ideia de justiça. Podemos dizer que consiste em duas partes: um aspecto uniforme ou constante, resumido no preceito 'tratar da mesma maneira os casos semelhantes', e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para um a dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes". Explica, Hart, ainda, que é "claro que os critérios das semelhanças e diferenças relevantes podem variar frequentem ente com a perspectiva moral fundamental de uma dada pessoa ou sociedade. Onde isto sucede, a avaliação da justiça ou injustiça do direito pode defrontar-se com pretensões contraditórias inspiradas por uma moral diferente". (HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 174-177)

isso, fosse necessária a criação de situações injustas. Foi exatamente essa a premissa da qual partiu Ruy Rosado para, no caso acima mencionado, chegar à necessidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial. A ação visava à resolução de contrato de compra e venda parcelada de imóvel, no qual teria ficado pendente de pagamento da última prestação. Embora os devedores demonstrassem intenção de pagar (inclusive ajuizando ação consignatória), os credores, alegando desinteresse na manutenção do contrato, insistiam na resolução contratual. Ao proferir seu voto, Ruy Rosado é categórico quanto ao principal fundamento de sua decisão: "o desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno Direito das Obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial"[955].

Não há como negar que a abordagem de Ruy Rosado tenha sido *meritória* e, num sentido positivo, *transgressora*, posto que apresentada diante de um sistema fechado, altamente voluntarista, e ainda sequer exposto à socialidade da Constituição Federal de 1988. E assim o foi, com o propósito de promover a Justiça no caso concreto, modulando a aplicação da Lei e proporcionalizando seus efeitos à luz das circunstâncias fáticas.

Contudo, como já dissemos, talvez Ruy Rosado não precisasse, diante do caso em referência, recorrer à teoria do adimplemento substancial. Como o atraso do pagamento da última prestação caracterizaria *mora*, a resolução contratual dependeria da prévia comprovação de que, "por causa da mora", a prestação teria se tornado "inútil ao credor"[956]. E como explica Orlando Gomes, em se tratando de *dívida pecuniária*, não há, via de regra, que se falar em perda de utilidade, pois a prestação, por sua natureza, normalmente admite o cumprimento tardio[957]. E nesse caso, mesmo voluntaristas convictos, como é o caso de Pontes de Miranda, reconhecem que a purga seria admissível ao menos até "expirar o prazo para a contestação"[958] da ação resolutória, o que parece ter acontecido no caso (haja vista a pendência de ação consignatória e o manifesto interesse do devedor pelo pagamento da dívida).

---

[955] TJRS, Apelação Cível nº 588012666, Relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Quinta Câmara Cível, julgado em 12/4/1988, publicado em [1988].

[956] Conforme preceituava, à época, o artigo 956, parágrafo único, do Código Civil de 1916.

[957] GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 175.

[958] Explica Pontes de Miranda que, "exercida a pretensão resolutória ou resilitória, o que há de ser judicialmente, a mora tem de ser purgada antes da contestação, ou antes de expirar o prazo para a contestação. O pedido de purga, com o depósito satisfatório, não fica prejudicado pela contestação, que se faça, se foi feito antes dela. Assim, a citação do devedor, na ação para a resolução, ou para a resilição, está implícito que se deu prazo para a purga, se é purgável a mora" (MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, t. XXV, p. 452).

Isso não quer dizer, todavia, que não exista hipótese em que o *adimplemento substancial* (assim entendido aquele cumprimento muito próximo do adimplemento perfeito) possa merecer atenção especial, tratamento específico. O que ocorre é apenas uma mudança de perspectiva: se, antes, o adimplemento substancial era visto como hipótese impeditiva de resolução contratual[959] (que mantinha o vínculo e sujeitava o devedor a arcar com eventuais perdas e danos[960]); propõe-se que, agora, *o adimplemento substancial seja visto como hipótese de modulação dos efeitos da mora* e *das medidas colocadas à disposição do credor para a tutela e garantia dos créditos*. Explica-se.

Como se sustentou no item anterior, o regime brasileiro da mora comporta um amplo espectro de adimplementos que, embora imperfeitos, não esgotam completamente a utilidade da prestação: dos mais gravosos (muito próximos do que chamamos de *inadimplemento substancial*) aos de pequena relevância (aos quais a doutrina e a jurisprudência já se acostumaram chamar de *adimplemento substancial*). Persistindo a utilidade da prestação, tanto o *adimplemento altamente precário* quanto o *adimplemento substancial*, a rigor, sujeitam-se ao mesmo regime da mora, estabelecido pelos artigos 394 a 401 do Código Civil.

Embora impeça a resolução do contrato[961], sabe-se que os efeitos advindos da mora não são poucos, nem de menor relevância. Descumprida a obrigação no tempo, lugar e forma previstos no contrato, responsabiliza-se o devedor por (a) eventuais perdas e danos

---

[959] "Por fim, há a *função corretiva* do princípio da boa-fé. Nessa área, ele atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas. Sob esse aspecto, destaca-se o adimplemento substancial (*substantial performance*), hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações e somente deixa de executar parte insignificante perante o todo, cuja conseqüência principal é impedir a resolução do contrato sob alegação de inadimplemento, além de outras figuras ligadas ao abuso do direito (*v.g.*, a proibição do comportamento contraditório, também denominado *venire contra factum proprium*). O Código Civil de 2002 traz a boa-fé em função corretiva no art. 187, ao erigi-la em critério de determinação do abuso do direito ('*Também comete ato ilicito 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*')" (GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 45).

[960] "A substantial performance, ensina Couto e Silva, constitui o 'adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão-somente o pedido de indenização', suposta, naturalmente, a execução. Isto significa dizer que o essencial da prestação foi cumprido, sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor que, ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório. Porém, é reconhecido ao credor o direito a perdas e danos, para que se mantenha o equilíbrio contratual, ao se compensarem as diferenças ou prejuízos relativos à prestação imperfeita e, se possível, o pedido de adimplemento" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 153).

[961] Conforme explica Ruy Rosado, "a resolução destrói a relação desde a celebração (*ex tunc*) e tem dois efeitos principais: libera credor e devedor das obrigações correspectivas e permite a restituição das prestações efetuadas. Além disso, oferece ao lesado oportunidade para ressarcir-se dos danos sofridos" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 257).

a que sua mora der causa; (b) juros; (c) atualização monetária; (d) honorários advocatícios, se o caso; e, (e) pela *perpetuatio obligationis*, assim definida por Caio Mário da Silva Pereira, como o efeito que leva o devedor moroso a responder pela impossibilidade da prestação, "ainda que tal impossibilidade decorra de caso fortuito ou de força maior"[962]. Nas palavras de Agostinho Alvim, "perpetuada a obrigação, a coisa torna-se imperecível, desde o momento da mora e por isso a obrigação subsiste ainda quando a coisa pereça"[963].

Um exemplo, submetido à apreciação do STJ, pode ser bastante ilustrativo: um casal celebrou promessa de compra e venda de loja em um shopping center ainda em construção. Embora o empreendimento estivesse programado para ser entregue em agosto de 1975, a construtora, já em mora, entrou em processo de liquidação judicial em abril de 1976, ficando a obra paralisada por 14 anos, quando foi retomada por empresa sucessora. Para dar seguimento à obra, a sucessora teve de ressubmeter a planta do empreendimento à aprovação da Prefeitura, oportunidade em que foram determinadas alterações no projeto. Tais alterações, terminaram por excluir a loja que fora adquirida pelo casal. Irresignado, o casal promoveu demanda, pleiteando indenização pelos danos sofridos.

O processo é complexo e diversos são os pedidos e temas debatidos. A nós importa o fato de que, já em mora, a construtora foi impossibilitada de cumprir sua prestação (a entrega da loja) em razão de *força maior* (o ato da Prefeitura). Por se tratar de hipótese de *perpetuatio obligationis*, contudo, a *força maior* não seria capaz de afastar a responsabilização do devedor em mora. A esse respeito, decidiu a Ministra Nancy Andrighi[964] o seguinte:

> Ambas as situações, contudo, levam às mesmas consequências. Tanto as hipóteses de força maior, como as de caso fortuito, não conduzem ao *inadimplemento voluntário* da obrigação, pelo qual responde de maneira direta o devedor, mas à *impossibilidade superveniente do adimplemento*, ou seja, à *resolução involuntária do contrato*. Nessas situações, o devedor não responde de maneira direta e automática, mas apenas se estiver em *mora*, por força do princípio da *perpetuatio obligationis* (Caio Mário, cit., p. 297). O cerne da discussão, portanto, está neste ponto: a mora. Pelo que se depreende das alegações das recorrentes, as obras do Shopping deveriam ter sido entregues no ano de 1975, mas não o foram por força da liquidação da empresa responsável. A imobiliária Nova York, portanto, pelo que tudo indica, estava em mora.

---

962 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 297.
963 ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências, op. cit., p. 72.
964 STJ, REsp nº 885.119/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/9/2010, publicado em 5/11/2010.

Outro caso interessante e ilustrativo, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[965], trata de arrendamento mercantil (*leasing*) de automóvel, em que o arrendatário pleiteava a liberação do contrato, por ter sido furtado o automóvel. Ocorre que o contrato de arrendamento mercantil previra que, durante sua vigência, o devedor teria de manter o automóvel segurado contra roubo, condição que estaria sendo descumprida pelo arrendante, durante toda a vigência contratual.

> O fato objetivo é que no contrato o arrendatário se obrigou a instituir seguro contra furto e roubo do veículo ao longo de toda a vigência do arrendamento (fls. 35 – cláusula 13), as não fez. Ora, tendo ele deixado de cumprir aquela obrigação, não lhe aproveitava, então, a invocação do caso fortuito ou força-maior, eis que conforme regra de direito ao devedor em mora não se aplica a regra do "*res perit creditori"*, mas sim a da "*perpetuatio obligationis"*[966].

Tratam-se, os exemplos acima, de situações em que os efeitos da mora (em ambos os casos decorrente de descumprimentos de relevante gravidade) operaram de forma contundente, submetendo os devedores às perdas e danos decorrentes do perecimento da prestação, *mesmo diante de fatos a eles não imputáveis* (caso fortuito ou força maior). A questão que se coloca é se, diante de descumprimentos de baixa gravidade, os efeitos da mora deveriam operar da mesma forma.

Imagine-se o exemplo, hipotético, apresentado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira[967], por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.581.505/SC: uma empreiteira entrega, ao contratante, uma mansão construída exatamente na forma prevista em projeto, exceto por faltarem maçanetas em algumas portas. Trata-se de evidente hipótese de *mora decorrente de adimplemento substancial*, já que, a despeito do ínfimo desvio quanto ao projeto, certamente permanece o interesse objetivo do contratante na mansão. Numa hipótese como essa, seria adequado que os efeitos da mora operassem de forma tão ampla? Se a casa fosse tomada por uma enchente (força maior), seria a empreiteira, em razão de sua mora, responsável pelos danos sofridos pelo imóvel, por aplicação da *perpetuatio obligationis*?

---

[965] Nesse caso, é também interessante notar que, embora não se trate da hipótese clássica de mora – *i.e*. de atraso na prestação -, mas sim de cumprimento imperfeito, pois que em desacordo com a forma convencionada, o Tribunal não titubeou ao caracterizá-lo como mora, atribuindo-lhe os efeitos adequados.

[966] TJSP, Ap. nº 0008643-47.2011.8.26.0038, Relator Desembargador Arantes Theodoro, Trigésima Sexta Câmara de Direito Privado, julgado em 26/7/2012, publicado em 27/7/2012.

[967] STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016.

Ou, pensando em variações para esse exemplo, imaginemos que, ao invés das maçanetas, a empreiteira tivesse deixado de instalar algumas poucas telhas, deixando-as no quintal da mansão. Poderia o contratante recusar o recebimento da obra? E se, alegando não reconhecer o adimplemento, o contratante não reparasse o telhado, deixando a casa exposta, por um longo período, a chuvas torrenciais. As infiltrações resultantes da chuva seriam de responsabilidade da empreiteira, em mora, ou do contratante que se manteve inerte diante de um adimplemento substancial passivo de reparo rápido e eficaz? Enfim, as variações são muitas e, a nosso ver, sempre que envolverem uma resposta drástica a um adimplemento substancial, merecem modulação, à luz da boa-fé, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Disparidade semelhante ocorrerá, a nosso ver, por ocasião do exercício, pelo credor, das tutelas que se lhe coloquem à disposição para satisfação do crédito remanescente, bem como das perdas e danos decorrentes do descumprimento parcial. Tanto ocorrerá quando o credor dispuser das chamadas *garantias especiais* (em particular, quando detiver garantia real) ou, de forma ainda mais contundente, das *supergarantias* (assim apelidadas, por Fernando Noronha, aquelas que permitem "a um credor, para se assegurar do pagamento pelo devedor, assumir a propriedade da própria coisa a que diz respeito a dívida, para, na hipótese de inadimplemento, poder reivindicar a restituição dessa coisa"[968].

É o caso, por exemplo, de jovem que contrai empréstimo, oferecendo, em garantia o imóvel dos pais, por meio de hipoteca convencional. Depois de pagar o parcelamento do empréstimo, por meses a fio, o jovem deixa de pagar uma ou duas parcelas. Intimado a pagar, não purga a mora. Poderia o credor, visando à satisfação do seu crédito, promover diretamente a execução da garantia real contra os pais do jovem? Ou, tratando-se de hipótese de adimplemento substancial, seria imperativo a opção por medida satisfativa menos gravosa – como, por sinal, preceitua o artigo 805 do Código de Processo Civil[969]?

Ou, como no Recurso Especial nº 1.622.555/MG[970], na hipótese do indivíduo que adquire automóvel por meio de contrato de financiamento com alienação fiduciária em

---

[968] NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, op. cit., p. 222.

[969] Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.
Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

[970] STJ, REsp nº 1.622.555/RJ, Relator Ministr Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/3/2017.

garantia[971], pagando atentamente as 44 primeiras parcelas e descumprindo as quatro últimas. Nesse caso, seria admissível ao credor invocar os benefícios que lhe são garantidos pelo regime da alienação fiduciária, promovendo busca e apreensão do veículo e, no caso pagamento não imediato da dívida, a consolidação da sua propriedade e consequente venda? Ou será que, havendo meios menos gravosos para a satisfação completa do crédito, não deveriam ser esses os escolhidos em resposta a um inadimplemento tão reduzido?

Boa parte dessas discussões, reconhece-se, são mais afeitas ao Direito Processual que ao Direito Civil. No entanto, como diz Orlando Gomes, "os meios de tutela e garantia do crédito podem e devem ser examinadas em conjunto, mediante sumária apreciação, para que se complete o estudo do Direito de crédito, fixando-se concretamente os mais interessantes aspectos da *obligatio*"[972]. Ao invocar institutos de natureza processual – ou híbrida – nosso intuito é apenas o de apontar situações limítrofes a que pode se sujeitar um adimplemento substancial, e que, diante dessas situações, a boa-fé objetiva, a razoabilidade e a proporcionalidade devem operar para garantir que não sejam adotadas soluções que, a fim de priorizar a *utilidade* do contrato, terminem por torná-lo *injusto*.

Diante desse cenário, parece-nos que uma das consequências da evolução da teoria do adimplemento substancial é justamente evidenciar que, *enquanto expressão da boa-fé objetiva, a teoria não deve ter escopo limitado, na medida em serve ao propósito de impedir situações injustas e desproporcionais*, *que favoreçam o extremo benefício do credor, ante o igualmente extremo agravo do devedor.* Nas palavras de Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, "a teoria tornou possível, em suma, avaliar se o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor é proporcional ao sacrifício causado pelo descumprimento da prestação ao seu interesse"[973].

Como já se disse, no sistema proposto pelo Código Civil de 2002, "a tipificação taxativa dá lugar às cláusulas gerais, abrangentes e abertas"[974]. Com isso, buscou-se *operabilidade*, buscou-se "evitar que o diploma codificado fosse rapidamente corroído pela ineficiência na sua aplicação, seja no plano temporal, seja também no plano espacial"[975]. Portanto, não há razão para que a leitura de uma teoria pautada na boa-fé objetiva seja

---

971 Acerca da alienação fiduciária em garantia trataremos, mais especificamente, no Capítulo 4.
972 GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 234.
973 TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor..., op. cit., p. 104.
974 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, op. cit., t. 1, p. 9.
975 MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 189-222, 2007, p. 205.

interpretada restritivamente. Não há qualquer fundamento plausível para que, como sugere o Ministro João Otávio de Noronha, a teoria do adimplemento substancial seja invocada apenas e tão somente para "impedir a resolução do contrato, a extinção do contrato, ante a ausência de um inadimplemento mínimo"[976]. A teoria do adimplemento substancial é construção doutrinária e jurisprudencial de elevado conteúdo axiológico e, enquanto tal, pode ser invocada como elemento de concretização dos valores constitucionais.

Conforme explica Robert Alexy, a assim chama *máxima da proporcionalidade* implica as "três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)"[977], máximas essas que, na visão do autor, se aplicam, no caso concreto, na ponderação de princípios. Na visão de Alexy, portanto, diante de uma situação de conflito entre princípios, a concretização desses princípios deve ser examinada sob as óticas da (a) adequação (*i.e.* qual a forma mais apropriada de aplicação dos princípios); (b) necessidade (*i.e.* qual a medida imprescindível para satisfazer, de forma menos gravosa, a aplicação dos referidos princípios); e (c) proporcionalidade (*i.e.* qual o princípio apresenta "precedência"[978] em relação ao outro, em determinada ordem constitucional).

A partir das *máximas* invocadas por Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade, costuma ser definido pela doutrina local como aquele que visa a "instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível o controle do excesso"[979]. Trata-se, no entender de muitos, de derivação do princípio da razoabilidade, assim definido por Luís Roberto Barroso como "um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça"[980].

Trazido ao campo do direito privado, explica Pietro Perlingieri que, em que pese sua forte aplicação no âmbito do direito administrativo, "*infatti, verificata l'operatività del principio di proporzionalità nel mercato, nel sistema del libero mercato, è plausibile che il riferito principio possa esercitare influenza sul principale strumento del mercato, cioè il*

---

[976] STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado em 18/11/2015.
[977] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 117.
[978] Ibidem, p. 163.
[979] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
[980] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 205-206.

contratto"[981]. Assim, explica Perlingieri, que, aplicado às relações privadas, o princípio da proporcionalidade atua em sinergia com os princípios da razoabilidade e da adequação: enquanto o primeiro tende a atuar "*sul piano quantitativo e determina, ma non sempre, la conseguenza della riduzione del contrato*"[982], os últimos atuam para uma "*valutazione qualitativa*"[983]. Como explica Perlingieri, a aplicação prática do princípio da proporcionalidade no direito privado "*consiste nella giusta proporzione, quantificazione, e quindi configura un parametro ulteriore e successivo rispetto a quello di ragionevolezza (intesa come astratta giustificabilità), una diversa modalità di valutare l'entità dell'interesse patrimoniale, ovvero la misura della sua protezione giuridica in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi*"[984].

Claus-Wilhelm Canaris, por sua vez, avalia o princípio da proporcionalidade, no âmbito dos direitos privados, segundo uma ponderação entre o que chama de "proibição do excesso" e o "princípio da insuficiência". Por meio dessa ponderação, explica Canaris, o princípio da proporcionalidade visa averiguar se, às partes de uma relação civil, são conferidos direitos em excesso ou em deficiência, à luz dos valores constitucionalmente consagrados[985]. Busca-se, evidentemente, a atribuição equilibrada de direitos, pela lei ou pelo aplicador.

É nesse sentido que sustenta seja aplicada a *teoria do adimplemento substancial*: como referência para a aplicação razoável e proporcional dos efeitos decorrentes da mora e do exercício das tutelas do crédito, diante de adimplementos quase perfeitos, muito pouco distantes daquele constante no programa contratual. A *teoria do adimplemento substancial*, segundo essa perspectiva, visa à proteção de valores constitucionais altamente relevantes, como a dignidade da pessoa humana, a equidade e a justiça, todos expressamente inseridos no texto da Constituição Federal e informadores da ordem constitucional brasileira.

Diante de uma situação de descumprimento contratual mínimo, há que se balancear, como explica Perlingieri[986], os *interesses em jogo*: de um lado o *interesse do credor*, consistente na satisfação eficaz e integral de seu crédito; de outro, o *interesse do devedor*, consistente na resposta equilibrada ao seu ato, na penalização moderada e condizente com sua conduta.

---

[981] PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 12, p. 131-151, out./dez. 2002, p. 135.
[982] Ibidem, p. 137.
[983] Ibidem.
[984] Ibidem, p. 138.
[985] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 34.
[986] PERLINGIERI, Pietro. Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, op. cit., p. 138.

Protegendo o credor, o princípio da livre iniciativa, expresso nos princípios da liberdade contratual, da autonomia privada, da força obrigatória (*pacta sunt servanda*). Protegendo o devedor, o princípio da justiça, expresso nos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva, da função social do contrato. Há que se sopesar, seguindo a lição de Alexy, quais os princípios prevalentes, quais as medidas mínimas necessárias, quais as caminho mais adequados. Ou, ainda, segundo Canaris, há que se ponderar quais as medidas capazes de expressar os princípios constitucionais e, ao mesmo tempo, evitar vantagens excessivas e prejuízos demasiados a quaisquer das partes.

A nosso ver, a resposta leva a um só caminho: o caminho da *modulação dos efeitos da mora e das tutelas do crédito*, caso a caso, visando à aplicação razoável e proporcional da legislação, à luz dos valores constitucionais. No plano infraconstitucional, a nosso ver, a modulação se impõe não apenas por uma exigência do diploma material, que tem por eixo motriz os princípios da boa-fé objetiva e da função social, mas por ser igualmente uma determinação de ordem processual, expressa no artigo 8º do Código de Processo Civil, que prevê que, "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

4.
ASPECTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO (E DO INADIMPLEMENTO) SUBSTANCIAL

4.1. Teoria do adimplemento substancial e segurança jurídica

4.1.1. A noção de segurança jurídica

Não parece haver dúvida, na doutrina ou na jurisprudência, de que a segurança jurídica seja um princípio com *status* constitucional. Trata-se, a segurança jurídica, de derivação da própria noção de Estado de Direito, condição reconhecida ao Brasil no patamar constitucional mais elevado: o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal[987]. Como ressalta Rafael Valim, "o *princípio da segurança jurídica integra o plexo de garantias dos direitos fundamentais*, é dizer, a segurança jurídica está entre os elementos formais do conceito de Estado de Direito"[988].

A doutrina costuma inserir a *segurança jurídica*, juntamente com a *justiça*, dentro dos valores mais elevados da sustentação do Estado de Direito. Bichara Tabbah, por exemplo, fala na "*trilogie: sécurité, justice et progrès social*"[989], enquanto elementos básicos para a realização do Direito; Almiro do Couto e Silva, trata de *justiça* e *segurança jurídica* enquanto pilares materiais do Estado de Direito[990]; Gustav Radbruch, por sua vez,

---

[987] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...)

[988] VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

[989] TABBAH, Bichara. La trilogie: sécurité, justice et progrés social. In: ROUBIER, Paul (Org.). *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier:* théorie générale du droit et droit transitoire*,* Paris: Librairie Dalloz & Sirey, p. 459-468, 1961. t. 1.

[990] "Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial (a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; (b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por freios e contrapesos (*checks and balances*); (c) a legalidade da Administração Pública e (d) a proteção da boa-fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis". (COUTO E SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988, p. 11).

contempla na própria ideia de Direito os elementos da "*justicia, finalidad, seguridad jurídica*"[991].

Radbruch sustenta, por sinal, que as noções de segurança jurídica e justiça seriam, a bem da verdade, reversos da mesma medalha: "*la positividad del derecho es así, de modo notable, propio supuesto de su justicia: tan propio es del concepto del derecho justo el ser positivo, como es tarea del derecho positivo ser justo en sus contenidos*"[992]. A esse respeito, defende Rafael Valim que segurança jurídica e justiça seriam, de fato, conceitos complementares, que integrariam ângulos distintos da concretização do Estado de Direito: a segurança jurídica, enquanto "estrutura de contenção do poder estatal"[993], representaria uma *perspectiva formal* do Estado de Direito; a justiça, enquanto conceito que agrega "um sistema de direitos fundamentais – individuais, políticos e sociais"[994], representaria uma *perspectiva material* do Estado de Direito.

Embora haja consenso com relação ao seu valor e ao seu *status* constitucional, acerca da conceituação do princípio não se pode dizer que haja tamanha unidade. Apontando inúmeros exemplos, a seu ver insuficientes, adotados pela doutrina, Humberto Ávila, esclarece que "o conceito de segurança jurídica precisa ser progressivamente especificado, sob pena de o próprio conceito de segurança jurídica ser um instrumento de insegurança jurídica"[995]. A dificuldade na conceituação do princípio, segundo o próprio autor, diz respeito especialmente à sua particularidade de não intermediar uma realidade fática, mas jurídica[996]. Explica Ávila que, enquanto a aplicação de outros princípios "exige a correlação entre os efeitos de uma conduta e o estado de coisas que, com a sua adoção deve ser realizado"[997], a aplicação do princípio da segurança jurídica exige o cotejamento de outros princípios. Trata-se, como explica Sylvia Calmes[998], de um princípio sobretudo instrumental, que visa garantir a prevalência do Direito como agente promotor da realidade.

A despeito disso, para os fins deste trabalho, acreditamos poder tomar por base a definição de Canotilho, que aborda o princípio da segurança jurídica a partir do direito

---

991 RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944, p. 95.
992 Ibidem.
993 VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro, op. cit., p. 33.
994 Ibidem.
995 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 136.
996 Ibidem, p. 137.
997 Ibidem.
998 CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en Droit Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001, p. 156.

subjetivo dos cidadãos que integram um Estado de Direito. Diz Canotilho: "os indivíduos têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico"[999].

Optamos pela definição de Canotilho, porque ela parece nos oferecer os elementos sobre os quais, majoritariamente, a doutrina tem examinado a segurança jurídica. Como explica Rodrigo Ramina de Lucca, diante da dificuldade em propor um conceito exaustivo, a doutrina tem optado por definir o princípio da segurança jurídica "a partir da compreensão de suas características fundamentais, corolários, ou mesmo finalidades, classicamente organizadas sob a forma de um trinômio: acessibilidade, estabilidade e previsibilidade do Direito"[1000].

Sob a perspectiva da *acessibilidade*, entende-se que o princípio da segurança jurídica garante aos indivíduos o direito de conhecerem o Direito, *i.e.* de terem acesso fácil aos textos legais que regem a sua vida e a de sua comunidade, para que, assim, possam orientar adequadamente as suas relações sociais. "*La sécurité juridique implique d'abord que le droit existant puisse être connu et compris*"[1001], razão pela qual, entende-se, que os cidadãos devem não apenas ter *acesso físico* aos documentos normativos, mas também *acesso intelectual*, razão pela qual *leis*, *regulamentos* e *decisões judiciais* devem ser redigidos em linguagem clara, objetiva e de fácil compreensão a todas as camadas da população. Não deve conter, portanto, ambiguidades ou dubiedades, que possam orientar comportamentos conflitantes.

É evidente que a leitura atual da *acessibilidade* deve ser relativizada. Seja em razão do volume de normas que regem a sociedade, seja em razão da própria realidade social – em que, infelizmente, pululam analfabetos, analfabetos funcionais, pessoas não abrangidas pelo ensino formal -, não parece razoável vincular o atingimento da *segurança jurídica* a *standard* tão elevado e infactível[1002]. Com sustenta Eros Grau, há, atualmente,

---

[999] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 257.

[1000] LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 68.

[1001] CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. 5. ed. Paris: Montchestien, 2010, p. 97.

[1002] Além disso, conforme sustenta Jerome Frank: "*The truth of the matter is that the popular notion of the possibilities of legal exactness is based upon a misconception. The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable. And how could this wee be otherwise? The law deals with human relations in their most complicated aspects. The whole confused, shifting helter-skelter of life parades before it – more confused than ever, in our kaleidoscopic age*" (FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Nova York: Anchor Books, 1963, p. 13).

uma *inflação normativa* que "coloca sob comprometimento não apenas a segurança das relações jurídicas, mas a própria consistência do princípio segundo o qual *ignorantia legis neminen excusat*"[1003]. Diante dessa constatação, os autores começam a flexibilizar a noção de acessibilidade. Gianmarco Gometz, por exemplo, fala na acessibilidade do direito "*alla classe dei destinatari del diritto la cui certezza è in questione*"[1004]. Ávila, por sua vez, prefere invocar o *homem médio* e o *bom pai de família* para, buscando alguma aproximação com a realidade, "representar o cidadão-comum, não-especialista em Direito, sem má-fé, prudente e informado"[1005].

A previsibilidade, por sua vez, diz respeito à possibilidade que o cidadão tem de antever o reflexo jurídico de suas ações. Humberto Ávila[1006] explica que a noção de previsibilidade tem evoluído ao longo do tempo. Inicialmente concebida como a capacidade onisciente de antecipar, com absoluto grau de precisão, as consequências jurídicas dos atos próprios, de terceiros e do Estado; a previsibilidade ganhou, da doutrina, contornos que a aproximam da realidade. Nesse sentido, a noção moderna de previsibilidade contempla o que Ávila, reportando-se às doutrinas alemã e italiana, chama de *calculabilidade*, assim entendida "a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais"[1007].

Giancarlo Gometz, no entanto, prefere falar no "*carattere alternativo della previsione*"[1008]. Explica o autor que, diante da complexidade atual do direito e das relações sociais, não é razoável esperar do Direito a previsibilidade exata do provimento esperado para cada fato específico. Mais adequado é esperar "*una gamma di risultati tutti giuridicamente 'possibili' in base allo schema rappresentato dalla norma che il decisore è chiamato ad applicare. Più ampio è questo schema, ovvero maggiore è il numero e la varietà delle possibilità applicative, più si apre il ventaglio delle alternative prevedibili in ordine alla soluzione giuridica di un caso cui quella norma deve essere applicata*"[1009].

Diante dessa gama de resultados jurídicos alternativos igualmente válidos, Gometz prefere resumir a noção atual de previsibilidade segundo uma *perspectiva*

[1003] GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 185.
[1004] GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005, p. 204.
[1005] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 175.
[1006] Ibidem, p. 143.
[1007] Ibidem, p. 144.
[1008] GOMETZ, Gianmarco. La certezza giuridica come prevedibilità, op. cit., p. 205.
[1009] Ibidem, p. 208.

negativa. Para o autor, portanto, mais importante do que a possibilidade de identificar quais serão as eventuais consequências futuras de um fato, é a possibilidade de identificar *quais certamente não serão as consequências jurídicas*. Segundo Gometz, a noção atual de previsibilidade pressupõe que os cidadãos "*sono in grado di conoscere i limiti dell'intervento del potere pubblico sulle vicende che considerano o, come pure potremmo dire, quando conoscono ex ante l'ambito della discrezionalità di cui gli organi giuridici godono circa la determinazione del contenuto di una decisione sopra una data vicenda*"[1010].

Por fim, fala-se em *estabilidade*, atributo da segurança jurídica que envolve a expectativa de "imutabilidade do Direito"[1011], de "*certezza del diritto attraverso il tempo*"[1012]. Rafael Ramina de Lucca explica que a noção de estabilidade pode ser entendida sob duas perspectivas: a primeira, mais estreita, voltada à "estabilidade das situações jurídicas já consolidadas"[1013], como nas proteções ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; e a segunda, mais ampla, voltada à "estabilidade do Direito"[1014]. Acerca da segunda perspectiva, a doutrina costuma sustentar que o Direito deve se manter estável ao longo do tempo, *i.e.* sem grandes mudanças na lei, sem grandes variações normativas, de modo que o acima referido atributo da previsibilidade possa se dar longamente no tempo. Como defende Gometz, "*la certezza è tanto maggiore quanto più lontano nel futuro si spinge la capacità predittiva degli individui*"[1015]. Canotilho, por sua vez, argumenta que, como "a mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas"[1016], a segurança jurídica, enquanto expressão do Estado de Direito, imporia "a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas"[1017].

A estabilidade do Direito é também alvo de importantes críticas. Fala-se, muitas vezes, numa exigência tão extremada de continuidade das leis e postulados jurídicos, que, ao fim e ao cabo, termina-se por vincular, demasiadamente, o "Direito futuro ao Direito passado"[1018]. Segundo essa concepção, a doutrina termina por conceber o Direito a partir de uma visão extremamente *abstrata* e *formal*, ignorando sua natureza de fenômeno social,

---

[1010] GOMETZ, Gianmarco. La certezza giuridica come prevedibilità, op. cit., p. 224.
[1011] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 144.
[1012] GOMETZ, Gianmarco. La certezza giuridica come prevedibilità, op. cit., p. 208.
[1013] LUCCA, Rodrigo Ramina. O dever de motivação das decisões judiciais..., op. cit., p. 259.
[1014] Ibidem.
[1015] GOMETZ, Gianmarco. La certezza giuridica come prevedibilità, op. cit., p. 224.
[1016] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit., p. 259.
[1017] Ibidem.
[1018] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 144.

de organismo vivo[1019], que evolui e necessariamente se transforma ao longo do tempo. Ciente desse fato, a doutrina mais moderna tem atenuado a definição de estabilidade, passando a falar preferencialmente em *confiabilidade*[1020] do Direito, assim entendida a capacidade que o Direito deve ter de *mudar gradual e racionalmente*, assegurando as expectativas legitimas dos cidadãos e garantindo direitos subjetivos já conquistados.

4.1.2. Estabilidade e previsibilidade em um Direito em constante desenvolvimento

Partindo de conceitos rígidos e extremamente conservadores de *estabilidade* e *previsibilidade* do Direito, é comum identificar, na doutrina e na jurisprudência, preocupações acerca da compatibilidade entre a *teoria do adimplemento substancial* e o *princípio da segurança jurídica*. Conforme sugeriu a Ministra Maria Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.622.555/MG, a teoria do adimplemento substancial contribuiria para a "insegurança jurídica das relações contratuais", particularmente quando aplicada "contrariamente à disposição literal da lei" e ao entendimento anterior do Tribunal[1021]. Da mesma forma o Ministro João Otávio de Noronha, em voto-vista no julgamento do Recurso Especial nº 1.051.270/RS, em que afirma que a aplicação da teoria do adimplemento substancial a hipóteses que não sejam de "quase totalidade do cumprimento das obrigações contraídas ou do proveito que se buscava alcançar", representaria violação aos "princípios da segurança jurídica e da autonomia de vontades, desnaturando-se, assim, o negócio jurídico"[1022].

A preocupação dos Ministros João Otávio de Noronha e Maria Isabel Gallotti, a bem da verdade, não reproduz a posição majoritária da Corte, ao menos na maior parte das matérias que foram submetidas à avaliação do STJ à luz teoria do adimplemento substancial. No entanto, a posição mais conservadora tem ganhado força nos últimos anos, tendo prevalecido em matérias que dispõem de legislação específica (como é o caso da alienação fiduciária e do arrendamento mercantil), e em temas não afeitos ao direito dos contratos (como é o caso dos débitos de natureza alimentar)[1023]. A pretexto de resguardar a

---

[1019] Como já preceituava Jhering e sua teoria organicista (JHERING, Rudolph von. *O espírito do direito romano*: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. I, p. 28-51).
[1020] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 142.
[1021] STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017.
[1022] STJ, REsp nº 1051270/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/8/2011, publicado em 5/9/2011.
[1023] Ambos os temas serão objeto de comentários na seção final deste trabalho.

segurança jurídica, os Ministros têm, cada vez mais, se inclinando na direção de uma leitura conservadora da Lei, indicando uma pretensão de *imutabilidade do Direito*.

Essa resistência ao novo, demonstrada por parte da doutrina e da jurisprudência, parece ser reflexo de uma *visão altamente conservadora do princípio da segurança jurídica*, ainda concebida, como explica Almiro do Couto e Silva, como instrumento destinado "à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado"[1024]. Tal resistência parece ser, portanto, reflexo de um passado, ainda recente, de desmandos estatais e de extrema vulnerabilidade do cidadão. Trata-se de uma visão cautelosa do direito, naturalmente resultante de uma visão de Estado opressor, que pode mudar arbitrariamente as leis para impor sua força, utilizando-se, inclusive, do Judiciário, como agente legitimador dos seus atos.

É também a visão de Eros Grau que os juristas sejam "constituídos para prover a conservação do *status quo*"[1025]. Para Eros Grau, no entanto, essa imposição conservadora não seria propriamente fruto da história, mas sim da organização econômica prevalente. Defende Eros Grau que o jurista, na sociedade capitalista, é educado para conceber *segurança jurídica* e *desenvolvimento do direito* como conceitos opostos: a *segurança jurídica* teria por propósito preservar a *liberdade individual*; o *desenvolvimento do direito* implicaria uma "adequação ao devir social"[1026]. Isso se daria porque, na sociedade capitalista, o "direito posto pelo Estado, surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a viabilizar a fluência da circulação mercantil"[1027]. O desenvolvimento do direito, enquanto fenômeno independente do Estado, seria indesejado e potencialmente desestabilizador da ordem vigente.

Traduzindo esse racional à prática jurídica, Grau explica que a *segurança jurídica se traduziria no apego à literalidade do texto normativo*, enquanto o *desenvolvimento do direito decorreria da interpretação*. É por isso que, segundo Eros Grau, os juristas teriam sido treinados para aplicar friamente a letra da lei, mas não para interpretá-la[1028] segundo os princípios que regem a sociedade; para interpretar o *direito posto*, com base no *direito pressuposto* e, assim, promover o desenvolvimento finalístico, ético, do direito.

[1024] COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 49.
[1025] GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto, op. cit., p. 317.
[1026] Ibidem, p. 318.
[1027] Ibidem.
[1028] "Fomos constituídos, os juristas, para preservar as estruturas. E aqueles aos quais falta senso crítico e nos quais a singularidade prevalece nem se dão conta desse seu caráter. Liberais, sim, entusiastas do Estado de direito, mas conservadores, sem que isso conduza a qualquer paradoxo" (Ibidem).

É esse, por sinal, o elemento central da tese de Eros Grau[1029]: a partir de uma leitura cuidadosa e crítica dos textos de Kelsen, Eros Grau chega à conclusão de que os "apologistas do direito"[1030] teriam deturpado, ao longo dos anos, o positivismo kelseniano, com o fim de consolidar uma visão ultraconservadora do direito, alinhada com os já mencionados propósitos capitalistas. Com a pretensão de atribuir ao Direito um caráter científico, Kelsen teria atribuído ao seu objeto de estudo um caráter *instrumental*. Segundo essa visão, o Direito seria, de fato, concebido como um meio; mas não como um meio que não vise a qualquer finalidade. "A função do direito, para Kelsen, é a de permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos senão através dessa forma de controle social"[1031]. No mesmo sentido é a leitura de Bobbio: "A função do direito é permitir a consecução daqueles fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas (mais brandas, menos constritivas) de controle social"[1032].

Fato é que, como diz Bobbio, os fins sociais, que devem ser instrumentalizados pelo Direito, variam "de uma sociedade para outra: é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito". E é esse, segundo Grau, o pilar de sustentação da visão ultraconservadora do Direito que, embora em decadência, ainda insiste em se sustentar: como à teoria do Direito não importaria a definição de quais os "fins sociais" a serem atingidos, caberia aos operadores do Direito a mera *aplicação literal do direito positivo*, segundo uma *rígida estrutura hierarquizada de normas*.

Segundo Eros Grau, contudo, essa interpretação é equivocada, pois parte da falsa premissa de que só existiria uma ciência do direito, quando a realidade é que existem várias, cada uma com a proposta de examinar o Direito segundo uma perspectiva distinta[1033]: "A Filosofia do Direito, a Sociologia do Direito, a Teoria do Direito (aí, a

---

[1029] Esse é o eixo da tese de Eros Grau e, portanto, seu conteúdo é explorado em todo o livro (GRAU, Eros. Direito posto e direito pressuposto, op. cit.*)*.

[1030] Ibidem, p. 30.

[1031] Ibidem.

[1032] BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função, op. cit., p. 206.

[1033] Em sentido semelhante é a lição de Jacques Chevallier, que diferencia *ciência jurídica* de *doutrina jurídica*, da seguinte forma: "*La différence fondamentale entre doctrine juridique et science juridique réside dans le point de vue qu'elles adoptent sur le droit et dans la fonction qu'elles remplissent. La doctrine juridique est partie prenante au processus de production du droit: elle ne se place pas en position d'extériorité par rapport au droit mais entend 'se situer dans le droit' et 'intervenir en droit'. La connaissance du droit qu'elle permet est une connaissance 'intéressée': il s'agit d'apporter une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions. Ce faisant, la doctrine fait oeuvre dogmatique et contribue à la production de la normativité juridique. La science juridique, au contraire, entend se situer 'en dehors du droit': se plaçant en position d'extériorité par rapport au droit, elle entend adopter sur lui un point de vue réflexif et critique. La connaissance du droit qu'elle autorise est une connaissance 'désintéressée' et gratuite: il ne s'agit plus d'apporter une contribution au fonctionnement de l'ordre juridique, d'intervenir dans les processus de production du*

Lógica Jurídica ou Lógica Normativa) têm por objeto o *direito em geral*. Já a Dogmática ou Jurisprudência teórica ocupa-se de *um determinado* direito, ainda que, para tanto, recorra a referências, em análises de direito comparado, a outros direitos"[1034].

E a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, ocupando-se apenas daquela *ciência do direito* que diz respeito à *lógica normativa*, prevê que o processo de construção do direito deve se dar em duas etapas: (a) a primeira, que diz respeito ao *processo de confecção do texto normativo*, é de responsabilidade do *legislador* e dá origem ao *direito formal*; (b) a segunda, que diz respeito ao *processo de interpretação do texto normativo*; é de responsabilidade do juiz, o *intérprete autêntico*, e caracteriza-se por ser o meio pelo qual ele, o juiz, "desvenda as normas contidas nas disposições"[1035]. Seria este o momento em que, por meio da interpretação, o juiz deveria garantir a consecução dos fins sociais, dos valores esposados pela sociedade, do *direito pressuposto*.

Mas fato é que, a despeito das sólidas bases que o positivismo conservador fincou em nosso sistema, os já longamente explorados processos de *socialização do Direito* e de *funcionalização dos direitos subjetivos* colocaram em xeque a visão do Direito como mero elemento instrumental, levando ao que Eros Grau chamou de *desestruturação do direito formal*[1036]. Esse processo, como já se disse, levou a uma demanda crescente pela *eticização do direito*, pela *moralização do direito.* E como esse processo de *eticização* não deve se dar ao largo do Direito, por meio arbitrários, Grau conclui que ele deve ser realizado pelos *intérpretes autênticos*, os *juízes*, mediante recurso aos *princípios*, por serem esses os meios capazes de atribuir aos textos normativos conteúdo axiologicamente compatível com o *direito pressuposto* de uma dada sociedade[1037].

Nos permitimos fazer essa pequena digressão, não apenas porque, a nosso ver, a obra de Eros Grau (a) explica com, rara clareza, as dificuldades que o jurista ainda encontra ao se deparar com teorias de vanguarda, e com a demanda por flexibilização de institutos consolidados; mas também porque (b) indica os caminhos, dentro da Teoria do Direito, para a evolução do Direito. Assim, e já voltando ao ponto central desta seção, parece-nos que a dificuldade que parte da doutrina e da jurisprudência encontra para *compatibilizar o princípio da segurança jurídica à aplicação da teoria do adimplemento*

---

droit, de produire de la normativité, mais d'analyser le phénomène juridique. Ce faisant, la science juridique s'inscrit à part entière dans le champ des sciences sociales, avec lesquelles elle entretient nécessairement des relations d'interdépendance" (CHEVALLIER, Jacques. Doctrine juridique et science juridique. *Droit et Société*, n. 50, p. 103-119, 2002, p. 105).

[1034] GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto, op. cit., p. 38.

[1035] Ibidem, p. 95.

[1036] Ibidem.

[1037] Ibidem, p. 112.

substancial, decorre, em grande medida, da leitura formalista e demasiadamente conservadora que alguns ainda fazem do princípio da segurança jurídica, atrelando-o, exacerbadamente, ao princípio da legalidade. Para esses, só há segurança jurídica se cumprida estritamente a letra da lei – e mais, desde que a lei seja lida de forma restritiva. Só assim seria possível, para esses juristas, garantir-se a previsibilidade e estabilidade do Direito.

Como se apontou brevemente na seção anterior, tais postulados já não encontram guarida no Direito atual. Como ensina Judith Martins-Costa[1038], os princípios da segurança jurídica e da legalidade, tal como classicamente concebidos, são insuficientes diante do direito atual, que tem sido moldado sob a ótica da justiça, da boa-fé e da confiança. Não se sustenta mais a doutrina clássica que defendia a segurança jurídica como princípio supremo do Direito; que, defendia, nas palavras de Gustav Radbruch, que "*es más importante acabar con la batalla de las opiniones políticas, que no esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad; estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el Orden, la paz*"[1039].

Diante da concepção atual do direito, em que prevalece uma Jurisprudência dos Valores[1040], não nos parece razoável perseguir uma intepretação absolutamente rígida dos atributos que compõem a segurança jurídica, nem defender ao princípio da segurança jurídica um lugar de primazia no quadro constitucional. A nosso ver, o Direito moderno impõe que o princípio da segurança jurídica seja interpretado em paridade com os demais princípios constitucionais, visando, ao fim e ao cabo, à promoção da *justiça*. Como já dizia Almiro do Couto e Silva, em texto publicado em 1988, "nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça"[1041]. E voltando ao tema, muitos anos mais tarde, o autor completa que, "entre esses dois polos trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material"[1042].

[1038] MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima da confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 22, p. 228-258, 2002, p. 231-232.
[1039] RADBRUCH, Gustav. Filosofía del Derecho, op. cit., p. 96.
[1040] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 163-164.
[1041] COUTO E SILVA, Almiro. Os princípios da legalidade da Administração Pública..., op. cit., p. 12.
[1042] Idem. Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional, op. cit., p. 49.

De fato, como a evolução do Direito decorre da evolução da sociedade, a nosso ver, por paradoxal que (a alguns) possa parecer, uma concepção demasiadamente conservadora do Direito seria deveras temerária. Como defende Rodrigo Ramina Lucca, "por ser um fenômeno social, o Direito é e sempre será mutável, adaptável à realidade concreta que regula; caso contrário, ele certamente não desempenhará o papel que lhe é destinado"[1043]. Nesse mesmo sentido é a posição de Almiro do Couto e Silva, para quem "o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar"[1044].

Por isso, parece-nos que os atributos que integram o núcleo conceitual do princípio da segurança jurídica só podem ser lidos de forma a: (i) permitirem a evolução gradual e segura do direito - ou, como prefere Humberto Ávila, a "racionalidade da mudança"[1045]; e (b) assegurarem aos cidadãos - como defendeu Gometz[1046] -, as *possíveis* consequências jurídicas de seus atos (em especial em sua *perspectiva negativa*), o que deve ser possível a partir de uma avaliação estruturada e sistemática do Direito[1047].

A *convergência* entre o princípio da segurança jurídica e a teoria do adimplemento substancial – particularmente diante do escopo alargado que, no Capítulo anterior, se propôs para a referida teoria - se dá, portanto, por meio de um criterioso processo de aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, que vise à concretização dos valores abraçados pela sociedade atual, sem prejudicar os avanços até o momento já conquistados.

Como dizia George Ripert, "*tout d'abord quand on modifie la portée d'une règle juridique pour l'étendre ou la restreindre à raison de considérations nouvelles, c'est afin de la conserver et non de la détruire*"[1048]. Este pensamento nos parece particularmente atual e pertinente ao tema objeto deste trabalho. Como se discutiu nos capítulos anteriores, o grande incômodo causado pela *teoria do adimplemento substancial*, especialmente quando de sua chegada ao território nacional, seria uma possível mitigação demasiada do *direito à resolução contratual*, entendido, por muitos, como direito absoluto e merecedor

---

[1043] LUCCA, Rodrigo Ramina. O dever de motivação das decisões judiciais..., op. cit., p. 259.
[1044] COUTO E SILVA, Almiro. Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional, op. cit., p. 49.
[1045] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 142.
[1046] GOMETZ, Gianmarco. La certezza giuridica come prevedibilità, op. cit., p. 224.
[1047] LUCCA, Rodrigo Ramina. O dever de motivação das decisões judiciais..., op. cit., p. 259.
[1048] RIPERT, George. *Les forces créatrices du Droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1955, p. 28.

de ampla proteção. Ora, ainda que se trate de tema controverso[1049], há uma tendência doutrinária em se admitir que o principal fundamento do direito à resolução contratual seria a "consagração legal da ideia de justiça contratual"; ou a "equidade, que se não compadece com a execução do contrato quando ocorre desequilíbrio gerado pela inexecução"[1050]. É curioso notar que os fundamentos que sustentam a teoria do adimplemento substancial são exatamente os mesmos: a *justiça contratual* e a *equidade*, enquanto expressões dos princípios da boa-fé objetiva.

Tal exemplo nos parece sintomático de que o valor que norteia nosso Direito é, sobretudo, o *valor da justiça*, expresso por meio do princípio da boa-fé objetiva, no âmbito das relações privadas. A evolução da sociedade, no entanto, nos apresenta, em diferentes momentos, diferentes formas de concretização do valor. Cumpre ao intérprete a avaliação ponderada do sistema jurídico para que, retomando Eros Grau, sejam produzidas *normas de decisão* que efetivamente correspondam ao *direito pressuposto*[1051].

4.1.3. A segurança jurídica diante de um sistema móvel, formado por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados

Diante de um sistema móvel, como aquele estabelecido pelo Código Civil brasileiro, é fundamental que a *segurança jurídica* conviva harmonicamente não apenas com outros *princípios*[1052], mas com as *cláusulas gerais*[1053] e com os *conceitos*

[1049] GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 206.

[1050] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 3, p. 156.

[1051] GRAU, Eros. Direito posto e direito pressuposto, op. cit., p. 39.

[1052] Para Robert Alexy, princípios são *mandamentos de otimização*, *i.e.* "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Enquanto mandamentos de otimização, "são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes" (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 90). Na doutrina nacional, é interessante a definição de Paulo Nalin, que busca sintetizar os diferentes enfoques de diversos autores: "Podemos afirmar, assim, que os princípios (sejam dos contratos ou não) encerram valores importantes na sociedade e no ordenamento, exigindo-se, em razão de sua estrutura, indeterminadas medidas para sua observância. Admitem a restrição de sua aplicação em um caso concreto, podendo entrar em oposição ou em contradição entre si, sem que isso prejudique suas validades recíprocas. Não possuem pretensão de exclusividade, o que significa que uma medida de cumprimento pode ser utilizada para a concretização de mais de um princípio, o que já permite afastar, a priori, o menor peso dos princípios clássicos dos contratos diante dos (agora) positivados pelo Código Civil de 2002. Ostentam sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrições recíprocas. Sua aplicação se dá por ponderação, enquanto que a das regras opera-se por subsunção" (NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 72).

[1053] "Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida'

indeterminados[1054] que os expressem no plano legal. É exatamente nesse sentido o comentário de Judith Martins-Costa ao então Projeto do atual Código Civil, exaltando a adoção das *cláusulas gerais* e apontando para um *movimento pendular* entre a certeza jurídica e o desenvolvimento do Direito:

> O grande valor do Projeto está na adoção de determinadas cláusulas gerais, principalmente em matéria contratual e no que diz respeito a responsabilidade civil. Foi pensamento expresso dos juristas que o elaboraram transformá-lo em código central, revigorando, assim, processo tradicional do ordenamento de linhagem portuguesa, qual seja, o de adotar determinado corpus como ponto de referência indispensável à preservação da unidade do direito, 'exigência constante, no desenvolvimento do nosso direito, desde o período do descobrimento até nossos dias'. Ao mesmo tempo, a introdução das cláusulas gerais no citado Projeto conduz à constatação do movimento pendular onde oscilam, em diferentes medidas, os diversos sistemas com raiz romano-germânica, entre polaridades sempre presentes - de um lado, a necessidade de certeza jurídica, de outro, a busca de soluções afinadas à mutabilidade do tempo e das circunstâncias[1055].

Como explica Larenz, em um Direito entendido como uma "Jurisprudência de Valores", é cada vez mais natural que "a lei lance mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais"[1056], oferecendo ao juiz uma moldura para a

---

ou 'vaga', caracteri caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressistematização desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico". (MARTINS-COSTA. Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção", op. cit., p. 8).

[1054] Como aponta Ricardo Lodi Ribeiro, "Em virtude da vagueza da linguagem jurídica, quase todos os conceitos do Direito são marcados pela indeterminação, sendo a ilusão da determinação absoluta uma herança da Escola de Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos. No entanto, são denominados conceitos indeterminados aqueles que possuem um grau mais alto de indeterminação". E explica o autor que, entre os conceitos indeterminados, haveria aqueles ditos *lato sensu*, que abrem espaço à discricionariedade, "onde a lei deixa ao aplicador a possibilidade quanto à adição de novos pressupostos escolhidos em consonância com a finalidade da norma"; e aqueles ditos *stricto sensu*, em que a abertura do tipo é menor, limitando-se à configuração normativa de um pressuposto à sua aplicação da lei". Nesses casos, "a lei se reporta a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados em seu enunciado, uma vez que este não comporta uma quantificação ou determinação rigorosa. Porém, tal norma refere-se a um contexto de realidade que será precisado no momento de sua aplicação a partir de conceitos de experiência ou de valor contidos em seu próprio texto. Tais conceitos vinculam-se a pressupostos concretos e não a definições vagas, imprecisas ou contraditórias, demandando durante a sua aplicação um processo de preenchimento semântico, ou seja, de densificação, por meio de uma valoração". (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os conceitos indeterminados no Direito Tributário. *Revista Dialética do Direito Tributário*, n. 149, p. 63-76, fev. 2008, p. 63-64).

[1055] MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, op. cit., p. 21.

[1056] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 164.

concretização do Direito. Nesse contexto, reconhece Larenz, "a faculdade de desenvolver o Direito cabe indiscutivelmente aos tribunais"[1057], que devem fazê-lo interpretando as normas de forma sistemática e, sempre que necessário, recorrendo aos princípios ético-jurídicos[1058].

Como se sustentou nos capítulos anteriores, a viabilidade da *teoria do adimplemento substancial* no direito brasileiro deriva amplamente dos princípios da *boa-fé objetiva*, da *função social do contrato*, da *vedação ao abuso de direito*, e, entendida a teoria da forma ampliada ora proposta, dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*. Também conforme já se sustentou, todos esses princípios contemplam *valores fundamentais da nossa sociedade*, *valores expressos na Constituição Federal*. Além disso, a teoria do adimplemento substancial é suportada pelas *cláusulas gerais* da *função social do contrato*, da *boa-fé objetiva* e da *vedação ao abuso de direito* (artigos 187, 421 e 422 do Código Civil) que, recorrendo a *conceitos indeterminados*, reenviam o aplicador aos princípios de que tratam e permitem a interpretação *restritiva* e *integrativa* dos artigos que contemplam as *regras* para a hipótese de inexecução das obrigações (notadamente os artigos 389, 394, 395, 399 e 475 do Código Civil, sem mencionar dispositivos de leis especiais). O fundamento teórico-legal da *teoria do adimplemento substancial*, portanto, é complexo, e envolve uma aplicação sistematizada de *princípios*, *cláusulas gerais*, *conceitos indeterminados* e *regras*.

De outro lado, os opositores da *teoria do adimplemento substancial* argumentam que ela inverteria a lógica do negócio jurídico, de modo que o seu acolhimento afrontaria os princípios da *autonomia privada* e da *força obrigatória dos contratos* (*pacta sunt servanda*)[1059], estes decorrentes do *princípio da livre iniciativa*, que goza de elevado patamar Constitucional. Sustenta-se que seriam esses os princípios que devem orientar a interpretação das *regras* do Código Civil, consideradas expressas e incontroversas, que facultariam ao credor, conforme seu exclusivo interesse, *resolver o contrato* ou *buscar, como melhor lhe aprouver, a satisfação de seu crédito, independentemente da gravidade do inadimplemento* (mesmo artigos 189, 394, 395, 399 e 475 do Código Civil). Em benefício dessa posição, portanto, também um importante rol de *princípios* e *regras*.

[1057] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 524.
[1058] Ibidem, p. 599.
[1059] De acordo com Bertrand Fages, "*dès lors qu'il est valablement formé, le contrat se voit conférer une pleine force obligatoire: il doit être respecté, dans tous ses aspect, sous peine de sanctions. Cette exigence essentielle se situe dans la ligne de l'adage pacta sunt servanda (les pactes doivent être respectés)"* (FAGES, Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 199).

A aplicação prática da teoria do adimplemento substancial, portanto, passa pela superação entre o aparente conflito de *princípios* e *regras* favoráveis e contrários ao seu acolhimento. Mais do que isso, para que a aplicação da teoria do adimplemento substancial ocorra sem prejuízo à segurança jurídica, é necessário que, da superação desse conflito, apresentem-se caminhos razoavelmente objetivos para a aplicação da teoria pelos operadores do direito; em particular para os juízes, responsáveis por editar as *normas de decisão* e por *desenvolver racionalmente o Direito*.

A doutrina é rica ao propor caminhos para uma aplicação metodologicamente adequada de *princípios* e *regras*, sendo famosos os modelos de Alexy[1060], Canaris[1061], Esser[1062], Larenz[1063], Dworkin[1064] e, no Brasil, de Humberto Ávila[1065]. Todos buscam conceituar *princípios* e *regras*, a partir das funções que exercem no ordenamento, para, em seguida, propor alguma *metodologia de ponderação*, que aponte para a correta aplicação de *princípios* e *regras* diante do caso concreto, visando, em geral, à obtenção de uma *decisão justa*[1066]. Evidentemente, a avaliação desses métodos de ponderação foge ao escopo deste trabalho. Os modelos são inúmeros e suficientes para justificar, por si só, variados trabalhos monográficos.

De toda forma, no intuito de demonstrar que a *ponderação de princípios e regras favorece a teoria do adimplemento substancial*, tomamos a liberdade de fazer – é bem verdade, de forma limitada e sem respeitar um profundo rigor metodológico (que uma análise exaustiva seria de impor) – um exercício analítico, em duas etapas: (a) primeiro, um exercício de *sopesamento* de alguns dos *princípios* que suportam e refutam a teoria do adimplemento substancial, para o qual tomaremos por base a técnica de sopesamento de Alexy[1067] e as orientações de Luís Virgílio Afonso da Silva[1068]; e (b) segundo, um exercício de *superação das regras* que, em tese, refutam a teoria do adimplemento

---

[1060] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 85-120.
[1061] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66-102.
[1062] ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, op. cit., p. 183-233.
[1063] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 519-610.
[1064] DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977, p. 14-45.
[1065] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 91-102 e 114-120.
[1066] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 241.
[1067] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 85-120.
[1068] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

substancial, *por alguns dos princípios* que suportam a teoria, para o qual tomaremos por base o modelo de Humberto Ávila[1069].

4.1.3.1.Um exercício de sopesamento de princípios

Para fins deste exercício, é importante traçarmos, de antemão, algumas premissas. Em primeiro lugar, nos limitaremos à confrontação dos princípios que mais profundamente suportam e contraditam a teoria do adimplemento substancial: o princípio da *boa-fé objetiva* e o princípio da *força obrigatória*[1070,1071]. Além disso, restringiremos a hipótese a ser submetida à *técnica de sopesamento* à seguinte: diante de um evento de *inadimplemento relativo*, a resolução do contrato seria medida condizente com os princípios da *boa-fé objetiva* e do princípio da *força obrigatória*?

Ainda para o propósito deste exercício, tomaremos como objetivos do *princípio da boa-fé objetiva*, aqueles expressados por Antonio Menezes Cordeiro. Para Menezes Cordeiro, haveria no princípio da boa-fé um objetivo duplo: a *proteção da confiança* ("a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize um 'abuso de direito")[1072] e a *vedação ao formalismo exacerbado* ("partindo de uma laboração sobre palavras e não sobre as realidades que elas visem comunicar, pode atingir-se uma decisão que traduza não a realização do modelo pretendido pelo Direito, mas tão só, uma qualquer conexão vocabular em que tal modelo se atinja, em termos verbais")[1073].

Com relação ao *princípio da força obrigatória*, tomaremos como objetivo aqueles apontados por Francisco Amaral: *o cumprimento dos contratos* ("o contrato é lei entre as partes, obrigando os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que deve ser cumprido")[1074], e *a segurança dos negócios jurídicos* ("estabelecida a relação jurídica

---

[1069] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 91-94 e 114-120.

[1070] Assim como faz Alexy ao ilustrar o *sopesamento*, pretendemos, por meio deste exercício, concentrar nossa análise na "constelação mais simples", i.e. aquela "caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito" (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 118-119).

[1071] Para os fins deste exercício, tomamos o *princípio da força obrigatória* enquanto representativo tanto do *princípio da autonomia privada* (que, em relação a si, atua como sobreprincípio), quanto do princípio da *pontualidade* - ou dos princípios da *identidade*, *exatidão* e *integralidade* – (que, enquanto princípios do pagamento, em relação a si atuam como subprincípios.

[1072] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 1247-1248.

[1073] Ibidem, p. 1252.

[1074] AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 135.

obrigacional, torna-se ela irrevogável por arbítrio de uma das partes, o que dá segurança ao comércio jurídico")[1075].

Delimitadas as premissas, passemos ao exercício. Explica Alexy que a *técnica de sopesamento* envolve avaliar o conflito de princípios a partir de três perspectivas: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. E, como reforça Luís Virgílio Afonso da Silva, para que tenha resultado eficaz, "a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito"[1076].

O primeiro passo da análise é, portanto, identificar quais as medidas possíveis diante do evento analisado. Assim, diante de um *inadimplemento relativo*, pode o juiz determinar (a) a resolução do contrato ou, (b) *reconhecendo que há utilidade na prestação (realizada ou por realizar)*, manter a vigência do contrato, determinando ou o cumprimento da obrigação ou pagamento da indenização cabível.

Sob o ponto de vista da *adequação*, Afonso da Silva esclarece que uma medida será "considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido"[1077]. Para os objetivos do *princípio da força obrigatória*, não parece haver dúvida de que o instituto da resolução contratual seja medida *adequada*, pois tende a estimular comportamentos condizentes com o cumprimento do contrato (ciente de que pode sofrer as consequências da resolução, espera-se, do devedor, um comportamento voltado ao adimplemento). Há, contudo, uma evidente tensão com relação aos objetivos do *princípio da boa-fé objetiva*, na medida em que, persistindo a utilidade da prestação, parece que o exercício do direito resolutório abalaria a confiança (podendo configurar abuso de direito) e refletiria apego exagerado ao formalismo.

Evidenciado o conflito, e tendo em vista que princípios não são comandos absolutos, mas "mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas"[1078], deve-se passar à segunda fase do sopesamento, analisando-se a *necessidade* da medida. Nesse caso, explica Afonso da Silva, deve-se entender uma medida como necessária, "caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido"[1079]. Assim, seria de se perguntar se, embora adequada, seria a resolução contratual a única medida capaz de promover o cumprimento dos contratos e a segurança dos negócios

[1075] AMARAL, Francisco. Direito Civil, op. cit., p. 135.
[1076] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 34.
[1077] Ibidem, p. 37.
[1078] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 118.
[1079] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 38.

jurídicos? A resposta, a nosso ver, parece ser *negativa*. Como já discorremos ao tratar do *princípio da conservação dos contratos*, alternativamente à resolução contratual, parece-nos que tais objetivos podem ser atingidos (eventualmente até mais bem atingidos) por meio de execução específica (mediante aplicação de multa cominatória) ou mesmo de indenização. Considerando que a prestação permanece útil, tais medidas alternativas parecem ser razoavelmente adequadas à realização tanto do *princípio da força obrigatória* quanto do *princípio da boa-fé objetiva*, na medida em que relativizam direitos potestativos do credor (em sintonia com a confiança) e flexibilizam o rigor das formas (voltando-se à consecução do conteúdo).

Em tese, sendo desnecessária a medida, conclui-se a técnica de sopesamento, sendo incabível, como afirma Luís Virgílio Afonso da Silva, "indagar acerca de sua proporcionalidade em sentido estrito"[1080]. Admitindo-se, contudo, que a conclusão anterior pudesse ser questionada, ao argumento, por exemplo, de que as alternativas apresentadas não teriam o mesmo grau de efetividade da *resolução contratual*, passamos à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Nessa última etapa do exercício, requer-se o efetivo cotejamento de dois elementos (a) a intensidade da restrição que se impõe a cada princípio; e (b) a relevância dos interesses que eles protegem. Como explica Afonso da Silva, para que uma medida não passe no teste da proporcionalidade em sentido estrito, "basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição"[1081] por ela imposta.

De toda forma, não parece que a resolução contratual mereça melhor sorte quando analisada sob a perspectiva da proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque os motivos que suportam a resolução contratual - *enquanto única medida capaz de garantir a força dos contratos e a estabilidade dos negócios jurídicos* - fundam-se exclusivamente em elementos de caráter *individualista*, voltados à proteção da *autonomia da vontade*, e reflexo de uma *leitura extensiva da livre iniciativa*. A nosso ver, seja pela confrontação desses fundamentos com os valores que orbitam em torno do princípio da boa-fé objetiva (*justiça*, *equidade*, *dignidade da pessoa humana*), seja pela exigência contemporânea de que tais fundamentos sejam reinterpretados em função da eticidade e da socialidade; parece-nos que não há como se decidir a favor da resolução contratual. Como diz Ruy Rosado, "no escalonamento valorado dos interesses de ordem econômica e ética, a

[1080] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, op. cit., p. 41.
[1081] Ibidem.

primazia da ética deve ser assegurada"[1082]. As medidas alternativas, portanto, devem prevalecer.

4.1.3.2.Um exercício de superação de regras por princípios

O segundo exercício que propomos tem a intenção de responder ao argumento de que não seria propriamente um *conflito de princípios* a razão pela qual a teoria do adimplemento substancial não mereceria acolhida pelo direito brasileiro; mas sim um *conflito entre princípios e regras*. Mais especificamente: entre os *princípios que amparam a teoria* e as *regras previstas pelo Código Civil para as consequências do inadimplemento* (em especial nos artigos 189, 394, 395, 399 e 475). Para os defensores dessa tese, as *regras* do Código Civil contemplariam *comandos expressos e inequívocos* atribuindo ao credor poder absoluto para, à sua exclusiva discricionariedade, resolver o contrato e adotar as medidas que entender convenientes para a satisfação de seu crédito (independentemente da natureza e da gravidade do inadimplemento). Para esses, a prevalecer a teoria do adimplemento substancial, o que de fato ocorreria seria uma *superação das regras* do Código Civil, pelos *princípios que amparam a teoria*.

Conforme longamente discutido no capítulo anterior, não é essa a nossa visão. As *regras* do Código Civil, a nosso ver, são suficientemente abertas para que a interpretação segundo a boa-fé objetiva lhes atribua conteúdo (por vezes restritivo, por vezes regulativo). Mesmo assim, parece-nos pertinente promover uma rápida análise da hipótese de *superação de regras*, de modo a avaliar se tal argumento seria favorável ou não ao acolhimento da teoria do adimplemento substancial. Para tal exercício, manteremos, no que couber, as premissas apresentadas na seção anterior.

Humberto Ávila[1083] nos apresenta sólidos motivos pelos quais regras não deveriam ser superadas. Entre os argumentos oferecidos por Ávila, encontram-se o valor das regras enquanto eliminadoras de incertezas, mitigadoras de conflitos morais, redutoras de arbitrariedades, controladoras de magistrados incompetentes ou inconsequentes, orientadoras de condutas específicas. Por tudo isso, explica Ávila, as regras devem, em geral, ser obedecidas, porque "sua obediência é moralmente boa" e "produz efeitos

[1082] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 235.
[1083] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 112-120.

relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade"[1084].

Contudo, alerta Humberto Ávila, em determinadas circunstâncias, as regras devem ser superadas, ainda que tal superação não ocorra com facilidade[1085]. A superação deve ocorrer quando tais regras não se mostrarem suficientes para atingir os *fins* e *valores* buscados pelo ordenamento ou, ainda mais importante, quando tais regras se mostrarem obstáculos à consecução desses *fins* e *valores*. Nessa hipótese as *regras* devem ser ponderadas em função dos *princípios* com os quais sinalizem conflito.

O modelo apresentado por Humberto Ávila[1086] propõe que a eventual superação de uma regra por um princípio se dê mediante a análise de dois *requisitos materiais*: (a) o impacto sobre a promoção do valor *substancial* subjacente à regra; e (b) o impacto sobre a promoção do valor *formal* subjacente à regra (que Ávila resume na figura da segurança jurídica).

Avaliando-se a hipótese de superação da *regra* de que, diante de um inadimplemento relativo, o credor teria direito absoluto à resolução contratual, tem-se que *o valor substancial subjacente a tal regra seria o estímulo ao cumprimento dos contratos* e *a satisfação do crédito detido pelo credor*. A nosso ver, a superação dessa regra pelo *princípio da boa-fé objetiva* não impediria a concretização do referido valor, porque (a) em havendo prestação útil, o credor ainda poderia perquirir a execução específica; e (b) na impossibilidade da prestação, o credor teria direito à indenização pelos danos que lhe fossem causados. Num e noutro caso, haveria estímulo ao cumprimento dos contratos e seria garantida a satisfação do crédito pelo credor. Assim, a *superação da regra seria benéfica ao sistema* porque, *sem prejudicar os valores substanciais subjacentes às regras superadas*, *promoveria o princípio da boa-fé objetiva*, garantindo-se ao devedor solução menos gravosa para (a) o cumprimento, ainda que tardio, da prestação que permanecer útil; ou (b) remediação do cumprimento imperfeito que, contudo, apresentou utilidade ao credor.

Além disso, desde que se estabeleçam critérios mínimos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não nos parece existir, ao menos *a priori*, risco importante para a segurança jurídica. Em primeiro lugar, porque, como tivemos a oportunidade de discorrer no início deste capítulo, os atributos da segurança jurídica devem ser, atualmente,

---

[1084] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 114.
[1085] Ibidem, p. 115.
[1086] Ibidem, p. 118-120.

relativizados (especialmente diante de cláusulas gerais e conceitos indeterminados de conteúdo ético), de modo a viabilizar o desenvolvimento do direito. Em segundo lugar, em razão do parâmetro estabelecido por Ávila: a expectativa de que "a tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos"[1087]. Ao que nos parece, o acolhimento da teoria do adimplemento substancial para um caso concreto (em que se demonstrem as condições necessárias à sua aplicação) *não tem potencial de causar injustiça para a maior parte dos casos*, pois a aplicação da teoria não deve ser indistinta, mas exclusiva aos casos que reúnam *condições adequadas*.

A definição do que sejam *condições adequadas*, portanto, representa elemento fundamental para que a teoria seja aplicada *sem prejuízo à segurança jurídica*. Por isso mesmo, constatadas as *condições materiais* para a superação da regra, Ávila entende que recairia sobre o juiz "um ônus de fundamentação maior"[1088], propondo três *requisitos formais* a serem observados pela decisão que acolher a superação de uma regra: (a) justificativa condizente (a demonstração da insuficiência da regra para atingir os valores substanciais e formais subjacentes a ela e ao princípio que a supera)[1089]; (b) fundamentação condizente (a exteriorização detalhada das razões que permitem a superação); e (c) comprovação condizente (evidências concretas de que a superação da regra resultará no atingimento dos valores substanciais e formais desejados).

Parece-nos, portanto, que, tratando-se de hipótese que reúne as condições adequadas à aplicação da teoria do adimplemento substancial, *a alegada superação das regras do Código Civil seria plenamente possível*. Caberia ao juiz, no entanto, o dever de motivar adequada e, tanto quanto possível, objetivamente, suas decisões.

4.1.4. A importância do magistrado na concreção do direito e o risco de ativismo judicial

Os capítulos e seções anteriores nos demonstram que a teoria do adimplemento substancial se adequa perfeitamente ao ordenamento jurídico brasileiro, representando

---

[1087] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 116.
[1088] Ibidem, p. 119.
[1089] Para tanto, Ávila sugere que se demonstre que "o modelo de generalização não será significativamente afetado pelo aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade, nem pela grande falta de coordenação, pelos altos custos de deliberação ou por graves problemas de conhecimento. Enfim, a superação de uma regra condiciona-se à demonstração de que a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral" (Ibidem, p. 120).

expressão de princípios de alto conteúdo axiológico, mediatamente expressos pela Constituição Federal e imediatamente incorporados no Código Civil de 2002, notadamente por intermédio de *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados*. As seções anteriores demonstram, contudo, que a aplicação *segura* da teoria depende, em grande medida, do juiz e sua atuação diante do caso concreto.

Isso porque, como explica Karl Engisch, *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados* são normas "carecidas de um preenchimento valorativo"[1090] e que devem ser preenchidas pelo juiz. Karl Engisch destaca que tal condição representa uma grande vantagem desse modelo normativo, pois mantém o sistema intencionalmente aberto mudanças valorativas. Como explica o autor, "através das valorações para que remetem, [tais normas] podem adaptar-se elasticamente à configuração particular das circunstâncias do caso concreto e ainda a qualquer mudança das concepções valorativas. Precisamente por isso é que elas são os pontos de apoio e os veículos dum 'Direito equitativo' e são tão benquistas nos tempos de hoje"[1091].

A concretização dos valores transmitidos pelas *cláusulas gerais* e pelos *conceitos indeterminados* é trabalho dos operadores do direito, como um todo, mas não há dúvida de que maior peso recai sobre o juiz, por ser ele o responsável pela apreciação do caso concreto à luz do sistema que o rege. Ou, como diz Larenz, porque incumbe ao juiz que, "a mera 'aplicação' das normas se transforme nas suas mãos, em alguma medida, numa determinação do seu conteúdo e na sua complementação"[1092]. Durante esse processo, explica Judith Marins-Costa, "ao lado de valores, o juiz deverá, tendo em vista as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas doutrinariamente, criar a norma aplicável no caso concreto"[1093].

A fim de auxiliar nesse processo, cabe à doutrina a propositura de caminhos, de critérios para a interpretação daquelas *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados*, colaborando para a expressão do seu conteúdo em alinhamento com os valores da sociedade contemporânea. O papel da doutrina, na busca de parâmetros interpretativos técnicos e objetivos, é particularmente importante para evitar que as decisões judiciais sejam apenas "valorações e decisões de vontade"[1094], como diz Engisch, que reflitam tão

---

[1090] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 239.
[1091] Ibidem, p. 240.
[1092] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 294.
[1093] MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, op. cit., p. 23.
[1094] ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, op. cit., p. 248.

somente subjetivismos e inclinações pessoais do julgador, que representem mero exercício de ativismo judicial[1095].

A aplicação das *cláusulas gerais* e *conceitos indeterminados* deve, de fato, pautar-se pela ponderação substancialmente técnica dos elementos colocados à disposição do juiz, sempre visando, em matéria contratual, ao interesse das partes envolvidas no conflito. Como defendem Milton Lautenschläger e Odete Queiroz, "haverá ativismo judicial em matéria contratual toda vez que, diante de uma controvérsia contratual complexa, fundada na inobservância ou no desrespeito a normas-princípio, na inobservância ou no desrespeito a imposições legais ou infralegais abertas e flexíveis, ou na necessidade de interpretar, integrar ou modificar um determinado contrato ou cláusula contratual, o magistrado intervenha de modo equivocado, formulando uma norma de decisão inadequada ou desmedida, além de contrária à vontade originalmente declarada pelos contratantes".

É com o intuito de contribuir positivamente para a aplicação segura da teoria do adimplemento substancial – entendida em seu escopo alargado, tal como delineado no capítulo anterior – que debateremos, no próximo capítulo, alguns pressupostos para aplicação da teoria.

4.2. Pressupostos e parâmetros para a aplicação da teoria do adimplemento e do inadimplemento substancial

Conforme apresentado no Capítulo 3 deste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça aplica a teoria do adimplemento substancial, de forma consistente, desde 1995, tendo construído, desde então, *critérios*, *quantitativos e qualitativos*, para aplicação da teoria[1096]. É exatamente esse o racional que foi consolidado no Enunciado 586 da VII

[1095] Explicam Milton Flávio de A. C. Lautenschläger e Odete Novais Carneiro Queiroz que "o 'ativismo judicial' deve ser entendido como uma disfunção especial da atividade jurisdicional, consistente em uma decisão judicial equivocada, que tenha por resultado o alargamento assimétrico dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico à jurisdição, e que denote um protagonismo do Poder Judiciário frente aos papeis ordinariamente reservados aos demais atores sociais que, com ele, dividem a incumbência legítima de criar, interpretar e aplicar o direito". (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C.; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Teoria do adimplemento substancial e ativismo judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 88, p. 5-31, jan.-fev./2019, p. 14).

[1096] Os critérios que foram desenvolvidos pelo STJ são assim resumidos pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira: "Sob o aspecto quantitativo, perquire-se quanto da prestação foi cumprida, em relação à porção que remanesce inadimplida, utilizando-se, em geral, o percentual de adimplemento. Já dentre os critérios que podem ser denominados qualitativos estariam o atingimento do fim econômico do contrato e do interesse do credor, a preservação do sinalagma contratual (o equilíbrio entre prestação e contraprestação), a diligência do devedor, o grau de esforço que a preservação do contrato traria às partes, inclusive para o devedor, e a preservação da confiança entre os contratantes, requisito básico, principalmente quando se trata de contratos de trato sucessivo" (FERREIRA, Antonio Carlos. A

Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil – CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos"[1097].

De fato, a seção anterior nos mostrou que a aplicação segura da teoria do adimplemento substancial depende da construção de bases sólidas e critérios razoavelmente objetivos, que possam nortear a atividade jurisdicional. Como vimos, a teoria do adimplemento substancial, no direito brasileiro, funda-se nas *cláusulas gerais da boa-fé* e *da função social do contrato* e, enquanto tal, não se espera que sua aplicação se paute em enunciados precisos e comandos concretos. É natural aos sistemas abertos que não se apresente ao juiz respostas prontas e fechadas. Como ensina Judith Martins-Costa, nesse sistema, "o juiz tem o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que, motivando a decisão, possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral"[1098].

De fato, a adequada motivação das decisões judiciais é dever expressamente imposto ao juiz pelo artigo 489 do Código de Processo Civil[1099], que estabelece como

---

interpretação da doutrina do adimplemento substancial, op. cit., p. 54).

[1097] BRASIL. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015, p. 23. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Data de acesso: 4 dez. 2019.

[1098] MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação", op. cit., p. 600.

[1099] Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

requisitos mínimos da motivação a clareza, a coerência, a completude e o *dever de concretude*[1100]. Acerca do *dever de concretude*, explica Rodrigo Ramina de Lucca tratar-se da imposição de enfrentamento preciso e *in concreto* das alegações e teses jurídicas apresentadas pelas partes, amparado nos elementos constantes dos autos e nas "razões jurídicas extraídas do ordenamento jurídico"[1101]. Para auxiliar nesse processo de concretização do direito, cabe à doutrina, enquanto fonte do direito, a propositura de elementos que possam servir de referência.

Assim sendo, propomo-nos a examinar, neste capítulo, alguns pressupostos e parâmetros que podem servir de referência para a aplicação não apenas da *teoria do adimplemento substancial* - assim entendida a teoria que cuida do inadimplemento de pequena gravidade -, mas também para a aplicação do que chamamos, no capítulo anterior, de *teoria do inadimplemento substancial* - assim entendida a teoria que cuida dos efeitos do inadimplemento, de qualquer gravidade, mas não atinjam a essência do negócio.

Na tentativa de sistematizar a avaliação em função das teorias ora propostas, a seção será organizada da seguinte forma: (a) em primeiro lugar, trataremos do *pressuposto* da ora denominada teoria do *in*adimplemento substancial, a preservação da utilidade da prestação (apresentando *parâmetros* a serem considerados para sua aferição); (b) em segundo lugar, trataremos do *pressuposto* da ora denominada teoria do *a*dimplemento substancial, a baixa gravidade do inadimplemento (apresentando *parâmetros* a serem considerados para sua aferição); e (c) por fim, discutiremos a hipótese específica da cláusula resolutória expressa e sua correlação com as teorias.

4.2.1. Preservação da utilidade da prestação

Tornando-se impossível a prestação, por culpa do devedor, não há dúvida de que se está diante de um inadimplemento absoluto. A discussão acerca da *utilidade* da prestação só é pertinente quando o devedor descumpre (ou cumpre imperfeitamente) a obrigação, mas a prestação continua possível. Nesse caso, a aferição da *utilidade* ou *inutilidade* da prestação indicará tratar-se de hipótese de *inadimplemento absoluto* ou *inadimplemento relativo*, avalizando ou não a eventual intenção do credor de resolver o contrato[1102].

[1100] LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais..., op. cit., p. 215.
[1101] Ibidem, p. 232.
[1102] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 130.

Como a aferição da *utilidade da prestação* tem por objetivo definir se se está diante de uma hipótese de inadimplemento absoluto ou relativo, tal avaliação envolve um olhar essencialmente *prospectivo* sobre a prestação. Isso quer dizer que, diante do inadimplemento de uma obrigação, deve-se examinar se (a) persiste o interesse do credor no *cumprimento futuro da referida obrigação* ou, ao revés, se (b) o inadimplemento teria atingido a *essência do contrato*, de modo que o interesse do credor já não pode mais ser satisfeito.

Para se avaliar a *utilidade da prestação*, a extensão do cumprimento parcial ou imperfeito parece ter pouca relevância. Será importante, contudo, nas hipóteses em que o cumprimento inicial, embora *incompleto*, (a) tenha sido tão abrangente que, na prática, satisfaz completamente o interesse do credor (*i.e.* a parcela inadimplida mostra-se irrelevante para o credor); e (b) tenha sido abrangente o suficiente para manter vivo o interesse do credor cumprimento complementar futuro (*i.e.* a parcela adimplida, ainda que incompleta, impede a prestação de se tornar inútil).

Ressalvadas essas hipóteses, a *utilidade da prestação* deve envolver uma avaliação, como dito, *prospectiva*: deve se perguntar *se o cumprimento futuro da obrigação ainda será útil ao credor;* ou ainda, *se a execução por equivalente seria suficiente para atender adequadamente ao interesse do credor*. Em caso de resposta afirmativa, independentemente da gravidade do inadimplemento, estar-se-á diante de uma hipótese de inadimplemento relativo (*mora*), e, assim sendo, será admitida a purgação

4.2.1.1.Interesse objetivo do credor

O artigo 395, parágrafo único, do Código Civil, prevê que "se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos". Como explica Ruy Rosado, "essa inutilidade é aferível do ponto de vista do interesse do credor, que funciona como parâmetro tanto para a mora, em sentido estrito, como para os demais casos de cumprimento imperfeito"[1103]. De fato, a *utilidade da prestação* deve ser aferida *segundo a perspectiva do credor* que, sendo vítima do inadimplemento, não deve ser lesado por conduta imputável ao devedor, sob pena de inversão da lógica dos negócios jurídicos e de instabilidade para o sistema.

[1103] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 130.

Afirmar-se que a utilidade da prestação deve ser avaliada *segundo a perspectiva do credor* não implica dizer, contudo, que deva ser avaliada segundo o *interesse subjetivo do credor*, nem, menos ainda, segundo a *exclusiva discricionariedade do credor*. Como afirma Cristiano Zanetti, "o interesse útil do credor é um dado objetivo e pode ser aferido mediante a devida consideração do pactuado"[1104]. Ou, Cláudio Luiz Bueno de Godoy, "o interesse do credor que se tem em mira com o cumprimento da prestação é aquele objetivo"[1105].

Remontando à etimologia da palavra, Jorge Cesa Ferreira da Silva[1106] explica que *interesse* (do latim *inter* + *est*)[1107] é o elo que liga a *necessidade do credor* ao *bem* ou ao *fato* que a satisfaça (proveniente do devedor). Como as necessidades do credor podem se modificar ao longo da duração do contrato, o mesmo pode acontecer com o interesse: "antes ou depois da prestação, o credor pode constatar que não era exatamente aquele bem da vida, ou aquele exato fato, que buscava"[1108]. Por isso, explica Ferreira da Silva, "tendo em conta os valores protegidos pelo ordenamento (segurança, fluidez no tráfego jurídico etc.)", é necessário estabelecer-se um momento para *fixação desse interesse*, e esse momento é o da celebração do contrato.

É nesse momento que as partes estabelecem os motivos que as levaram a celebrar o acordo e, mais importante, as *necessidades que pretendem suprir com o contrato*. Assim, em benefício da estabilidade das relações jurídicas, o contrato não deve ser afetado por *circunstâncias subjetivas* que modifiquem as condições contemporâneas à sua celebração. Isso quer dizer que não podem as partes, por meras *idiossincrasias*[1109], *descontentamento*, *arrependimento*, *espírito emulativo*, ou meras *subjetividades*, alterar os interesses contemporâneos à celebração da avença[1110].

[1104] ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto, op. cit., p. 133.

[1105] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, p. 294-320, 2011, p. 306.

[1106] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 43-44.

[1107] De maneira semelhante, assim explica Judith Martins-Costa: "*Interesse* – ensina a etimologia – é o *inter est*, o *quid* que está entre a pessoa (o credor) e o bem, tendo em vista a necessidade ou a utilidade que pode ser proporcionada por aquele bem. Assim, se o devedor não cumpre no tempo, lugar e forma devidos, mas a prestação é ainda possível, pode ocorrer que o credor ainda tenha interesse ao cumprimento, criando-se a situação de mora, passível de purga. A mora é, pois, purgável mediante o cumprimento acrescido de perdas e danos 'porque subsiste o interesse – a 'utilidade', diz a lei – do credor'" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações, op. cit., p. 219-220).

[1108] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 43.

[1109] Ibidem, p. 44.

[1110] "Se a recusa em receber parcialmente a prestação se dever a caprichos, a motivos fúteis, de nenhuma importância para a utilidade que, objetivamente, será retirada da prestação, haverá violação ao dever de agir segundo a boa-fé" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das

Não se está a falar, é válido dizer, que o momento da celebração do contrato solidifica os interesses do credor de caráter estritamente pessoal, ou as necessidades íntimas que o levaram a celebrar o acordo[1111]. O interesse fixado por ocasião da celebração do contrato é aquele que, externalizado pelas partes, mostre-se juridicamente relevantes[1112] para a execução do acordo, "o interesse do credor digno de protecção legal"[1113]. Como explica Emilio Betti, o interesse de que se fala não é o *interesse concreto do credor*, mas o "interesse 'típico' do credor, no particular tipo de relação obrigacional de que se trata; interesse, portanto, que não se identifica com aquele 'concreto' e 'individual' do credor singular, mas com o particular interesse que é próprio do tipo de relação constituída"[1114].

Bem por isso, parte da doutrina prefere ir ainda mais longe, não falando sequer em interesse objetivo do credor, mas em *interesse da relação obrigacional*, ou *interesse do sinalagma*. É o caso, por exemplo de Judith Martins-Costa, que, partindo da noção de obrigação, sustenta que "a *ratio* da relação obrigacional não tem a sua ancoragem em uma ideia de subordinação dos interesses do devedor ou do credor, mas numa ideia de colaboração entre as partes"[1115]. Por esse motivo, entende a autora, não haveria, no direito contemporâneo, proteção maior ao interesse do credor (enquanto oposição ao interesse do devedor), mas sim proteção ao *interesse do sinalagma*:

> A partir do interesse do sinalagma se permite que o juiz perceba, compreenda e, após, componha dados de dupla ordem: a) os elementos objetivos fornecidos pela relação contratual em causa, extraídos da natureza concreta da prestação e, de outro lado, b) elementos subjetivos que dizem respeito à necessidade do credor, mas uma necessidade que não deve ser avaliada com vista nos seus motivos, pois é a necessidade considerada à vista de uma concreta relação econômico-social que aquele

---

obrigações, op. cit., p. 232).

[1111] Nem se está a falar que esse interesse seja absolutamente imutável. A relação obrigação é dinâmica e não se pode negar que, em determinadas hipóteses, os interesses juridicamente relevantes modifiquem-se, legitimamente, ao longo da vigência contratual (em razão, por exemplo, do comportamento das partes que, identificando novos proveitos com o contrato, passam a tolerar pequenos descumprimentos).Como explica Aline de Miranda Valverde Terra, não há "obrigação ontologicamente essencial para a satisfação do interesse das partes. Circunstâncias posteriores podem alterar a qualificação da obrigação, que deixa de ser essencial e passa a ser secundária" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 79)

[1112] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 307.

[1113] ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral*,* op. cit., v. 1, p. 159.

[1114] BETTI, Emilio. Teoria Geral das Obrigações, op. cit., p. 77-78. Evidentemente, quando fala em *interesse típico*, Betti aborda o tema sob a perspectiva da sua "teoria da causa", hoje bastante questionada, em boa parte por seu elevado grau de abstração. A respeito da teoria da causa se falará mais adiante. Contudo, em que pesem as críticas que recaem sobre a teoria, parece-nos que, no que diz respeito à noção de interesse do credor, os apontamentos de Betti permanecem válidos, particularmente no contexto apresentado ao longo deste capítulo.

[1115] MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento, op. cit., p. 103.

> contrato visava regular. Portanto, é uma espécie de interesse objetivado. Não há nenhum arbítrio judicial [1116].

Como já tivemos a oportunidade de sustentar no capítulo anterior, a aferição do interesse do credor sob uma perspectiva substancialmente objetiva é decorrência lógica dos princípios da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, os quais impõem sejam colocados em segundo plano os anseios personalíssimos das partes, elevando ao primeiro plano a importância do sinalagma. Portanto, persistindo a *utilidade típica* do contrato, a sujeição de sua sorte à discricionariedade do credor caracterizaria abuso de direito[1117], prática não condizente com um sistema de direito privado ético e social, tal qual o estabelecido pelo Código Civil brasileiro. Não é à toa que, como já se citou anteriormente, é também essa a conclusão exarada no Enunciado nº 162, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal[1118].

A aferição da *utilidade da obrigação* é, portanto, resultado da verificação (a) do *interesse objetivo do credor* no momento da celebração do contrato; e (b) da persistência (ou não) desse interesse por ocasião do inadimplemento da obrigação[1119]. E note-se: embora se trate do *interesse objetivo do credor*, não se quer dizer que, no momento do inadimplemento, a persistência ou eliminação desse interesse deva ser avaliada *in abstracto*[1120]. O que se quer dizer é que o interesse do credor deve ser depreendido do tipo negocial, da natureza da obrigação, dos termos do contrato[1121], dos usos do tráfego. Contudo, uma vez identificado o *conteúdo objetivo desse interesse*, há que se verificar *in concreto* se, diante do inadimplemento, ele permanece vivo, passível de satisfação.

[1116] MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento, op. cit., p. 103-104.

[1117] Luis Diez-Picazo, no prólogo da tradução espanhola da obra de Franz Wieacker (WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe, op. cit., p. 21).

[1118] "A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor".

[1119] "A melhor doutrina civilista esforçou-se, contudo, ainda sob a vigência da codificação de 1916, por enxergar a questão de modo mais objetivo, explorando o sentido material da expressão 'inútil ao credor', a revelar que não se deve vislumbrar aí mera escolha do credor, mas uma real inutilidade para o credor, à luz do fim para o qual se constituiu a relação obrigacional. Sobre o credor incide, assim, o ônus da prova da inutilidade, pois a utilidade da prestação se presume" (SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 358).

[1120] Como a avaliação do interesse do credor envolve uma avaliação até certo ponto *subjetiva*, parte da doutrina, como é o caso de Cristiano de Sousa Zanetti, prefere falar em um caráter dúplice: "Na esteira da orientação da melhor doutrina, já aproveitada e concretizada em estudo recente, defende-se agora que a perda do interesse do credor possa ser aferida tanto com base em um critério objetivo, que consiste na perda de interesse na execução da prestação, como com base em um critério subjetivo, que consiste na perda de interesse na execução da prestação pelo devedor" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana *et al*. (Orgs.). *Direito, Cultura, Método*. Leitura da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, p. 765-787, 2019, p. 768.

[1121] PISCIOTTA, Giuseppina. La risoluzione per inadempimento, op. cit., p. 18.

Por meio dessa avaliação *in concreto*, deve-se avaliar se, apesar do inadimplemento, o interesse objetivo do credor continua passível de atendimento (seja por *execução específica*, seja por *execução pelo equivalente*[1122]), se não há impacto relevante à economia do contrato[1123], se continua a existir equivalência entre as prestações correspectivas[1124], se o programa contratual ainda é passível de atingimento, se os meios remanescentes ao credor para satisfação do seu crédito são eficazes[1125]. Trata-se, portanto, de uma análise que envolve o cotejamento entre o previamente identificado *interesse objetivo do credor* e *as situações específicas do caso concreto*. A jurisprudência e a doutrina italianas costumam dizer que esse processo envolve um "*criterio di relatività*", na medida em que "*consenta di coordinare la valutazione dell'elemento obiettivo della mancata o tardiva prestazione, nel quadro dell'economia generale del contratto, con l'elemento subiettivo, e cioè, con l'interesse della controparte all'esatto e tempestivo adempimento*"[1126].

Além disso, partindo-se da noção de *interesse do sinalagma*, e amparando-se sobre os *princípios da boa-fé* e da *proporcionalidade*, defende-se, atualmente, que essa avaliação *in concreto* deva também considerar o *interesse do próprio devedor*, visando a um juízo de equivalência entre os benefícios que a resolução traria ao credor e os prejuízos que seriam incorridos pelo devedor[1127]. Evidentemente, é de se esperar que algum prejuízo sobrevenha ao devedor que não cumpra tempestiva ou adequadamente sua prestação. Contudo, seria contrário à boa-fé objetiva impor prejuízos demasiados ao devedor, quando há recursos razoavelmente aptos a satisfazer o interesse objetivo do credor.

Assim, estabelecido que a ausência de *interesse objetivo do credor* é o *pressuposto* para a determinação da *inutilidade da prestação* – e, portanto, pressuposto do que chamamos de teoria do *in*adimplemento substancial – parece-nos haver ao menos três parâmetros relevantes para sua avaliação: (a) a finalidade do contrato; (b) a natureza do objeto da prestação; e (c) o modelo do negócio.

[1122] ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto, op. cit., p. 136.
[1123] LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, t. 1, op. cit., p. 303.
[1124] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 132.
[1125] FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial, op. cit., p. 56.
[1126] SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, *Op. cit.*, p. 504.
[1127] SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, op. cit., p. 141.

4.2.1.2.Finalidade do contrato

Como o *interesse objetivo do credor* diz respeito àquilo que o credor visava obter com a celebração do contrato, parece-nos que o parâmetro mais importante a ser considerado para essa avaliação é o da *finalidade do contrato* ou, de maneira mais ampla, a chamada *causa do contrato*.

A inclusão da *causa* entre os elementos de formação ou requisitos de validade do contrato não é consenso na doutrina nacional. Clóvis Bevilaqua já dizia, ao comentar os códigos civis francês, italiano e espanhol, além do então vigente código comercial brasileiro, que a *causa* requerida por tais diplomas seria "cláusula ociosa", "e somente própria para gerar confusões, em um assumpto, jurídica e psicologicamente, claro"[1128]. No mesmo sentido, ainda hoje, Silvio de Salvo Venosa sustenta que a *causa* seria ou um *mero motivo*, de ordem pessoal (portanto sem relevância jurídica), ou o próprio *objeto do contrato* (razão pela qual não mereceria tratamento em apartado)[1129]. Em que pesem as diversas e respeitosas posições *anticausalistas*, como indica Antonio Junqueira de Azevedo, parece que "hoje, pode-se dizer que o anticausalismo está em franco declínio"[1130]. Ainda assim, mesmo para a parcela majoritária da doutrina que vê na causa um elemento do contrato, como é o caso de Orlando Gomes, não se nega a dificuldade na sua *conceituação* e sua *utilidade*[1131].

De fato, as controvérsias acerca do tema são numerosas, a começar por qual seria a expressão mais adequada para sua designação: se *causa da obrigação* ou *causa do negócio jurídico (ou do contrato)*. A esse respeito, explica Custódio da Piedade Ubaldino Miranda[1132], que, no primeiro caso (*causa da obrigação*), está-se a falar do fundamento fático-jurídico da atribuição patrimonial ou da atribuição de direitos, da entrega da prestação (de modo que "quando não houver causa, haverá um enriquecimento sem causa, vedado pelo direito"[1133]); no segundo caso (*causa do contrato*), está-se a falar do propósito do negócio jurídico, da razão pela qual o contrato foi celebrado.

[1128] BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Obrigações, op. cit., p. 159.
[1129] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2006, v. 2, p. 437.
[1130] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade, eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153.
[1131] GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 63.
[1132] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 156.
[1133] Ibidem, p. 156.

Superado esse aspecto, passa-se à controvérsia mais profunda, acerca da noção e tipologia da *causa*. Nessa seara, discute-se, com referências tão remotas quanto a Aristóteles[1134], a etimologia e as acepções do termo *causa*[1135], bem como quais, dentre tais acepções, seriam aquelas que interessariam ao direito. Sobre o primeiro ponto, fala-se em inúmeras subespécies da causa (material, formal, natural, eficiente, final, etc.). Sobre o segundo, digladiam-se as correntes *subjetivista*, *objetivista* e, mais recentemente, a corrente *neocausalista* (ou da *causa subjetiva-objetiva*)[1136].

O embate entre as diferentes correntes costuma se dar no campo dos *requisitos de validade do negócio jurídico*. Admitida a causa como elemento do contrato, discutem, as diferentes correntes doutrinárias, quais seriam as *causas* consideradas relevantes para o negócio jurídico: se os motivos subjetivos que levaram as partes a contratar; se as funções típicas dos contratos celebrados; se os propósitos expressamente indicados nos contratos. Isso porque, inexistente ou viciada a causa, estaria o negócio jurídico impactado no *plano da validade* ou no *plano da eficácia*[1137,1138].

A nós não interessa um debate nesses termos. Foge ao escopo deste trabalho a discussão sobre *as causas* que seriam requisito de validade do negócio jurídico. Parece-nos útil, contudo, entender genericamente os conceitos em questão, para determinar quais *as*

[1134] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 128.

[1135] Para Antonio Junqueira de Azevedo, "causa pode ser causa-fato jurídico (causa eficiente ou *causa efficiens*); causa-motivo (causa impulsiva), se motivo psicológico, e causa-justa-causa, se motivo objetivo; causa da juridicidade (*civilis* ou *naturalis*); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (causa *finalis)"* com três concepções diferentes)" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico e declaração negocial..., op. cit., p. 128).

[1136] Tema conexo, embora distinto, é o da base do negócio jurídico que, como explica Larenz, também pode ser entendido em perspectivas subjetiva e objetiva: "*La expresión 'base del negocio' puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base 'subjetiva' de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base 'objetiva' del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes – ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría 'sentido, fin u objeto'*" (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Editorial Comares, 2002).

[1137] "A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, nulidade por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí, requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia)" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico*:* existência, validade, eficácia*,* op. cit., p. 152).

[1138] Embora seja essa a posição doutrinária majoritária, cumpre mencionar a respeitosa posição dissonante. Darcy Bessone e Judith Martins-Costa, por exemplo, preferem alocar a causa no plano da existência do contrato, por entenderem ser a causa elemento anterior e condicionante à existência do contrato. (BESSONE, Darcy. Do contrato, op. cit., p. 102; MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, ano XVI, n. 45, p. 213-244, mar. 1989, p. 223).

causas juridicamente relevantes e capazes de *delimitar o interesse objetivo do credor com relação ao contrato*. Como explica Maria Celina Bodin de Morais, no que diz respeito ao direito dos contratos, a causa cumpre ao menos três papéis distintos e interdependentes: "i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável"[1139]. No que diz respeito à análise do *interesse objetivo do credor*, parece-nos que a *causa* nos interessa especialmente pelo papel (ii): importa-nos entender a função que o contrato exerce no universo jurídico, para entender o que dele as partes podem legitimamente esperar.

Parte da doutrina francesa, ao interpretar o Código de Napoleão, atribuiu inicialmente à causa uma noção *subjetiva*, entendendo-a como "o escopo que move o sujeito a se obrigar"[1140]. Guido Alpa fala em "*razones individuales, o las circunstancias objetivas que inducen al sujeto a realizar el negocio*"[1141]. Para essa parcela da doutrina, a causa estava intrinsecamente ligada à fundamentação e à moralidade da obrigação, de modo que a determinação dos fatores internos que motivassem as partes a celebrar o contrato seria essencial para a definição da licitude do contrato e dos efeitos que lhe seriam atribuídos no plano jurídico. Discutindo a causa que serviria de fundamento a um determinado contrato, Georges Ripert afirma que, ainda que exista vários *motivos honestos*, bastaria um *motivo culpável* "para tornar o contrato imoral"[1142].

Causa, em sua concepção *subjetiva*, é, portanto, sinônimo de *motivo*: *i.e.* impulso interno, "subjetivo, íntimo, psicológico, flexível e mutável de indivíduo para indivíduo"[1143] e, bem por isso, considerado juridicamente irrelevante[1144]. Como explica Washington de Barros Monteiro, se não impactarem a execução do programa contratual, "a parte nem

---

[1139] MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 95-119, 2005, p. 107.

[1140] Ibidem, p. 103.

[1141] ALPA, Guido. *El contrato en general*: principios y problemas. Breña: Instituto Pacífico, 2015, p. 89.

[1142] RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis, op. cit., p. 82.

[1143] MONTEIRO, Washington de Barros. *Das modalidades de obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 35.

[1144] "*Los motivos son innumerables, de diferente naturaleza; a menudo los de una parte son diferentes de los de la otra; pudiendo ser definidos como las razones ulteriores y extrañas a la causa. Como regla, los motivos son irrelevantes: no puede hacerse depender la realización de una operación económica del hecho que los motivos que han empujado a una parte a cumplirla dependían de determinadas circunstancias, que después no se han verificado; no pueden eliminarse los efectos de un acto solo porque una de las partes "cambió de idea"; no se puede ir a apreciar las motivaciones psicológicas internas que han determinado a una parte el aceptar "aquel" trabajo o "aquella" cosa. Razones de certeza de las relaciones jurídicas, de economía de las relaciones y de objetiva apreciación de las relaciones militan contra la importancia de los motivos*" (ALPA, Guido. El contrato en general, op. cit., p. 88-89).

sequer precisa comunicar [esses motivos] à pessoa com a qual contrata. Permanecem na esfera psíquica e escapam à cognição do outro contratante"[1145]. A causa, em sua acepção estritamente subjetiva, não gera, por si, efeitos legais[1146]. Por isso, não é esta a noção de causa que pode nos ajudar a identificar a *finalidade do contrato* e, ato contínuo, o *interesse objetivo do credor*.

Como sintetiza Jorge Mosset Iturraspe, a *causa* que recebe proteção legal é aquela concebida em sua *acepção objetiva*, entendida como "*la razón o motivo determinante del contrato*"[1147]. A *acepção objetiva da causa* foi desenvolvida pela doutrina, ao longo dos anos, segundo duas vertentes: a primeira, normalmente referida por *teoria objetiva da causa*; a segunda, normalmente referida por *teoria neocausalista* (ou *teoria da causa subjetiva-objetiva*). Para ambas as vertentes, a exteriorização do negócio jurídico derroga os impulsos subjetivos das partes e, ao formalizá-los, atribui a eles efeito jurídico[1148]. Seriam os "motivos", formalizados e expressos em um negócio jurídico, aqueles admitidos como *causa do contrato* – ou, como prefere a doutrina argentina, como "motivos determinantes" do contrato[1149].

Os adeptos da *teoria da causa objetiva*, contudo, enxergam a causa sob uma perspectiva abstrata, estritamente funcional. Como explica Maria Celina Bodin de Moraes, para essa corrente, a causa se reduz à "consciência do significado objetivo da declaração emanada e do específico valor social do comportamento, isto é, de um interesse objetivo, socialmente controlável, considerado digno de tutela pelo ordenamento"[1150]. Expoente máximo dessa teoria, Emilio Betti[1151], defende que *causa* de um negócio jurídico, seria a função econômico-social que lhe é reconhecida pelo ordenamento jurídico, a função

---

[1145] MONTEIRO, Washington de Barros. Das modalidades de obrigações, op. cit., p. 35-36.

[1146] Francisco Paulo de Crescenzo Marino remetendo-se à doutrina italiana, avalia a causa sob a dicotomia *causa impulsiva* e *causa finalis* e, nesse sentido, o faz segundo um critério temporal: *causa impulsiva* (ou motivo) diria respeito ao passado, aos impulsos que moveram as partes ao contrato; causa *finalis* (ou causa estrito senso, ou, ainda, finalidade) é o proveito que as partes visam obter com o contrato, futuramente. "Motivos são interesses juridicamente irrelevantes, na medida em que constituem 'interesses (necessidade, impulsos, fins) da parte que permanecem fora do contrato, pois não fazem parte da sua razão justificativa'.(...) Ao contrário, portanto, do motivo, que seria sempre algo de 'subjetivo', o fim (concreto) seria 'objetivo'. O fato de se tratar de *interesses individuais ou concretos* não significa que se caia no subjetivismo" (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 128-129).

[1147] ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 239.

[1148] MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato, op. cit., p. 104.

[1149] ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 239; ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de Obligaciones*: Civiles y Comerciales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 63; GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*: partes general y especial. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998, t. 1, p. 120.

[1150] MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato, op. cit., p. 103.

[1151] BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 251-265.

tipicamente associada a tal negócio jurídico, avaliada em *abstrato*. Segundo Betti, "a causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada"[1152], indicando se tratar, segundo sua visão, da moldura desenhada pelo ordenamento jurídico para o exercício da autonomia privada, estando, nesse sentido, seus propósitos previamente delineados, independentemente da vontade das partes.

Para os *neocausalistas*, no entanto, a teoria da causa objetiva representa a expressão de um sistema fechado em categorias formais, sendo, portanto, inadequada ao modelo atualmente prevalecente[1153]. Por isso, os neocausalistas admitem que a causa também deva ser aferida *concretamente*, avaliando-se os objetivos específicos das partes com a celebração da avença[1154]. Como explica Díez-Picazo, "*en tal sentido, la causa puede ser definida como el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio*"[1155]. Ou, como prefere dizer Iturraspe, para os neocausalistas, "*la causa del contrato es el motivo determinante que al declararse o exteriorizarse se vuelve común*"[1156].

Os argentinos costumam distinguir as facetas objetivas da causa entre "causa motivo" (a causa concreta) e "causa final" (a causa abstrata)[1157] – destacando, contudo, nesse último grupo, o que chamam de "*causa función o finalidad teleológica contractual*"[1158]. No Brasil, tem destaque a categorização de Antonio Junqueira de

---

[1152] BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 264.

[1153] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato, op. cit., p. 128.

[1154] "*Pero la teoría de función económico-social, si bien por un lado acentúa los aspectos colectivos del control, no da razón a otro aspecto importante de la causa, el aspecto privado, desde el momento en que la causa justifica la conclusión de un negocio privado de las partes*" (ALPA, Guido. El contrato en general, op. cit., p. 92).

[1155] DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, op. cit., p. 37.

[1156] ITURRASPE, Jorge Mosset. Contratos, op. cit., p. 247.

[1157] Carlos Ghersi assim define a *causa final*: "*Podríamos definirla como "razón jurídica", abstracta, racional y genérica, que la ley presume según la naturaleza jurídica de cada 'tipo de contrato'; por lo tanto es un concepto único e invariable del sistema de cada tipo contractual del cual surgen obligaciones. De ahí entonces que para que tengan eficacia, es necesario que posean causa final, que no son otras que las causae civilis obligandi*". E assim define a *causa motivo*: "*La causa motivo determinante aparece así personalizada, concreta para cada uno de los contratantes; sin embargo, podría permanecer oculta para la otra parte y para el juzgador y ninguna incidencia tendría; de ahí entonces que requerimos que se 'manifieste o esté inmersa en las circunstancias que circundan la relación jurídica'. De esta forma, aparecen tantos móviles como cuantas partes comparezcan en la convención, que por su materialización y conocimiento se convierten en causa jurídico-económica, con sentido pragmático*" (GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales…, op. cit., p. 122).

[1158] "*Señalamos a través de la causa función o finalidad teleológica, la importancia como antecedente para el contrato que poseen los hechos económicos como acceso e intercambio de bienes y servicios, resultantes de la necesidad (real o creada) de éstos para la supervivencia o la mejor calidad de vida del ser humano. Esta interrelación económica, sin embargo, no debe producirse de cualquier forma; la comunidad tiene la pretensión de que ella acaezca con determinadas características, que habitualmente se denomina 'función social', y que responde a un concepto resultante de la aplicación al campo económico de los grandes principios que rigen la interrelación de conducta entre los sujetos del derecho, por ejemplo, buena fe, ejercicio regular de los derechos, el orden público económico, etcétera. Ahí es que encontramos el fundamento último en la 'función teleológica' que debe cumplir el contrato en la comunidad; no es posible que se efectúe de cualquier manera, debe tener 'principios rectores'. Por eso la*

Azevedo, que distingue a causa (*lato sensu*) juridicamente relevante em dois grupos: de um lado situa o que chama de *elemento constitutivo típico*; de outro a *função prático-social do negócio*[1159].

Para Junqueira, o objeto do negócio, que define o seu regime jurídico e consta expressamente do contrato, não é propriamente a causa do negócio, mas sua *finalidade concreta*, seu *elemento constitutivo típico*. Trata-se, portanto, de *elemento categorial inderrogável*[1160], que impacta a validade do negócio e "consiste numa referência à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio; ela é extrínseca à sua constituição)"[1161]. A causa, estrito senso, seria externa ao negócio e refletiria a sua função prático-social, suas características típicas e, via de regra, impactaria o negócio no plano da eficácia.

Como dissemos anteriormente, este trabalho não tem a pretensão de avaliar a causa enquanto elemento formativo ou requisito de validade do contrato. A nós, importa identificar, nas diversas teorias da causa, os elementos usualmente apontados pela doutrina para a *aferição da essência do contrato* e, nesse sentido, para a *valoração da importância do inadimplemento*. Isso porque, como discutimos anteriormente, um inadimplemento será considerado substancial quando sua gravidade for suficiente para *abalar a essência do contrato*, para retirar do contrato a possibilidade de atingimento de sua finalidade, para afetar sua causa ou "turbar o equilíbrio funcional entre as atribuições recíprocas que as partes pretenderam atingir com a regulação contratual"[1162].

Assim, parece-nos que a aferição do *interesse objetivo do credor* passa necessariamente pela avaliação do impacto do inadimplemento sobre a causa do contrato, sendo a causa aqui entendida em sua concepção objetiva mais ampla, *abstrata* e *concreta*.

---

sociedad condena la usura, la desproporción de la cláusula penal, la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia, cuando asume la forma de obtención de ventaja desproporcionada en los términos de la equivalencia de prestaciones, etcétera" (GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales…, op. cit., p. 122).

[1159] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico*:* existência, validade, eficácia*,* op. cit., p. 154.

[1160] "Se, porém, descermos na escala de abstração, como é indispensável, já que um negócio jurídico determinado nunca existe in abstrato, e passarmos às diversas categorias de negócio, esses elementos gerais, sempre necessários, já não serão suficientes. A eles se deverão acrescentar os elementos próprios de cada categoria, isto é, os elementos categoriais. Quais são esses elementos? São os que caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio. Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio. São exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, depósito, comodato, mútuo, locação e os contratos em geral; distratos; casamento; pactos antenupciais; emancipação; reconhecimento de filho ilegítimo; adoções; testamentos; codicilos; aceitação e abstenção de herança" (Ibidem, p. 35).

[1161] Ibidem, p. 150.

[1162] BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., op. cit., p. 72.

Diante de uma hipótese de inadimplemento, deverá o juiz, inicialmente, avaliar o contrato *em abstrato*, visando a identificar se os elementos típicos daquele contrato foram definitivamente abalados ou ainda podem ser atingidos, mesmo a destempo. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, é de ser perguntar se a transferência de domínio sobre a coisa, mediante pagamento, é ainda possível (não será, por exemplo, se a coisa tiver se deteriorado). Em um contrato de empreitada, é de se verificar se a obra ainda pode ser concluída (não poderá, por exemplo, se tiver ocorrido mudança no plano diretor da cidade, que vede a construção de novos edifícios no local inicialmente convencionado). Para tal análise, ressalta, Francisco Marino, a importância das informações que podem ser extraídas das peculiaridades do "próprio *tipo e subtipo contratual* escolhido pelas partes"[1163], apontando como exemplo, a locação por temporada, o transporte por amizade ou cortesia, o contrato de mútuo a risco, todos subtipos contratuais que apresentam finalidades típicas específicas que podem auxiliar o trabalho do hermeneuta[1164].

Superada a avaliação *em abstrato*, deve passar o juiz para uma avaliação *em concreto*, ponderando a efetiva finalidade do negócio jurídico[1165]. Como ressalta Marino, essa análise não deve ser colidente com a anterior, mas sim complementar, já que o "papel do fim concreto do negócio jurídico é *integrativo* e *corretivo* em relação à causa negocial (função típica)"[1166]. Isso quer dizer que o juiz deve avaliar os *considerandos* e o *objeto do contrato*, os documentos apresentados pelas partes, para identificar se os *motivos determinantes* que levaram as partes à celebração do negócio foram abalados pelo inadimplemento[1167].

Não se está a falar, vale frisar, dos *motivos* estritamente subjetivos, mas sim daqueles que, expressamente externados pelas partes, tenham sido determinantes para a celebração do contrato. Como explica Rodrigo Barreto Cogo, "a finalidade não se

---

[1163] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico, op. cit., p. 133.

[1164] Ibidem.

[1165] "A doutrina e a jurisprudência têm dado uma série de critérios para possibilitar ao juiz compor esse interesse do contrato, do sinalagma. Em geral, esses critérios são derivados da boa-fé, mas isolo aqui três casos que me parecem interessantes. É lógico que em um contrato bilateral, comutativo, fica muito fácil examinar o interesse do sinalagma, porque há um sinalagma. Mas, fica bastante mais difícil nos contratos unilaterais e nos negócios jurídicos unilaterais (que também podem ser apanhados pelo inadimplemento) saber exatamente qual é esse interesse. Portanto o juiz tem o dever de descer às particularidades do caso até os seus mais ínfimos detalhes, ele tem que examinar qual é a causa-função daquele negócio" (MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento, op. cit., p. 103-104).

[1166] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico, op. cit., p. 137.

[1167] Interessante análise *in concreto* da causa é realizada pelo Professo Cristiano Zanetti em parecer publicado em 2014. Nesse parecer, o Professor avalia a hipótese de inadimplemento absoluto ou relativo diante de descumprimento de contrato de prestação de serviços complexo, indicando parâmetros para aferição abstrata e concreta da utilidade da prestação em discussão (ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto, op. cit., p. 136).

identifica com o motivo, que é o porquê da contratação (causa impulsiva), não manifestado, individual, de foro íntimo do contratante"[1168]. Como explica Francisco Marino, os motivos que possuem valor jurídico, e compõem a finalidade do contrato, são aqueles que (a) são conhecidos pelas partes; (b) são valorados pelas partes; e (c) por acordo, expresso ou tácito, são incorporados ao conteúdo do contrato, por serem considerados interesses relevantes das partes. São esses interesses, na visão de Marino, que, nos contratos sinalagmáticos, compõem o "próprio sinalagma contratual"[1169]. Fala-se, nesse caso, da finalidade comum, partilhada entre as partes e revelada pelos documentos que formalizam o negócio jurídico ou pela "interpretação - integrativa - do negócio jurídico, tendo em conta a boa-fé e os usos e costumes (Código Civil, art. 113) atrelados aos critérios do tipo contratual escolhido, do preço de mercado e da normalidade"[1170].

Imagine-se a situação em que um advogado adquire um terno de alfaiataria para o casamento do seu irmão, mas o alfaiate atrasa a entrega em uma semana. Pode-se alegar que o contrato seria a termo, já que havia uso específico para o terno. Mas se o advogado adquiria, com frequência, outros ternos nessa alfaiataria, pode-se alegar que a entrega intempestiva do produto não eliminou completamente o interesse do credor. Os elementos apresentados pelas partes podem ou não esclarecer essa dúvida. Se não esclarecerem, caberá ao juiz interpretar os fatos à luz da boa-fé objetiva e, particularmente nesse caso, da teoria do abuso de direito. Se o terno adquirido para o casamento seguia o mesmo padrão daqueles usualmente adquiridos pelo advogado, parece razoável que o contrato seja mantido, já que parece persistir sua *utilidade para o credor*. Isso não quer dizer que não o credor não faça jus a multas contratuais eventualmente existentes, bem como a indenização por perdas e danos (eventualmente materiais, referente à aquisição de produto equivalente para comparecimento à festa, e mesmo morais, pelo inconveniente que eventualmente lhe fora causado). Mas a resolução do contrato, com a devolução das partes ao status quo ante, parece medida exacerbada e desnecessária para satisfazer o interesse objetivo do credor.

Como já se mencionou em outros momentos deste trabalho, a análise da *causa do contrato*, por sinal, tende à preservação de contratos cujo descumprimento verse sobre obrigações de natureza estritamente pecuniária. É essa a avaliação de Orlando Gomes, por exemplo, quando defende que, em se tratando de *dívida pecuniária*, não há que se falar em

[1168] COGO, Rodrigo Barreto. A frustração do fim do contrato..., op. cit., p. 309.
[1169] MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico, op. cit., p. 130.
[1170] COGO, Rodrigo Barreto. A frustração do fim do contrato..., op. cit., p. 309.

perda de utilidade, pois a prestação pecuniária tende a admitir o cumprimento tardio[1171]. No mesmo sentido Antunes Varela, para quem "no comum das obrigações pecuniárias, a prestação mantém sempre seu interesse para o credor, mesmo que não seja realizada na data estipulada"[1172]. Por esse motivo, como já se disse anteriormente, a jurisprudência portuguesa não tem considerado haver perda de *interesse do credor* em obrigações pecuniárias, admitindo o pagamento a destempo, ainda que sujeito a ônus financeiro (multa e juros)[1173].

Assim, em contratos bilaterais que envolvem pagamento por bens ou serviços, em parcela única ou diversas parcelas[1174], parece-nos que, ao menos como regra (como tal, sujeita a exceções, diante das peculiaridades do caso concreto), o atraso ou pagamento parcial não reúne as condições necessárias para caracterização do inadimplemento substancial[1175]. Nesse caso, em respeito à boa-fé objetiva e ao princípio da conservação dos contratos, impõe-se medida menos gravosa que a resolução contratual.

4.2.1.3.Natureza do objeto da prestação

A análise pura e simples da finalidade do contrato não apresentará, todavia, resposta para todas as situações. O juiz se verá diante de zonas cinzentas, em que o inadimplemento parcial tenha tangenciado a essência do contrato, seja provocando prejuízos de difícil aferição, seja abalando, em alguma medida, a confiança das partes no

---

[1171] GOMES, Orlando. Obrigações, op. cit., p. 175.

[1172] ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, op. cit., v. 2, p. 114.

[1173] "A perda do interesse do credor significa o desaparecimento objectivo da necessidade que a prestação visa satisfazer, o que não acontece, no comum das obrigações pecuniárias, em que a prestação devida, não obstante a mora do devedor, continua a revestir todo o interesse para o credor" (Ac. Rel. Co. de 12/02/2008, 1283/06.8TBAGD.C1, Rel. Hélder Roque).

[1174] "*If the breach is relatively minor and not 'of the essence,' the plaintiff is still bound by the contract and cannot abandon performance to get damages for a 'total' breach by the defendant. The plaintiff can, however, maintain suit for damages for the minor breach at any time until that action is barred by a statute of limitations. Even if the breach is major, one that causes the rendered performance to be less than 'substantial,' there are cases in which the plaintiff can 'waive' the condition of his own duty and require the other party to continue performance. The cases in which this is possible are often 'installment' contracts; they are never cases in which the defendant has definitely repudiated the contract*" (CAULIFF, Catherine M. A. Mc. Corbin on contracts, op. cit., p. 335).

[1175] No mesmo sentido é a jurisprudência norte-americana: "*Also, the buyer's failure to pay an installment may not justify the seller's repudiation. As Judge Cardozo said in Helgar Corp. v. Warner's Features, 222 N.Y. 449, 119 N.E. 113 (1918), a buyer's failure to pay an installment on time may be a breach and justify an action to collect: 'But it does not follow that he may be equally precipitate in his election to declare the contract at an end. That depends upon the question whether the default is so substantial and important as in truth and in fairness to defeat the essential purpose of the parties.' Here, the purchaser's failure to pay the price on time for an installment of goods delivered. Although it constituted a breach justifying suit for that installment, did not justify the seller's repudiation of the rest of the contract. The seller had no right to damages for a total breach, beyond the unpaid installment. Without doubt the purchaser did have such an action for total breach*" (Ibidem, p. 368).

desenrolar do processo obrigacional (como nos casos de descumprimento pontual em contratos de execução continuada ou trato sucessivo). Ou, ainda mais comumente, o juiz estará diante de situações em que a prova dos autos não é clara: o instrumento contratual é impreciso e as provas carreadas pelas partes são inconclusivas para a definição da finalidade concretamente visada pelas partes com a avença.

Imaginem-se dois casos hipotéticos:

1. No primeiro, um cidadão perde o emprego e, sem renda, após três anos sem um único atraso, deixa de pagar a sua conta de luz. Após o segundo mês de atraso, recebe uma notificação de cobrança da concessionária de energia elétrica. Ausente o pagamento, a concessionária suspende o fornecimento de energia. O cidadão deposita, em juízo, os valores em atraso e pleiteia o imediato restabelecimento do fornecimento. A concessionária refuta o pedido, ao argumento de que, como o cidadão encontra-se desempregado, estaria abalada a confiança no pagamento das contas futuras.

2. No segundo, um restaurante, experimentando grave crise financeira, deixa de pagar o fornecedor com quem mantinha, há três anos e sem um único atraso, contrato de fornecimento mensal de alimentos. Após o segundo mês de atraso, recebe uma notificação de cobrança do fornecedor. Ausente o pagamento, o fornecedor suspende novas entregas e dá o contrato por resolvido. O proprietário do restaurante deposita, em juízo, os valores em atraso e pleiteia o imediato restabelecimento das entregas. O fornecedor refuta o pedido, ao argumento de que, como o restaurante encontra-se em crise financeira, estaria abalada a confiança no pagamento das parcelas futuras.

Os casos são, é inegável, bastante semelhantes. Trata-se, num e noutro, de pleito de *resolução contratual* por *inadimplemento pontual* do devedor em *contrato de trato sucessivo*, fundado em *perda do interesse do credor* em razão de *abalo na confiança no cumprimento futuro do contrato*. As soluções para cada um deles, no entanto, não são coincidentes. Deixando de lado, para fins didáticos, a legislação especial aplicável ao primeiro caso[1176], os casos, embora semelhantes, não merecem tratamento equivalente porque dizem respeito a prestações de natureza substancialmente distinta. No primeiro caso, está-se diante de um *contrato existencial*; no segundo, de um *contrato de lucro*. Tal fato, por si só, é suficiente para alterar profundamente a avaliação do julgador.

[1176] Tratando-se de prestação de serviços público especial, há regras específicas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, na legislação federal (Lei nº 8.987/1995, por exemplo).

Concebida por Antonio Junqueira de Azevedo como a "verdadeira dicotomia contratual do século XXI"[1177], a distinção "contratos existenciais" / "contratos de lucro" tem como propósito ponderar a incidência do princípio da boa-fé objetiva sobre contratos celebrados entre *partes com interesses profundamente distintos*, e referentes a *prestações de natureza muito diferentes*. Tais distinções impõem a um e outro tipo contratual avaliação diferenciada, notadamente quanto ao grau de incidência da boa-fé objetiva e de intervenção do judiciário.

Explica o Professor Junqueira[1178] que seriam considerados *contratos existenciais* aqueles que têm como parte pessoas naturais ou entidades sem fins lucrativos *visando à sua subsistência*. São, portanto, contratos que dizem respeito – direta ou indiretamente - a elementos fundamentais da personalidade humana, como o "direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc."[1179]. Junqueira enumera, entre os contratos existenciais, "os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana"[1180].

Partindo das lições de Junqueira, Ruy Rosado de Aguiar Júnior esclarece que os contratos existenciais seriam aqueles que "teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa"[1181]. E, na tentativa de apresentar um rol de *bens essenciais*, remete, Ruy Rosado, ao artigo 10 da Lei nº 7.783/1989[1182], à classificação das benfeitorias constante do artigo 96 do Código Civil[1183], e à seguinte

---

[1177] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 356.

[1178] Idem. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008, p. 304.

[1179] Ibidem.

[1180] Idem. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 356.

[1181] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 101.

[1182] Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; XI compensação bancária. XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social; XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); e XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

[1183] Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.
§ 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.
§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.
§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

classificação proposta por Jorge Mosset Iturraspe: "*bens vitais* (sem cuja satisfação o homem não pode viver, tais como alimento, vestimenta e teto), que seriam então os '*essenciais'* aqui mencionados; os necessários à *dignidade* da pessoa (educação, cultura), à sua qualidade de vida (entretenimento), à tranquilidade ou segurança (prevenção de riscos, previdência), etc."[1184]. Teresa Negreiros fala, ainda, nos parâmetros conferidos pelo artigo 7º, IV, da Constituição Federal[1185].

Expandindo o rol de Junqueira e Ruy Rosado, poderíamos sustentar também serem existenciais os contratos que envolvem a aquisição de bens para o exercício profissional (*p.ex.* a compra de um automóvel, por motorista particular ou de empresa de transporte privado urbano), os contratos que envolvam a contratação de serviços bancários básicos, os contratos de seguro saúde e plano de saúde[1186,1187,1188], os contratos de

---

[1184] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 101.

[1185] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

[1186] Nesse sentido, também Teresa Negreiros, invocando, inclusive, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 475).
O acórdão citado é o de seguinte ementa: "Plano de saúde. Tutela antecipada. Pretensão da prestadora do serviço de rescindir contrato firmado com prazo de vigência determinado e vencido em pleno tratamento. Pleito do associado de manter-se vinculado. Prevalência da guarida à vida humana, em detrimento de possível direito patrimonial da agravante. Interpretação do inciso II, do §1º do art. 51 do CDC. Agravo improvido. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 596116392, Relator Desembargador Paulo Roberto Hanke, Sexta Câmara Cível, julgado em 27/8/1996, publicado em [1997]).

[1187] "Plano de Saúde - Empregado demitido sem justa causa - Manutenção do ajuste - Possibilidade pelo prazo máximo de 24 meses - Critério objetivo necessário - Precedentes desta Corte - art. 30 c/c. §1º da Lei nº 9.656/98 - Contrato existencial em que o princípio da função social alça espectro diferenciado - Hipótese em que a notícia do câncer sobreveio no curso da prorrogação de cobertura, daí ser razoável modular os efeitos do resultado no intuito de preservar o que já se ultimou ao longo do tempo - Teoria do fato consumado a chancelar o tratamento que se dispensou com base em decisão judicial preclusa - Prevalência da dignidade da pessoa humana e da solidariedade constitucionalmente esperada - Consumidor que ainda pode aderir a outro ajuste, individual ou familiar, com dispensa de carência - Opção a ser exercida dentro de 30 dias do trânsito em julgado - Aplicação analógica da Res. nº 19/1999 do CONSU (arts. 1º e 2º) - Busca do equilíbrio que atua como pedra angular das relações de consumo - Recurso parcialmente provido. (TJSP, Apelação Cível nº 011.0211.17.2011.8.26.0100 SP, Relator Desembargador Ferreira da Cruz, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 12/9/2012, publicado em 17/9/2012).

[1188] "O contrato de plano de saúde, além de consistir em relação jurídica de natureza patrimonial - por ser um negócio jurídico de prestação de serviços, em que a operadora busca auferir lucro -, se caracteriza pelo nítido aspecto existencial. Com efeito, sendo a saúde o estado de completo bem-estar psicofísico da pessoa, tem-se de suma importância o conteúdo dos contratos de plano de saúde para os seus usuários, haja vista ser o seu objeto bem de natureza essencial para a manutenção da vida e para o alcance da dignidade humana. Logo, tais relações contratuais, por serem imprescindíveis ao atendimento da subsistência humana, enquadra-se na definição de contratos existenciais. Dessa forma, verifica-se que a atribuição de natureza existencial à relação contratual não lhe retira a característica de ser um instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas sim também o torna um instrumento de proteção dos direitos fundamentais – o direito à saúde, titularizado pelos usuários de plano de saúde. Desse modo, tem-se que o atributo econômico exigente a qualquer contrato – pressuposto inderrogável da composição contratual – sofre ponderações razoáveis frente ao valor da vida humana" (GOMES, Josiane Araújo. Dos contratos de

prestação de serviços médicos em geral, os contratos referentes a serviços públicos essenciais, os consórcios em geral e os longos financiamentos aos quais se submetem os indivíduos não propriamente para a aquisição de um bem, mas para a realização de verdadeiros sonhos.

Os *contratos empresariais* (ou, mais propriamente, *de lucro*), por sua vez, seriam aqueles entre empresas ou entre indivíduos em sua capacidade profissional, e dizem respeito ao exercício da atividade econômica, à atuação no mercado, à perseguição do lucro[1189]. Como ressalta Junqueira, "o critério de distinção [entre contratos existenciais e contratos de lucro] é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo"[1190]. Tratam-se, como afirma Ruy Rosado, de contratos em regra negociados, "com fase de tratativas e negociações preliminares"[1191]. Na atualização promovida pelo autor na obra de Orlando Gomes, Junqueira cita como exemplos de contratos de lucro, "os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros"[1192].

A dicotomia proposta por Junqueira foi amplamente abraçada pela doutrina como critério fundamental para interpretação dos negócios jurídicos à luz do regime ético-social concebido pelo Código Civil de 2002. Com ela, buscou a doutrina acomodar, como já sugeria o próprio Professor Junqueira, "de um lado, os defensores da segurança jurídica, com os olhos voltados ao mundo empresarial, e, de outro, os defensores das pessoas físicas mal aquinhoadas economicamente, despreparadas para atuar num mercado sofisticado"[1193].

É de fato essa a grande vantagem oferecida pela dicotomia: proporcionar critérios para a aplicação *justa* do princípio da boa-fé objetiva sobre contratos com perfis absolutamente distintos. Lembremos que, como já se disse anteriormente, a *justiça* nada mais é do que o primado da equidade, segundo o qual *situações equivalentes devem ser disciplinadas por regras iguais*, enquanto *situações distintas devem ser disciplinadas por regras distintas*, mantendo-se assim o equilíbrio das relações sociais.

Assim, parece *justo* que o princípio da boa-fé objetiva atue mais intensamente sobre relações estabelecidas entre *desiguais*, privilegiando *interesses existenciais* sobre *interesses comerciais*; ao mesmo tempo em que parece *justo* que a boa-fé objetiva atue de

---

plano de saúde à luz da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 217-234, out./dez. 2014, p. 226-227).

[1189] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina..., op. cit., p. 305.

[1190] Idem. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 186.

[1191] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 103.

[1192] GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 101.

[1193] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 185.

forma mais comedida, menos invasiva, em relações estabelecidas entre *iguais*, em que *prevaleçam, de parte a parte, interesses comerciais*.

A fundamentação jurídica da dicotomia contratos existenciais / contratos de lucro, contudo, não se resume à concretização da justiça. Como defendeu Teresa Negreiros, em tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, os arquétipos contratuais consagrados pelo Código Civil de 2002 merecem releitura segundo o que chamou de *paradigma da essencialidade*, assim entendido o "modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante do bem contratado" [1194].

Teresa Negreiros tem como ponto de origem as reflexões do jurista finlandês Thomas Wilhelmsson[1195], entusiasta da chamada "*theory of need-rationality*"[1196], segundo a qual a evolução do direito privado tem levado os ordenamentos jurídicos a desenvolverem conceitos jurídicos com maior grau de concretização, voltados às "*pessoas reais*" (*real person-related concepts*). Tais conceitos, na visão de Wilhelmsson, distinguem-se basicamente em duas classes: os conceitos relacionados às habilidades (*ability-oriented concepts*) e os conceitos relacionados às necessidades (*need-oriented*). No primeiro caso, têm-se os conceitos que sujeitam os contratos a uma interpretação segundo a *boa-fé objetiva*, impondo-se às partes a adoção de comportamento probo e a observância de deveres laterais. No segundo caso, têm-se os conceitos relacionados à socialidade e que, mais precisamente, permitem a defesa da primazia do atendimento às necessidades básicas

---

[1194] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 342.

[1195] Em artigo publicado no Brasil (mediante tradução de Ronaldo Porto Macedo Júnior), Wilhelmsson tratou dos contratos como *instrumentos de cooperação social*, sustentando a superação do modelo contratual clássico, entre outros motivos, pela mais ampla valorização do conteúdo sobre a forma: "Em primeiro lugar, a mudança mais óbvia e de longe a mais importante é a maior inclusão daquilo que se poderia denominar orientação de conteúdo (contente-orientation) na tradicional neutralidade de conteúdo (content-neutral) do direito contratual. É uma crítica duradoura e bastante evidente dirigida contra os modelos tradicionais do direito contratual, em cujas abordagens o conteúdo do contrato não tem nenhuma relevância para a decisão acerca do seu efeito vinculante. A questão do contrato dever ser considerado vinculante é resolvida com base nas circunstâncias presentes no momento em que o contrato foi feito - as manifestações e conduta das partes - sem qualquer consideração com o conteúdo atual do contrato. Neste sentido, os modelos tradicionais são por vezes também chamados formais, em oposição a modelos que dão atenção ao conteúdo material do contrato. Como a distinção formal/material é vaga e pode se reportar a aspectos do direito diversos daquele ora mencionado, o termo neutralidade de conteúdo (content-neutrality) é aqui preferível para descrever a atitude atenta apenas para as circunstâncias presentes no momento em que o contrato foi concluído" (WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 9-22, jun. 1996, p. 9).

[1196] WILHELMSSON, Thomas. Need-Rationality in Private Law?. In: WILHELMSSON, Thomas (Coord.). *Twelve Essays on Consumer Law and Policy*. Helsinki: Publications of the Department of Private Law of the University of Helsinki, p. 223-231, 1996.

do ser humano[1197]. Nesse segundo caso, o professor finlandês sustenta que o direito atual permitiria posicionamentos mais benéficos às pessoas em situações de necessidade, como pessoas pobres ou com baixa renda, desempregadas ou doentes.

É a partir dessas ideias que Teresa Negreiros desenvolve o fundamento teórico do *paradigma da essencialidade* no direito brasileiro, calcada não apenas em uma forte abordagem de direito civil constitucional, mas também em uma análise multidisciplinar do direito, recorrendo a fontes do direito tributário e do direito administrativo. Em síntese, Negreiros sustenta que o paradigma da essencialidade decorreria da aplicação horizontal dos valores consagrados na Constituição Federal da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I) e da erradicação da pobreza e da marginalização (artigo 3º III), cuja leitura conjunta pressuporia a garantia, a todo ser humano, de um *mínimo existencial*[1198]. Tais valores estariam expressos em inúmeros dispositivos da própria Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, como na legislação tributária (que categoriza a tributação de produtos em função da sua essencialidade), na legislação administrativista (como no caso dos serviços essenciais) e na própria legislação civilista (como ocorre no caso do bem de família).

Oferecido o fundamento teórico, Teresa Negreiros propõe que o *conceito de essencialidade*, na esfera cível, se dê em função da *utilidade do bem contratado para a que pessoa que dele se serve,* dividindo-se os bens em três categorias*: essenciais, úteis ou*

[1197] "*'Real' person-related concepts. There are norms for which the applicability is delimited to certain classes of person. As criteria for such limitations one could mention e.g. the following: expertise, profession, wealth, social class and sex.*
Such person-related criteria may be given relevance for different reasons. In some cases one may attach importance to some properties of a person because these give him a certain ability (or, in the case of weaker parties, lack of ability). In other cases, however, some properties of a person are taken into account where these are thought to reflect some special need of that person. In other words, one may distinguish between ability-oriented concepts and need-oriented concepts, Misusing a well-known phrase, one could say that the former are connected with the first part and the latter with the second part of the principle that everyone should be judged according to his ability and allotted according to his needs.
Ability-oriented concepts are not very new in private law. The traditional notions of culpa, bona fides etc. cannot be applied to a concrete case without reference to the abilities of the party whose behaviour is being judged. The development of private law, however, has led to a growing emphasis on arguments involving ability orientation. To take just two examples: the rules concerning incorporation of standard clauses in a contract or those concerning the duties of a party to give information to the other party when concluding a contract differ in many legal systems between inexperienced persons and experts. The development of the concept 'Berufsrecht' in West German law is also mainly a consequence of the growing differentiation of abilities in private law.
The focus here, however, is on those person-related concepts which are need-oriented. By using such concepts one does not refer to the behaviour of a party, e.g. in concluding a contract; the concepts point out a special need of the party as the ground for granting him legal protection. As examples of need-oriented concepts one could mention poverty, low income, unemployment, illness etc. May such concepts really be used in private law argumentation?" (WILHELMSSON, Thomas. Need-Rationality in Private Law?, op. cit., p. 227-228).

[1198] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 401.

supérfluos[1199]. Reconhecendo não se tratarem de categorias estanques – o que oferece aos magistrados, por ocasião de sua aplicação, elevada margem de discricionariedade - , a autora propõe sejam tais bens considerados comparativamente, em uma escala de essencialidade, de modo a se garantir a "primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais"[1200].

Por caminhos diversos, chegam Junqueira e Negreiros à mesma conclusão, assim sintetizada por Marco Fábio Morsello: "levando em conta o primado da dignidade da pessoa humana, princípio fundante com função iluminante, que se espraia por todo sistema jurídico, os contratos existenciais imporão ao hermeneuta em juízo de ponderação, maior densidade na aplicação dos denominados princípios sociais do contrato, quando cotejados com a autonomia privada"[1201].

Assim, defende Teresa Negreiros, que esse tipo contratual estaria sujeito a regime jurídico diferenciado, propício à tutela dos direitos existenciais e à realização dos valores constitucionais. Com esse intuito, sustenta que contratos existenciais dependeriam de resolução mediante interpelação judicial e que, "de uma forma geral, a essencialidade do bem fundamentaria a mitigação das sanções normalmente resultantes da mora ou do inadimplemento contratuais por parte do necessitado"[1202].

A nosso ver, os princípios e cláusulas gerais que regem o Código Civil brasileiro permitem ir ainda mais longe. Diante de uma hipótese de inadimplemento em contrato existencial, o juiz deverá perseguir *patamares mais elevados da boa-fé objetiva, privilegiando o interesse existencial; relativizando eventuais abalos à confiança*; e, sempre que possível, *aplicando uma interpretação expansiva à noção de abuso do direito*, tudo com o objetivo de preservar o contrato quando houver possibilidade de satisfação do interesse do credor por caminho menos gravosos[1203].

[1199] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 435.
[1200] Ibidem, p. 459.
[1201] MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro, op. cit., p. 528.
[1202] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 485.
[1203] Ruy Rosado enumera uma longa lista de consequências para o reconhecimento da essencialidade da avença e da debilidade de uma das partes: "Para os contratos existenciais, reconhecida a debilidade da parte, que satisfaz o seu interesse de sobrevivência: (i) a decisão sobre a manutenção ou a extinção do contrato deverá refletir uma avaliação sobre o interesse social que o contrato procurou satisfazer; (ii) a definição sobre o cumprimento da obrigação terá em conta as condições das partes, e a possibilidade de a prestação satisfazer o interesse do credor; (iii) nos contratos por tempo indeterminado, a resilição unilateral garantirá a justa indenização da parte que sofrer os efeitos da extinção; (iv) o adimplemento substancial deve afastar a resolução; (v) a cláusula resolutiva expressa somente será aceitável quando for clara, bem-informada e não abusiva (clareza, informação, uso não abusivo), mas cujos efeitos são inaceitáveis em certas situações, como na ação de reintegração de posse por descumprimento de contrato de promessa de compra e venda de imóvel; (vi) há de se preservar o contrato, no limite do possível permitido pela ordem jurídica, quando se tratar da disposição de bens ou serviços vitais, tais como água e

A lógica reversa aplica-se aos contratos de lucro[1204]. No caso deles, explica Marco Fábio Morsello, "fulcrados em componente interempresarial destituído de qualquer hipossuficiência, a autonomia privada terá maior peso e interesse quando sopesada com os demais princípios, nomeadamente sociais, que, embora não elididos, terão aplicação em menor grau, sob pena de obstaculizar o tráfego contratual, com efetivo *spreading* indevido para o corpo social"[1205]. No caso dos contratos de lucro, já explicava Antonio Junqueira de Azevedo, "uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve – ser expulsa do mercado"[1206]. Trata-se da lei do livre mercado, à qual estão expostos os agentes econômicos no sistema capitalista.

Não se está a dizer, vale frisar, que, em se tratando dos contratos de lucro, não se aplica o princípio da boa-fé objetiva. O princípio obviamente aplica-se, inclusive por determinação específica dos artigos 187 e 422 do Código Civil. O que se quer dizer é que, neste caso, a boa-fé objetiva não atua de modo ostensivo, para privilegiar os interesses do devedor ou do credor, pois *entre tais interesses há presumida paridade*. Nos contratos de lucro, a boa-fé objetiva deve atuar em benefício do sinalagma, visando sobretudo à preservação da confiança e ao estabelecimento de uma relação de cooperação entre as partes, que tenha por objetivo o adimplemento. Como diz Pietro Perlingieri, "a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor"[1207]. Mas, acrescentamos, a cooperação é uma via de mão dupla, de modo que não impõe ao credor uma subordinação reversa, nem o sujeita aos interesses do devedor. Credor e devedor sujeitam-se única e exclusivamente ao *interesse do sinalagma*.

Assim sendo, e voltando ao objeto de nosso estudo, parece-nos que, ao perquirir a *utilidade da prestação*, o juiz deverá tomar como parâmetro para a aferição da finalidade do contrato a natureza do objeto da prestação: *i.e.* se se trata de bem essencial (contrato

---

luz; (vii) deve haver limitação para cláusulas de revisão ou resolução em certos contratos, tais como os de previdência, de seguro de vida, de seguro saúde; de prestação de serviços médicos, hospitalares e previdenciários" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 108).

[1204] "Creio que, relativamente aos contratos empresariais e aos contratos de lucro, prevalece o seguinte: rigor na exigência do cumprimento pontual (ponto por ponto); facilitação da comprovação da mora; aceitação de desequilíbrio material explicado pelas contingências do negócio; rigor no exame da alegação de imprevisão; previsão de multas e sanções pelo descumprimento; consideração dos usos do mercado e de suas práticas; uso de títulos abstratos; maior aceitação da cláusula resolutiva expressa (art. 474 do Código Civil) (Ibidem, p. 107).

[1205] MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro, op. cit., p. 528.

[1206] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 185.

[1207] PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil*,* op. cit., p. 212.

existencial) ou não (contrato de lucro)[1208]. Concluindo pela primeira hipótese, o juiz deve ser menos rigoroso com relação às formalidades do contrato, interpretando suas disposições à luz dos mais elevados patamares da boa-fé objetiva e visando, sempre que possível à conservação do contrato[1209] e à medida menos gravosa para a parte que necessita do bem essencial. Isso não quer dizer que o juiz deve inverter a lógica contratual e ignorar o direito do credor à satisfação do crédito e à indenização por eventuais perdas e danos – tais direitos decorrem diretamente dos artigos 389 e 395 do Código Civil e sua inobservância implicaria enriquecimento sem causa do devedor. No entanto, em se tratando de contratos existenciais, a tutela do crédito deve se dar por meio minimamente oneroso, visando à preservação da condição menos privilegiada.

Por outro lado, concluindo tratar-se de contrato de lucro, o juiz deve atentar para a regra da mínima intervenção[1210], privilegiando a autonomia privada, desde que exercida nos limites e segundo os ditames da boa-fé objetiva. Como aponta Daniel Sarmento, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior"[1211]. Nesse caso, portanto, o juiz poderá admitir que o *interesse do credor* no contrato tenha se esvaído em decorrência de descumprimentos pontuais (desde que, tratando-se de contratos de execução continuada ou trato sucessivo, representem fundado receio no cumprimento futuro da vença); ou, ainda, poderá entender, a depender da espécie de contrato sob análise, que mesmo um incumprimento puramente financeiro pode justificar a conversão da mora em inadimplemento absoluto (se, por exemplo, o credor demonstrar que a manutenção do contrato lhe acarreta custos de oportunidade, ou lhe impede de celebrar contrato com empresa concorrente). Enfim, as nuances da análise são infinitas e se sujeitam a melhor

---

[1208] Interessante questão é abordada por Francisco Marino, acerca da coligação de contratos de natureza distinta (existencial e de lucro): "No vasto campo das coligações contratuais, importa ressaltar, destarte, a existência daquilo que poderíamos denominar *coligações contratuais com escopo existencial*. Trata-se de coligações nas quais ao menos um dos contratos pertence à categoria dos contratos existenciais. A particularidade destas uniões de contratos corresponde ao fato de a presença do contrato existencial alterar o centro de gravidade do conjunto, passando aquele a ocupar posição de predominância em relação aos demais 'contratos satélites'. O escopo existencial torna-se, assim, o escopo do conjunto contratual. Isso se reflete tanto na interpretação dos contratos coligados, que passa a subordinar-se à finalidade do contrato existencial, quanto no regime jurídico da coligação, assistindo-se a uma certa mitigação da eficácia dos 'contratos-satélites' em prol da finalidade existencial (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009).

[1209] "O Princípio da conservação dos negócios jurídicos apresenta-se em destaque no plano dos chamados *contratos existenciais*. São relações contratuais que reclamam do intérprete com intensidade maior a manutenção dos efeitos neles consubstanciados" (GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos, op. cit., p. 247).

[1210] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 185.

[1211] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 309.

avaliação do magistrado. Em todo caso, vale repisar, "tal entendimento, em nenhum momento, equivale a preconizar no âmbito de um capitalismo selvagem", querendo dizer, na verdade, que o juiz deve tão somente "atentar para dicotomia contemporânea, em que na seara interempresarial, com escopo de lucro, a aplicação dos princípios sociais, embora não elidida, poderá ser mitigada, quando cotejada com os negócios jurídicos existenciais" [1212].

4.2.1.4.Modelo do negócio

Caso esteja diante de um *contrato de lucro*, o juiz terá, diante de si, outra questão a enfrentar: apreciar o *modelo do negócio* entabulado entre as partes para, assim, determinar o grau esperado de intervenção judicial, com base na boa-fé objetiva. Nesse caso, coloca-se diante do juiz a distinção entre (a) *contratos isolados / pontuais / singulares / descontínuos* e (b) *contratos relacionais*.

A *teoria dos contratos relacionais* foi concebida pelo jurista norte-americano Ian Roderick Macneil, que, desde o início dos aos 1960, orientou seu trabalho acadêmico ao combate do formalismo estrito no direito contratual anglo-saxônico, visando à apreensão da realidade das relações sociais contemporâneas[1213]. Já em seus primeiros trabalhos,

---

[1212] MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro, op. cit., p. 528.

[1213] Como bem aponta Ronaldo Porto Macedo Júnior, é notória a tendência global, a partir dos anos 1970, de questionamento dos postulados clássicos do direito contratual (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de teoria do direito*. Coleção: Teoria e História do Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250). Como aponta o autor, essa tendência é particularmente forte nos países de *common law*, haja vista o histórico apego ao formalismo e à força obrigatória dos contratos nessas regiões. Macedo Júnior lista inúmeros autores que, ao longo de sua vida acadêmica, combateram o modelo contratual clássico: Stewart Macaulay, Richard Posner, Grant Gilmore, Robert Summers, P.S. Atiyah, David Campbell, Stephen Smith são alguns dos mais destacados (alguns deles inclusive mencionados ao longo deste trabalho). A tendência, no entanto, é igualmente forte nos países de tradição romano-germânica (são inúmeros os autores, destas regiões, aos quais temos recorrido no decorrer deste trabalho), e mesmo em países com tradições particulares, como o direito escandinavo, onde é destaque o trabalho do também já mencionado Thomas Wilhemsson.

A respeito de Wilhemsson e o direito finlandês, parece-nos pertinente, ressaltar que, conforme explicam Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde e Martin Wolff, seriam sete as famílias modernas de sistemas jurídicos: francês; germânico, escandinavo; inglês; soviético; islâmico e hindu. Assim, embora próximo, em algumas instâncias, do direito romano-germânico, os autores explicam que "*le droit scandinave n'est ni romain, ni français, ni germanique, dans ses origines et son évolution. II est dû a un effort de codification locale qui a commencé au Danemark et en Norvège vers la fin du XVII*e *et en Suède dans la première moitié du XVIIIe siècle. Cette codification est donc antérieur à celle des autres pays européens*" (ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris; WOLFF, Martin. *Traité de droit comparé*. Paris: LGDJ, 1950, t.1, p. 49-50). No mesmo sentido Ulf Bernitz, em artigo mais recente: "*Within comparative law, Scandinavian law (i.e. the law of the five Nordic countries, Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden) is generally regarded either as a subgroup of civil law or as a legal family of its own. Roman law has never been applied as applicable law in Scandinavia and there has been no full reception of any other foreign legal system. There are no general civil codes of French, German, Austrian or Italian model in the Scandinavian countries and no plans to enact such codes exist. On the other hand, statutory law constitutes the basis in most fields of law*" (BERNITZ, Ulf. What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future. In: WAHLGREN, Peter (Org.). *What is Scandinavian Law?*. Scandinavian

Macneil sustentava que o direito contratual não era propriamente um complexo lógico e estruturado de regras, mas "*like all law, a social instrument designed to accomplish the goals of man*"[1214]. Como comenta Ronaldo Porto Macedo Júnior, a síntese da obra de Ian Macneil "reside na crença de que a análise dos contratos (*transactions*) deve sempre começar com a análise de seu contexto"[1215], e de que tal contexto não envolve apenas uma fórmula impessoal, fechada, um "vácuo social", mas sobretudo um complexo universo de "expectativas, valores, matrizes sociais, processos comunicacionais"[1216], que devem ser apreendidos e incorporados pelo direito obrigacional.

Imbuído desse espírito crítico, Macneil desenvolveu aquela que veio a ficar conhecida globalmente por "*relational theory*"[1217] (no Brasil, *teoria relacional* ou *dos contratos relacionais*). Embora amplo e destrinchado ao limite pelo autor, é possível sintetizar a teoria desenvolvida por Ian Macneil a partir de uma dualidade relativamente simples: a de que, na sociedade contemporânea, os modelos contratuais poderiam ser divididos em dois grupos (*discrete contracts* e *relational contracts*), cada qual sujeito a regimes distintos, em razão de suas particularidades.

Discrete contracts (que podem ser traduzidos como *contratos pontuais* ou, como mais comumente adotado pela doutrina nacional, *contratos descontínuos*) seriam aqueles contratos instantâneos, em que a manifestação de vontade, a celebração do acordo e sua execução se dão basicamente em um único ato[1218]. Referem-se, como aponta Ricardo Luis

---

Studies in Law. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, p. 13-30, 2007, v. 50, p. 15).

[1214] MACNEIL, Ian Roderick. *Contracts, East Africa*: Instruments for social cooperation. South Hackensack, NJ: Fred B Rothman, 1968, p. 2.

[1215] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ensaios de teoria do direito, op. cit., p. 252-253.

[1216] Ibidem, p. 253.

[1217] Entre o início da década de 1970 e os anos 2000 (Macneil faleceu em 2010, com 80 anos), Ian Roderick Macneil publicou dezenas de artigos e livros acerca da "*relational theory*". Entre os seus principais estudos – aos quais tivemos acessos e que, em maior ou menor medida nos auxiliaram na compreensão da teoria (e em outros aspectos deste trabalho) – encontram-se os seguintes (em ordem cronológica, exceto pelo primeiro, que merece destaque): (a) *The New Social Contract*: An Inquiry Into Modern Contractual Relations. New Haven: Yale University, 1980 (já traduzido para o português: *O novo contrato social*. Tradução de Alvamar de Campos Andrade Lamparelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009); (b) Many futures of contracts. *Southern California Law Review*, v. 47, n. 3, p. 691-816, 1974; (c) Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978; (d) Values in contract: internal and external. *Northwestern University Law Review*, v. 78, n. 2, p. 340-418, 1983-1984; (e) Relational contract: What we do and do not know. *Wisconsin Law Review*, n. 3, 483-526, 1985; (f) Reflections on relational contract. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Heildelberg, Alemanha, Editora Mohr Siebeck, Bd. 141, H. 4, p. 541-546, dez. 1985, (g) Relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 877-908, 2000.

[1218] Ian Macneil define discrete transaction como "*A transaction is an event sensibly viewable separately from events preceding and following it, indeed from other events accompanying it temporally one engaging only small segments of the total personal beings of the participants*" (MACNEIL, Ian Roderick. Many futures of Contracts, op. cit., p. 693).

Lorenzetti, àqueles contratos que simbolizam a teoria clássica do direito obrigacional: isolados, descontínuos e sujeitos a relacionamento contratual superficial[1219].

Relational contracts (*contratos relacionais*) seriam contratos mais complexos, de duração prolongada[1220], com condições indeterminadas e, mais importante, sujeitos a relacionamento dinâmico e denso[1221], em que se espera alto grau de cooperação entre as partes, visando à satisfação conjunta do programa contratual[1222]. Como conclui Ruy Rosado, "o contrato relacional é aquele que melhor se ajusta à ideia da obrigação como um processo"[1223], pois denota claramente a fluidez do processo obrigacional, a necessidade de cooperação contínua, a observância dos deveres laterais e dos limites impostos pela boa-fé objetiva, tudo com o propósito último de se atingir o adimplemento.

Os conceitos de um e outro modelo contratual, sabe-se, não são rígidos, nem apresentam, *per se*, elementos que permitam ao intérprete fácil subsunção - fato que,

---

[1219] "*La teoría clásica contempla al contrato como algo aislado y discontinuo, con un objeto definido que hace 'presente' lo que las partes harán en el futuro (por ej., comprar y vender una cosa)*" (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, t. 1, p. 51).

[1220] Vera Helena de Mello Franco assim classifica os contratos em função de sua execução no tempo: "a) instantâneos: Nestes contratos as prestações perfazem-se num só instante e a doutrina aqui distingue entre contratos de execução instantânea imediata e diferida. Nos contratos de execução imediata a prestação e a contraprestação realizam-se a um só tempo. Já naqueles de execução diferida a contraprestação pode advir em momento posterior, circunstâncias em que medeia um prazo qualquer entre a prestação e a contraprestação. Neste caso, conforme o desequilíbrio econômico que possa a vir se instaurar, em virtude de acontecimentos imprevisíveis, é possível a aplicação da teoria da imprevisão ou ainda recurso à resolução por onerosidade excessiva.

b) de duração: estes são contratos cuja duração perdura no tempo (por prazo determinado ou indeterminado) e se subdividem, por sua vez, cm contratos de execução continuada e de execução periódica. Nos primeiros inserem-se aqueles cm que a prestação é única e interrupta, como ocorre na locação ou no comodato. Já naqueles de execução periódica, também chamados de trato sucessivo, a execução tem lugar mediante prestações que se repetem dentro de períodos previamente prefixados. De qualquer forma, em ambos, a execução se prolonga no tempo e quando por prazo indeterminado comportam a qualquer tempo a denúncia unilateral (com ou sem aviso prévio, conforme estipulado contratualmente). Esta faculdade decorre do fato de quem ninguém pode ficar eternamente preso a uma relação jurídica" (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato*: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175-176).

[1221] Ian Macneil deixa claro, no artigo *Many Futures of Contracts*, que a insuficiência do modelo contratual clássico (a que ele se refere como *discrete contract*) se dá pela "*prevalence of relation in the post-industrial socioeconomic world*". Tais relações, duradouras e intensas, submeteriam o contrato a novas realidades, consequentemente, a novas fontes de expectativas legítimas. "Upon cutting loose from 'promise' or 'promise-with-law' as the sole source of the future of contract (as one must in contractual relations), the inquirer is driven to seek the nature of non-promissory as well as promissory futures of contracts". Os diversos elementos não formais (não-promissórios) que circundam as relações contratuais contemporâneas são os aspectos primordiais do contrato relacional de Ian Macneil; os aspetos que garantem aos contratos relacionais um regime diferenciado, amplamente pautado na cooperação e em *standards* elevados de boa-fé objetiva (MACNEIL, Ian Roderick. Many futures of contracts, op. cit., p. 693-696).

[1222] "*Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable*" (LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos, op. cit., t. 1, p. 52).

[1223] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 98.

inclusive, tem rendido, ao longo dos anos, respeitosas críticas à teoria[1224]. Mas essa amplitude conceitual é não apenas intrínseca à teoria, como representa uma de suas mais importantes qualidades. Como já apontou o próprio Ian Macneil, a diferença entre um *contrato descontínuo* e um *contrato relacional* é, sobretudo, uma *diferença de intensidade*[1225]. É raro identificar um contrato absolutamente pontual, absolutamente isolado, sem qualquer grau de relacionamento. Mesmo no exemplo clássico apresentado por Macneil (o rapaz que abastece o carro no posto de gasolina), pode-se imaginar algum grau *relacional* (p.ex. o relacionamento entre o rapaz e o próprio posto – em que abastece cotidianamente, o relacionamento entre o rapaz e a bandeira do posto – na qual confia, o relacionamento entre o frentista e o rapaz – na expectativa de que um bom atendimento pode gerar negócios futuros, etc.)[1226]. O relacionamento é intrínseco – o próprio nome já diz - às *relações* contratuais. O que muda é a intensidade com que se estabelece o relacionamento em cada modelo contratual[1227]; a importância do relacionamento para o sucesso de cada modelo contratual.

No Brasil, a ideia de um *contrato relacional* parece ter chegado por intermédio de Antonio Junqueira de Azevedo, quando, em 1974 (em seu livro *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*), tratou dos chamados negócios jurídicos *per relationem*, reportando-se à doutrina italiana (Emilio Betti[1228] e Cariota-Ferrara) para suportar suas

---

[1224] Ver, por exemplo, Melvin A. Eisenberg, para quem, a despeito das contribuições da "identificação dos contratos relacionais", não haveria que se falar em "*relational contract law*", pois "*we do not have a body of meaningful and justified contract law rules, either in place or proposed, that apply to, and only to, relational contracts*". Dentre os diversos argumentos utilizados para refutar a "*relational theory*", enquanto efetiva teoria jurídica, Eisenberg sustenta que "*constructing a body of relational contract law requires more than rejecting the approaches and assumptions of classical contract law. It also requires the formulation of a new body of legal rules based on approaches and assumptions that are justified by morality, policy, and experience. This is a place to which relational contract theory has not gone and cannot go. To begin with, it is impossible to locate, in the relational contracts literature, a definition that adequately distinguishes relational and nonrelational contracts in a legally operational way that is, in a way that carves out a set of special and well-specified relational contracts for treatment under a body of special and well-specified rules*" (EISENBERG, Melvin E. Why there is no law of relational contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 805-822, 1999-2000, p. 813).

[1225] MACNEIL, Ian Roderick. Many futures of contracts, op. cit., p. 720-721. Em outro artigo, Macneil destaca que "*exchange of any importance is impossible outside a society. Even the purest discrete exchange necessarily postulates a social matrix providing at least the following: (1) a means of communication understandable to both parties; (2) a system of order so that the parties exchange instead of killing and stealing; (3) typically, in modem times, a system of money; and (4) in the case of exchanges promised, an effective mechanism to enforce promises*" (MACNEIL, Ian Roderick. Values in contract: internal and external, op. cit., p. 344).

[1226] O exemplo é apresentado em Many futures of contracts (op. cit., p. 720-712). No mesmo sentido SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação, op. cit., p. 42.

[1227] No mesmo sentido, Erik Frederico Gramstrup (GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos Relacionais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, p. 321-333, 2011, p. 323.

[1228] "*Configura un nesso di sequenzia la continuità fra due o più negozi, che, serbando ciascuno la propria fisionomia, si succedono l'un all'altro in ordine al medesimo scopo, siccome indefettibile premessa e*

ideias. Em 2003, reconhecendo que os contornos delineados na década de 1970 teriam sido bastante preliminares, ou mesmo *insuficientes*, Junqueira retoma o tema em um de seus famosos pareceres, reportando, uma vez mais, à doutrina europeia (agora à tese de doutoramento de María Dolores Díaz-Ambrona Bardají[1229], apresentada à Faculdade de Direito da Universidade *Complutense de Madrid*, em 1982).

Conforme explica Junqueira, o negócio *per relationem* seria aquele em que "uma parte do seu conteúdo ou já consta de outros atos ou negócios, havendo no negócio jurídico *per relationem* somente uma remissão que a integra ao seu conteúdo sem repeti-la, ou será ainda determinada por outros atos ou negócios a serem realizados"[1230]. María Dolores Díaz-Ambrona Bardají explica que, no primeiro caso, está-se diante de um negócio *per relationem* formal – pois há mera manifestação indireta das partes, mediante reenvio a negócio jurídico pré-constituído; no segundo, está-se diante de um negócio *per relationem* substancial – pois há efetiva construção de conteúdo negocial, mediante reenvio a uma fonte externa (seja um ato de terceiro, seja negócio jurídico a ser realizado)[1231].

María Dolores Díaz-Ambrona Bardají apresenta o negócio *per relationem*, portanto, como "*una categoría específica dentro de los negocios determinables*"[1232]. Assim, a despeito de a denominação atribuída ao instituto sugerir a ideia de *relacionamento*, o fato é que *relationem* diz respeito à *relatio*[1233] que, como explica Bardají, "*funciona como fuente de determinación externa del contenido del querer*"[1234]. Desse modo, negócio *per relationem* poderia ser traduzido como "negócio por

---

coerente conseguenza. Na sequenza organizzata offre un esempio di fattispecie con formazione successiva, che in senso ampio si qualifica procedimento, e consiste in più atti giuridici successivi diretti alla medesima finalità, dei quali ognuno presuppone il precedente, e preannuncia il susseguente, in ordine progressivo. (...) È questa la figura che, insieme con altre esteriormente affini, va sotto il nome ambiguo e poco appariscente di negozio per relationem" (BETTI, Emilio. Negozio giuridico. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, v. 11, 1968, p. 213).

[1229] BARDAJÍ, María Dolores Díaz-Ambrona. *El negocio jurídico "per relationem"*. 1982. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Complutense de Madrid, 1982. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/54077/>. Data de acesso: 23 dez. 2019.

[1230] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico*:* existência, validade, eficácia*,* op. cit., p. 137; e Idem. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 299.

[1231] BARDAJÍ, María Dolores Díaz-Ambrona. El negocio jurídico "*per relationem*", op. cit., p. 11-12.

[1232] Ibidem, p. 3.

[1233] Explica Guido Alpa: "*El contrato por relación (per relationem) se produce cuando las partes que celebraron un determinado contrato apelan a los precedentes, ya estipulados, y a esos reenvían para completar aquellos que están concluyendo. La relatio se resuelve en una hetero-integración, es decir, en una integración externa del contrato obtenida mediante referencias a contratos precedentemente celebrados entre las mismas partes. La integración sucede, en el mismo momento de la conclusión del contrato, no sucesivamente; adicionalmente las partes deben hacer declaración expresa de su intención de valerse de la relatio*" (ALPA, Guido. El contrato en general, op. cit., p. 221).

[1234] BARDAJÍ, María Dolores Díaz-Ambrona. El negocio jurídico "*per relationem*", op. cit., p. 12.

determinação externa do conteúdo", algo próximo aos contratos incompletos[1235], aos contratos preliminares[1236], ou aos contratos-quadro[1237], mas conceitualmente distinto dos contratos relacionais de Ian Macneil[1238].

Não há dúvida de que a releitura mais densa dos trabalhos de Ian Macneil, no Brasil, foi realizada por Ronaldo Porto Macedo Júnior, em tese de doutoramento apresentada à Universidade de São Paulo, em 1997. Fruto de estudos realizados na Universidade de Harvard, a tese – publicada, em 1998, com o título "*Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*"[1239], tornou-se referência entre os juristas brasileiros. A partir dos trabalhos de Ian Macneil, Ronaldo Porto Macedo Júnior faz uma detalhada análise crítica do modelo contratual clássico, apontando para sua insuficiência diante das complexas e abrangentes relações sociais modernas.

Ronaldo Porto Macedo Júnior[1240,1241,1242] apresenta uma longa lista de características distintivas entre os contratos relacionais e os contratos descontínuos, das quais, notadamente para o propósito deste trabalho, se destacam as seguintes:

[1235] Acerca dos contratos incompletos, ver CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. *Revista da AMDE*, v. 1, p. 1-11, jan. 2009.

[1236] Artigos 462 e seguintes do Código Civil.

[1237] Acerca dos contratos-quadro, ver GATSI, Jean. *Le contrat-cadre*. Paris: LGDJ, 1996.

[1238] Embora os pressupostos do negócio *per relationem*, indicados por Bardají, sugiram proximidade entre os institutos: "El negocio jurídico 'per relationem' presupone: 1°.- Un negocio jurídico ya formado. 2°.- Que el contenido o alguno de sus elementos esenciales sean meramente determinables. 3°.- Que la determinación se realice mediante la remisión a elementos extraños al negocio" (BARDAJÍ, María Dolores Díaz-Ambrona. El negocio jurídico "*per relationem*", op. cit., p. 19). É de se notar, contudo, que o trabalho de Bardají não aponta a boa-fé ou a qualquer elemento de socialidade entre os fundamentos do negócio *per relationem*, o que, por si só, denota os caminhos diferentes percorridos pela teoria do contrato relacional.

[1239] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[1240] Ibidem, p. 126-196.

[1241] Em um de seus últimos artigos, o próprio Ian Macneil procura itemizar as dez "normas e padrões de comportamento contratual" capazes de sintetizar sua teoria relacional: "*The ten common contract behavioral patterns and norms are (1) role integrity (requiring consistency, involving internal conflict, and being inherently complex); (2) reciprocity (the principle of getting something back for something given); (3) implementation of planning; (4) effectuation of consent; (5) flexibility; (6) contractual solidarity; (7) the restitution, reliance, and expectation interests (the "linking norms"); (8) creation and restraint of power (the 'power norm'); (9) propriety of means, and (10) harmonization with the social matrix, that is, with supracontract norms. The behavioral and normative categories were not, and are not, intended to be either watertight or overly sophisticated. Nor are they intended to be exhaustive*" (MACNEIL, Ian Roderick. Relational contract theory: challenges and queries, op. cit., p. 879-880)

[1242] Paula Forgioni sintetiza bem os elementos, a seu ver, mais importantes da teoria: "(i) os contratos relacionais tendem a se estender no tempo; (ii) em virtude de sua longa duração, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em si, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas; (iii) há uma certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma (e do negócio globalmente considerado) reverterá em benefício da outra (i.e., de todas elas)" (FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato*

(a) nos *contratos descontínuos* prevalecem os elementos promissórios; enquanto nos *contratos relacionais* destacam-se os elementos não promissórios[1243];

(b) *contratos descontínuos* não pressupõem relações primárias; ao contrário dos *contratos relacionais*, em que as relações primárias possuem relevância elevada[1244];

(c) nos *contratos descontínuos*, as transações tendem a ser precisamente estipuláveis e facilmente mensuráveis e monetizáveis; nos *contratos relacionais* as transações possuem conteúdo amplo e com algum grau de indeterminação[1245], além de serem, via de regra, de difícil mensuração e monetização[1246];

(d) os *contratos descontínuos* tendem a iniciar-se e a concluir-se abruptamente, em um curto espaço de tempo; ao contrário dos *contratos relacionais*, que pressupõem negociações prévias à celebração, longa duração e término gradual, em geral posterior a novas negociações[1247];

---

de Distribuição. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71).

[1243] Explica Ronaldo Porto Macedo Júnior que um dos projetores de troca é a promessa, *i.e.* o compromisso expresso e específico acerca de uma determinada prestação. "A promessa, contudo, não é o único projetor futuro. Comandos, *status*, papel social, parentesco, padrões burocráticos, obrigações religiosas, hábitos e outras internalizações podem produzir projeções. Além destes, 'expectativas futuras de trocas e outras motivações futuras derivadas de dependências a trocas que se realizam atualmente, concebidas de maneira totalmente livre de outra coerção ou comando, fazem com que as trocas ocorram dentro de certos padrões, padrões pelo menos previsíveis' Nesse sentido, a existência de relações contratuais em andamento, sejam elas hierárquicas ou não, cria expectativas de que trocas futuras ocorram, e ao menos em parte, em termos previsíveis" (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, op. cit., p. 126).

[1244] Como explica Macedo Júnior, relações primárias são relações personalíssimas (pois envolvem confiança no "caráter e na bagagem ('background')" do outro indivíduo; subjetivas (pois permite que "sentimentos entrem na relação"); que envolvem "comunicação profunda e extensiva" (que supera, inclusive, os tópicos estritos da negociação); e em que "a satisfação do indivíduo é preponderante". "Nas relações primárias o indivíduo é aceito por si mesmo e não apenas como meio para uma finalidade prática" (Ibidem, p. 128).

[1245] "Nos contratos relacionais há ua certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro. Afinal, não se sabe exatamente o que as partes obterão durante e ao término da relação contratual" (Ibidem, p. 131). Em sentido semelhante, é a lição de Ruy Rosado: "Essa realidade impõe um novo paradigma jurídico, afeiçoado a contratos que necessariamente devem deixar indeterminadas muitas das suas cláusulas, a serem definidas no curso da execução, com grande espaço para a atuação dos princípios da boa-fé, eqüidade e fim social do contrato" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 98).

[1246] "Um contrato descontínuo puro deve ser facilmente monetizado, isto é, a medida de reciprocidade entre os objetos transacionados deve ser redutível ao equivalente universal dinheiro. Algo diferente, contudo, ocorre nos contratos relacionais que podem envolver a troca de valores não monetizáveis ou, ao menos, não tão facilmente conversíveis em dinheiro" (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, op. cit., p. 130).

[1247] Os contratos descontínuos são fechados rapidamente e, muitas vezes, chegam mesmo a dispensar que transação se dê fisicamente, tamanha a simplicidade de seus termos e das condições para sua celebração. Nos contratos relacionais, a formação do consenso e a execução do contrato tende a ser longa, sujeita a negociações e tratativas intensas. "Também o término dos contratos relacionais tende a ser gradual, muito embora talvez numa evidência menor do que ocorre com o seu início. É o que ocorre com o término de

(e) *contratos descontínuos* não pressupõe planejamento futuro, dando maior importância à substância das transações; contratos relacionais pressupõem planejamento futuro, visando à sua execução e à coleta de resultados[1248]; e

(f) nos *contratos descontínuos*, não há compartilhamento de ônus e resultados; ao contrário do que ocorre nos *contratos relacionais*, em que as partes cooperam para atingir fins comuns, compartilhando riscos e vantagens oriundos da relação[1249].

Não há, como já se disse, rol exaustivo de *contratos descontínuos* ou *contratos relacionais*. Contudo, como ressalta Antonio Junqueira de Azevedo[1250], os *contratos relacionais* adequam-se mais claramente aos modelos de negócio empresarial[1251] que visam à longa colaboração entre as partes, exigindo cooperação intensa para o atingimento do fim do contrato. Partindo dessa ideia, Junqueira cita como exemplos do tipo relacional os contratos de sociedade, parcerias, distribuição[1252], franquia. Ruy Rosado[1253] acrescenta,

---

uma 'joint venture', que invariavelmente é precedido de longa negociação de modo a evitar traumas econômicos e desvalorização das empresas no mercado" (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor, op. cit., p. 132).

[1248] "Os contratos descontínuos, em geral, dão major atenção à substância das transações como, por exemplo, o objeto da venda, preço, prazo de pagamento. Já em contratos relacionais, o planejamento considera outros aspectos como a performance no futuro e a condução de planejamentos futuros" (Ibidem).

[1249] Fonte da teoria clássica dos interesses contrapostos, "a função do contrato descontínuo é a troca ou transferência de inteira responsabilidade de benefícios e de ônus particulares de uma parte para a outra". Como explica Macedo Júnior, contudo, "de modo geral, o oposto ocorre nos contratos relacionais, onde os benefício e ônus são compartilhados". O autor oferece como exemplo as sociedades de advogados, em que há comunhão de esforços, intensa colaboração e compartilhamento de lucros e resultados. (Ibidem, p. 138).

[1250] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado, op. cit., p. 355.

[1251] É bem verdade, contudo, que o modelo relacional não se restringe aos contratos empresariais. O próprio Ian Macneil oferece o contrato de casamento, como exemplo de contrato relacional (MACNEIL, Ian Roderick. Many futures of contracts, op. cit., p. 720-721). Macneil reconhece, contudo, o destaque da teoria no âmbito empresarial: "*Interfirm contractual relations follow the kinds of patterns discussed here - e.g., in a long-term consortium - but more typical relations of this nature would include such structures as the internal workings of corporations, including relations among management, employees, and stockholders. Corporate relations with long and short-term creditors, law firms, accounting firms, and managerial and financial consultants may also acquire many of the characteristics discussed and increasingly seem to do so. Collective bargaining, franchising, condominiums, universities, trade unions themselves, large shopping centers, and retirement villages with common facilities of many kinds are other examples now existent. If present trends continue, undoubtedly we shall see new examples, now perhaps entirely unforeseen*" (MACNEIL, Ian Roderick. Contracts: adjustment of long-term economic relations…, op. cit., p. 887).

[1252] Particularmente acerca dos contratos de distribuição, trata longamente Paula Andrea Forgioni: "Os contratos de distribuição podem também ser entendidos como um tipo de contrato relacional, tão em voga entre juristas americanos e que vem sendo estudado por alguns dos nossos consumeristas, como Ronaldo Porto Macedo Jr. É preciso advertir, contudo, que ao encararmos o contrato de distribuição como negócio relacionais não estamos transcurando uma abordagem embasada na economia dos custos de transação nem tampouco na racionalidade econômica (e jurídica). Aliás, esse pretenso antagonismo entre as duas teorias já foi condenado por Ian Macneil, conhecido jurista a tratar do assunto. Ao contrário, acreditamos

ainda, os contratos de prestação de serviços, de fornecimento de bens, de construção de obras de engenharia. Floriano de Azevedo Marques Neto, no âmbito do direito administrativo, aponta também como relacionais os contratos de concessão de serviços públicos[1254]. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que contratos de seguro (particularmente os seguros de vida) seriam relacionais[1255].

Fato é que a, tais contratos, não há dúvida de que o princípio da boa-fé objetiva (e também o princípio da função social do contrato, expresso no princípio da conservação dos negócios jurídicos) impõem-se mais vigorosamente[1256] - notadamente em relação aos *contratos de lucro que sejam considerados descontínuos* (haja vista que, como discutido na seção anterior, aos contratos existenciais, sejam ou não relacionais, a boa-fé objetiva se impõe, talvez com ainda maior força, por fundamentos distintos). Isso se dá, a nosso ver, por quatro características principais, ínsitas a tais contratos.

Em primeiro lugar, porque os contratos relacionais pressupõem *alto grau de indeterminação* e, bem por isso, sujeitam-se a *determinação futura*. Isso quer dizer que, no momento da celebração do contrato, as partes não dispõem de informação completa quanto aos termos do negócio. Bem por isso, contratos relacionais preveem o que Ricardo Lorenzetti chama de "*procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se*

---

que o entendimento do contrato de distribuição como contrato relacionai é útil porque destaca alguns de seus elementos principais, que devem orientar sua interpretação (*em especial, a possível dependência econômica e o império da boa-fé*). Mas isso não implica renúncia a outras ferramentas que possam nos ajudar na melhor compreensão da avença" (FORGIONI, Paula Andrea. Contrato de Distribuição, op. cit., p. 70-78).

[1253] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 97-98.

[1254] "Todas essas características, nota-se, estão presentes nos contratos de concessão. E a teoria dos contratos relacionais nos é útil por permitir demarcar esse caráter contratual específico, o que, conforme aqui defendo, é próprio das concessões-delegação. São elas contratos, mas não na acepção dos contratos administrativos típicos (bilaterais comutativos e sinalagmáticos), que poderíamos, trazendo para a teoria, denominar contratos descontínuos de direito público (ou ainda 'contratos spot')" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 150-151).

[1255] "Agravo Regimental no Recurso Especial. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Seguro de vida. Contrato relacional. Impossibilidade de majoração abrupta dos valores contratados. Manutenção do contrato nos moldes anteriores. Precedentes. (...) 2. Impossibilidade de resilição unilateral ou majoração abrupta dos valores relativos ao seguro de vida contratado, tratando-se de contrato relacional, sob pena de ofensa dos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade. Precedente .3. Agravo Regimental Desprovido" (STJ, AgRg no REsp nº 1166584/RJ, Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 8/5/2012, publicado em 14/5/2012). No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1073595/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 23/3/2011, publicado em 29/4/2011.

[1256] Já dizia Clóvis do Couto e Silva, não propriamente sobre os contratos relacionais (à época pouco desconhecidos), mas sobre os contratos de longa duração: "Entre as obrigações duradouras em sentido próprio admite-se, em geral, possam ser incluídas as que nascem da locação, arrendamento, comodato, depósito, contrato de trabalho, e de sociedade. Uma das características desse tipo de vínculo é maior consideração à pessoa, partícipe do vínculo, com maior intensidade de deveres, resultantes da concreção de princípio da boa-fé" (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 165).

irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento"[1257]. Tratam-se de cláusulas gerais, abertas, sujeitas a determinação futura. As partes aceitam o risco de celebrar um contrato de conteúdo tão impreciso porque se fiam não apenas nos *elementos promissórios* (expressos e concretos), mas sobretudo nos *elementos não-promissórios*, nas *relações primárias*, que dão substância ao negócio e estabelecem entre as partes um forte e essencial vínculo de *confiança*. São esses elementos, estranhos à relação contratual formal, que permitem a celebração do contrato e, portanto, devem ser preservados durante a sua vigência.

Em segundo lugar, porque é nos contratos relacionais que se expressa mais fortemente a ideia de *interesse do sinalagma*, na medida em que credor e devedor, com o propósito comum de manterem uma relação contratual exitosa, estabelecem efetiva parceria, amplamente calcada na cooperação[1258]. Como a cooperação é pressuposto da existência dos contratos relacionais, é inegável que se fazem mais presentes os deveres laterais da boa-fé objetiva (dever de transparência, de proteção, etc.), como também é evidente que se faz mais presente a função limitadora da boa-fé objetiva, *particularmente para o fim de evitar a resolução do vínculo contratual*. Se o contrato relacional *nasce* fruto de uma parceria com propósito comum, *natural* que seu término seja também prioritariamente fruto de interesse comum. Por isso, antes de recorrerem à *resolução*, espera-se das partes em um contrato relacional que busquem alternativas menos gravosas, capazes de recuperar o sucesso da relação. Conforme sustenta Ruy Rosado, "pela dinâmica e mutação do negócio, a renegociação passa a ser a via recomendada (e indispensável) para a reacomodação dos interesses e das respectivas disposições contratuais"[1259]. A depender da matéria em discussão, caberá ao Judiciário até mesmo a revisão contratual[1260].

[1257] LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos, op. cit., t. 1, p. 52.

[1258] Nesse sentido, vale transcrição trecho do artigo de Wilhemsson, publicado no Brasil, em que comenta as particularidades dos modelos contratuais modernos, amplamente pautados na cooperação, comentário absolutamente pertinente como o modelo *relacional* ora discutido: "A abordagem tradicional do direito contratual é antagonista, e vê o contrato como uma combinação das vontades de duas partes para proteger apenas os interesses específicos de cada uma delas. Os modelos modernos, por outro lado, enfatizam de modo crescente o contrato como uma expressão de co-operação entre duas partes, que sempre dura um tempo considerável e envolve não apenas seus exclusivos interesses, mas também os de terceiros. O contrato é visto e avaliado mais como forma e ferramenta de cooperação, com o objetivo de atingir resultados de acordo com os propósitos do contrato. Esta é a maneira que as partes nos modernos contratos de longo prazo vêem a situação. Ao nível das regras concretas este pensamento irá enfatizar, por exemplo, o dever de informar e a lealdade recíproca das partes quando o contrato é feito e durante a sua execução" (WILHELMSSON, Thomas. Regulação de cláusulas contratuais, op. cit., p. 9).

[1259] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 98.

[1260] "Nos contratos relacionais, a primeira alternativa diante da superveniência é a da renegociação; frustrada, cabe a revisão das cláusulas pelo juiz ou pelo árbitro. No nosso sistema (fundado no Código Civil de 2002 e na Constituição de 1988), não há dúvida sobre a possibilidade dessa revisão, pois lisamente se reconhece a legitimidade da intervenção judicial para a aplicação dos princípios e utilização das cláusulas

Em terceiro lugar, porque, em muitos casos, a ruptura de um contrato relacional pode gerar ônus exacerbado à parte surpreendida com o pleito resolutório. Como explica o Professor de Direito Privado da Universidades de Paris II - Panthéon-Assas e da Universidade de Rennes I, Thomas Genicon[1261], a situação é mais grave quando a relação de parceria pressupõe as partes realizem investimentos para viabilizar a execução do contrato. "*Les exemples sont variés mais correspondent généralement aux hypothèses dans lesquelles les parties prennent l'initiative d'une opération très complexe (comme la fabrication d'un bien unique) ou concluent un contrat de longue durée dont l'objet est d'instaurer une relation commerciale appelée à se maintenir*"[1262]. Nesse caso, explica Genicon, "*la résolution risque donc d'avoir un effet particulièrement néfaste, car le coût économique de la disparition du contrat par l'inexécution est très important, et peut être hors de proportion avec le dommage causée au créancier par l'inexécution*"[1263]. Por esse motivo, como o dano causado ao devedor será excessivamente superior ao benefício auferido pelo credor, Genicon defende que, mesmo tratando-se, objetivamente, de hipótese de resolução contratual, "*le juge peut préférer finalement sacrifier les intérêts du créancier, s'il apparait surtout que le bénéfice que ce dernier retirera de la résolution est sans commune mesure avec le préjudice qu'elle causerait ao débiteur*"[1264].

De fato, como a utilidade da prestação pressupõe - na linha do que sustentamos no parágrafo anterior – a análise do *interesse do sinalagma* (e não, propriamente o interesse das partes, individualmente consideradas) parece razoável que, sempre que a ruptura importe prejuízo exacerbado a uma das partes, *o juiz pondere, diante do caso concreto, as alternativas disponíveis para a manutenção do contrato*. Havendo a possibilidade de acomodação sem a necessidade de adoção da medida extrema da resolução contratual (o que deve, necessariamente, compreender a compensação do credor pelos prejuízos que tenha sofrido, sob pena de configurar enriquecimento sem causa do devedor), essa parece ser a solução adequada – particularmente nos contratos *relacionais*, que pressupõe alto grau de colaboração entre as partes.

Por sinal, para alguns contratos relacionais regidos por legislação específica - como é o caso dos contratos de agência/representação comercial e de distribuição (disciplinados, respectivamente, pelas Leis nºs 4.886/1965 e 6.729/1979, além dos artigos

---

gerais a fim de assegurar a realização da justiça contratual, da função social do contrato e da boa-fé" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro, op. cit., p. 99).

[1261] GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007, p. 320.

[1262] Ibidem.

[1263] Ibidem.

[1264] Ibidem.

710 a 721 do Código Civil) -, a lei reconhece que a viabilidade do contrato impõe a possibilidade de amortização de investimentos, seja prevendo prazo mínimo de vigência, seja estipulando sanções/indenizações para a resilição unilateral. As penalidades legais, evidentemente, não se aplicam às hipóteses de resolução por justa causa. Para essas hipóteses, aplica-se a teoria ora examinada, impedindo a resolução caso o inadimplemento não seja considerado substancial.

Nesse sentido, vale menção ao interesse acordão prolatado pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, sob a relatoria do Desembargador Marcelo Câmara Rasslan[1265]. No caso, o apelante pleiteava a resolução do contrato de representação comercial mantido, por quatro anos, com a empresa Laticínios Tirol Ltda., cumulada com o pagamento de indenização equivalente a 1/12 do total da remuneração auferida durante o período de vigência do contrato (artigo 27, alínea *j*, da Lei nº 4.886/1965), ao argumento de que a representada teria deixado de pagar pontualmente a comissão devida. Rejeitando a apelação, o Tribunal (remetendo-se à sentença apelada) assim decidiu:

> A requerente sustenta que o motivo da rescisão foi a impontualidade da requerida, pois a requerida efetuou o pagamento da nota fiscal nº 0358 com atraso, conforme comprovante de pagamento de f. 191, o que, segundo alega, causou-lhe diversos problemas. Contudo, o simples atraso no pagamento de uma das parcelas quinzenais, de um contrato de representação que perdurou por quase quatro anos, não configura motivo plausível para a imposição da multa prevista na legislação de regência. (...)
> Realmente, sequer haveria motivo para rescisão contratual, conforme orienta a teoria do adimplemento substancial, já que a questão facilmente se resolveria na imposição de verbas moratórias decorrentes da impontualidade no pagamento da prestação.

A decisão (preferida em primeira instância e integralmente mantida em segunda) é, de fato, exemplar, pois impede o exercício abusivo de um direito potestativo previsto em Lei, com fundamento na boa-fé objetiva e no princípio da preservação dos negócios jurídicos, limitando a imposição de ônus exacerbado ao devedor, que cumpriu pontualmente o contrato por quatro anos, atrasando o pagamento de algumas parcelas pontuais. Conforme constou da ementa: "aplica-se a teoria do adimplemento substancial, por meio da qual, se o cumprimento da obrigação foi muito próximo ao resultado final, a

[1265] TJMS, Apelação Cível nº 0824253-16.2017.8.12.0001, Relator Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, Primeira Câmara Cível, julgado em 4/2/2019, publicado em 6/2/2019.

parte credora não terá direito de pedir a resolução do contrato, notadamente porque isso violaria a boa-fé objetiva, já que seria desproporcional"[1266].

Por fim, porque nos contratos relacionais as partes, expressa ou implicitamente, admitem uma maior interferência externa sobre a relação contratual. Tratando-se de termos indeterminados, é natural que as partes de antemão admitam a intervenção de juízes, árbitros ou mediadores para a determinação do conteúdo contratual[1267]. Nesse caso, a determinação do conteúdo deve se dar com fundamento nas disposições expressas e implícitas ao contrato, nos elementos pré-contratuais (que colaboraram para que as partes celebrassem a avença), na boa-fé objetiva e nos usos e costumes (ou, como queira, nos usos do tráfego).

Note-se que, diferentemente do que acontece com os contratos existências, a boa-fé objetiva não opera nos contratos relacionais para proteger uma parte vulnerável em detrimento de outra mais forte. Nos contratos relacionais, a boa-fé objetiva atua para *proteger o próprio vínculo contratual* e, nessa medida, *o interesse das próprias partes* (externados quando da celebração da avença). No momento em que optaram por um contrato relacional, as partes – expressa ou tacitamente – concordaram em aderir a um modelo contratual incompleto, de execução diferida no tempo, sujeito a intempéries e altamente dependente da confiança e da colaboração entre as partes[1268]. Nesse caso, da mesma forma como opera na formação e na execução do contrato, visando ao seu sucesso, a boa-fé objetiva volta a operar por ocasião de uma crise contratual: nesse momento visando à preservação do *interesse do sinalagma* e, consequentemente, ao atendimento do fim do contrato.

A nosso ver, esse deve ser o objetivo do magistrado que se depara com uma hipótese de inadimplemento em contrato relacional: havendo resistência de qualquer das partes à resolução contratual, o magistrado deve (a) verificar a possibilidade de renegociação (utilizando-se dos instrumentos que lhe são disponibilizados pelo Código de Processo Civil[1269]); (b) avaliar a possibilidade de satisfação do interesse do credor por

---

[1266] TJMS, Apelação Cível nº 0824253-16.2017.8.12.0001, Relator Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, Primeira Câmara Cível, julgado em 4/2/2019, publicado em 6/2/2019.

[1267] "*This dictates a planning strategy that favors open terms, reserves discretion in performance to one or both parties, and incorporates dispute resolution procedures, such as mediation or arbitration, into the contract"* (SPEIDEL, Richard E. The characteristics and challenges of relational contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 823-846, 2000, p. 823-824).

[1268] LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos, op. cit., t. 1, p. 52.

[1269] Conforme prevê o artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil, "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

meios alternativos à resolução do contrato; e (c) analisar se a revisão do contrato pode ser adequada à solução do conflito[1270].

4.2.2. Aferição da gravidade do inadimplemento

A gravidade do inadimplemento, como já dissemos, é pressuposto da faceta mais limitada da teoria examinada por este trabalho, comumente designada *teoria do adimplemento substancial* (embora, no âmbito deste trabalho, talvez fosse mais bem designada por *teoria do adimplemento substancial estrito senso*). Como temos repisado, o inadimplemento parcial ou imperfeito, de pequena ou elevada gravidade, não tem o condão de permitir a resolução contratual se não implicar inutilidade da prestação (ou, em outros termos, a perda do interesse objetivo do credor). Persistindo a utilidade da obrigação, o devedor estará em mora.

Não se está a negar, vale frisar, que a gravidade do inadimplemento poderá, em alguns casos, servir de referência para a aferição da *efetiva* utilidade da prestação, de modo que os parâmetros discutidos nesta seção também poderão servir de referência ao julgador para a avaliação do *interesse objetivo do credor*. Eles poderão ser valiosos, por exemplo, quando, a despeito da *aparente* utilidade da prestação, há indícios claros de que a manutenção do contrato será absolutamente ineficaz, pois o devedor mostra-se insolvente. Nesse caso, mesmo que haja *utilidade aparente*, não há *utilidade concreta*: ao credor, só a imediata resolução do contrato pode interessar, não havendo que submetê-lo, inicialmente, a um ora contraproducente regime da mora (permitindo-se a resolução imediata, haverá hipóteses em que o credor poderá retomar a posse do bem móvel ou imóvel objeto do contrato, viabilizando o retorno das partes ao *status quo ante*). O que se está a dizer é, apenas, que a gravidade do inadimplemento não é *pressuposto* para a incidência da teoria do *inadimplemento substancial*, uma vez que, mesmo diante de inadimplementos

[1270] Vale, contudo, nesse ponto, o alerta de Paula Forgioni: "Todos temos obrigação de contratar segundo os ditames da boa-fé; eis um princípio geral de nosso direito positivo repisado por qualquer comercialista ou mesmo autor brasileiro que trate de direito privado. Mas, no Brasil, o juiz não pode negociar pela parte e a parte não pode ser obrigada a contratar, salvo em raras hipóteses em que há previsão em lei. Ao menos, no que diz respeito ao relacionamento entre agentes econômicos comerciantes, entendemos mais adequado que a estratégia empresarial, a valoração de riscos que devam ser suportados, seja feita pelo sujeito, e não pelo Poder Judiciário. Assume-se o risco, inclusive, de andar contra o ordenamento jurídico e justamente por isso existem as sanções jurídicas" (FORGIONI, Paula Andrea. Contrato de Distribuição, op. cit., p. 77). Em que pese nossa concordância com a cautela da autora, parece-nos possível, dentro do sistema legal brasileiro (material e processual) que o juiz estimule a negociação, a conciliação e a mediação, bem como, em determinadas hipóteses (como indicam os artigos 421-A, II e 480 do Código Civil).

considerados graves, é possível que permaneça a utilidade (aparente e concreta) da prestação. Nesses casos, incidirá o regime da mora, sendo a gravidade do inadimplemento, aí sim, pressuposto para a incidência da teoria do adimplemento substancial (estrito senso).

Como já tivemos a oportunidade de discutir na seção 3.4.2.3.2.2., contudo, embora menos gravosos que os efeitos da resolução contratual, os efeitos da mora podem ser bastante rígidos. Os artigos 394, 395 e 399 do Código Civil atribuem ao devedor em mora a responsabilidade integral pela prestação, não se eximindo sequer em razão de caso fortuito ou força maior. Além disso, em situações específicas – como é o caso do contrato de seguros (artigo 763 do Código Civil), da alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei nº 911/1969), do arrendamento mercantil (Lei nº 6.099/1974), da compra e venda parcelada de imóveis loteados (Lei nº 6.766/1979), etc. – os meios especiais disponibilizados ao credor para satisfação do crédito, ainda que tecnicamente não impliquem (em alguns casos) resolução contratual, terminam por apresentar efeito igualmente gravoso.

É diante dessas situações que, visando à preservação da boa-fé objetiva e da função social do contrato, e também por um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, o magistrado deverá considerar a gravidade do inadimplemento para ponderar (a) a proporção de incidência dos efeitos da mora; e (b) a adequação dos meios utilizados pelo credor para satisfação do seu crédito. Num e noutro caso, a adoção de medidas desproporcionais representaria abuso de direito, uma vez que incompatíveis com os princípios ora mencionados e com a própria finalidade das ferramentas oferecidas pela legislação.

Boa parte desses pontos já foi abordada em seções anteriores. Por ora, o que cabe discutir são os critérios a serem utilizados pelo magistrado para identificar a gravidade do inadimplemento. Os elementos que deverão ser ponderados, no caso concreto, para determinar se o inadimplemento justifica a mitigação dos efeitos da mora e das tutelas para satisfação do crédito. E a esse respeito já se adianta: trata-se de campo altamente sujeito à discricionariedade do juiz. De toda forma, tomando emprestadas as palavras de Teresa Negreiros, "é fundamental que assim seja"[1271].

Ao tratar do *paradigma da essencialidade*, Teresa Negreiros reconhece que, tratando-se de conceito com relativo grau de amplitude, sua *articulação* e *desenvolvimento* implicariam "um considerável nível de discricionariedade por parte do juiz"[1272]. Negreiros

[1271] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 470.
[1272] Ibidem.

defende, contudo, que "tal fato não o desautoriza", mas apenas sinaliza que o referido paradigma seria reflexo do direito civil contemporâneo, que "se mostra cada vez mais sensível à especificidades dos casos reais" – e, completa: "do contrário, fosse o caso de o sistema jurídico rejeitar fundamentos decisórios baseados em condições específicas das partes litigantes, e o paradigma da essencialidade se tornaria *ab initio* inviável"[1273].

A avaliação de Negreiros aplica-se, *ipsis litteris*, à *teoria do adimplemento substancial*: tratando-se da concretização de conceitos amplos e com elevado grau de indeterminação (boa-fé objetiva, função social do contrato), natural que sua aplicação pressuponha intensa atividade interpretativa por parte do juiz. Como diz Larenz, "a ordem jurídica não existe de forma inteiramente independente do processo do compreender, mas somente no modo como, com base neste processo, se mostra em cada caso na compreensão daqueles que são chamados à sua aplicação e desenvolvimento"[1274]. Por isso, completa Larenz, no "ato de julgar, a compreensão da resolução dotada de força jurídica desemboca num ato de configuração do Direito"[1275].

Um *processo de concretização do Direito* não deve, no entanto, ser confundido com um *processo de aplicação arbitrária do Direito*. Por isso, como explica Karl Engisch, "qualquer que seja a função que possam desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz, perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-só poderá sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida"[1276]. Por isso, fundamental aos processos decisórios que envolvem relevante grau de discricionariedade é a observância do *dever de motivação*. Como aponta Engisch, "a tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei"[1277]. E assim deve ser: o juiz deve identificar as normas e princípios que regem a matéria *sub judice* e ponderá-los diante dos elementos do caso concreto, mediante a aplicação das *técnicas de ponderação* e dos *parâmetros* oferecidos pela doutrina e pela jurisprudência. É esse processo, rigoroso do ponto de vista metodológico, que garante a legitimidade de suas decisões e a segurança do sistema.

No que diz respeito aos parâmetros para aferição da gravidade do inadimplemento, a doutrina e a jurisprudência costumam apontar um critério quantitativo, e alguns critérios qualitativos. Com relação ao critério quantitativo, fala-se no *percentual*

[1273] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 470.
[1274] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, op. cit., p. 574.
[1275] Ibidem.
[1276] ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, op. cit., p. 85.
[1277] Ibidem.

do adimplemento. Com relação aos critérios qualitativos, fala-se basicamente no *grau de satisfação do interesse do credor*, nas *alternativas para tutela do crédito remanescente* e no *comportamento das partes*.

4.2.2.1.Critério quantitativo: percentual do adimplemento

O critério quantitativo tem sido, ao longo dos anos, o mais utilizado pela jurisprudência para a determinação do adimplemento substancial. Não há consenso, contudo, com relação ao percentual de adimplemento necessário para incidência da teoria. Anderson Schreiber resume bem o quadro jurisprudencial brasileiro:

> À falta de suporte teórico, as cortes brasileiras têm invocado o adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa. A jurisprudência tem reconhecido a configuração de adimplemento substancial quando se verifica o cumprimento do contrato "com a falta apenas da última prestação" ou o recebimento pelo credor de "16 das 18 parcelas do financiamento", ou a "hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito". Em outros casos, a análise judicial tem descido mesmo a uma impressionante aferição percentual, declarando substancial o adimplemento nos casos "em que a parcela contratual inadimplida representa apenas 8,33% do valor total das prestações devidas", ou de pagamento "que representa 62,43% do preço contratado".
>
> Por outro lado, com base no mesmo critério percentual – e às vezes no mesmo percentual em si – as cortes brasileiras têm negado a aplicação da teoria com o argumento de que "o adimplemento de apenas 55% do total das prestações assumidas pelo promitente comprador não autoriza o reconhecimento da execução substancial do contrato", ou de que "o pagamento de cerca de 43% contraindica a hipótese de adimplemento substancial", ou ainda de que "a teoria do adimplemento substancial do contrato tem vez quando, como o próprio nome alude, a execução do contrato abrange quase a totalidade das parcelas ajustadas, o que, por certo, não é o caso do pagamento de apenas 70%"[1278].

As decisões apontadas por Schreiber são oriundas do Superior Tribunal de Justiça[1279], e dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais[1280], Rio Grande do Sul[1281] e Distrito

[1278] SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 371-372.

[1279] STJ, REsp nº 272.739/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/3/2001, publicado em 2/4/2001.

[1280] TJMG, Apelação Cível nº 1.0521.05.043572-1/001, Relator Desembargador Francisco Kupidlowski, Décima Terceira Câmara Cível, julgado em 9/2/2006, publicado em 21/4/2006.

[1281] TARS, Apelação Cível nº 194.194.866, Relator Desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Sétima Câmara Cível, julgado em 30/11/1994, publicado em [1994-1995]; TJRS, Apelação Cível nº 70015436827, Relator Desembargador Carlos Rafael dos Santos Júnior, Décima Nona Câmara Cível, julgado em 8/8/2006, publicado em 17/8/2006; TJRS, Apelação Cível nº 70015215510, Relator

Federal[1282]. Mas não é difícil apontar precedentes semelhantes em outros Tribunais. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tem afastado a aplicação da teoria do adimplemento substancial quando o "devedor afirma ter quitado apenas 50% do valor do financiamento"[1283], ou "apenas 60% do valor do contrato"[1284], tendo, mais recentemente, "reiteradamente fixado como requisitos a existência de 'saldo devedor que não exceda 15% do valor financiamento e desde que referido montante seja diminuto'" [1285], admitindo-se a tese de adimplemento substancial diante de inadimplementos da ordem de 85%[1286] ou 90%[1287] do valor total de contrato. Nos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro[1288], Paraná[1289], Bahia[1290], e em qualquer outro tribunal brasileiro, é igualmente fácil encontrar acórdãos amparados total ou majoritariamente no critério matemático.

Desembargador Pedro Celso Dal Pra, Décima Oitava Câmara Cível, julgado em 8/6/2006, publicado em 16/6/2006; TJRS, Apelação Cível nº 70014803209, Relator Desembargador Pedro Celso Dal Pra, Décima Oitava Câmara Cível, julgado em 8/6/2006, publicado em 19/6/2006; TJRS, Apelação Cível nº 70015167893, Vigésima Câmara Cível, julgado em 16/8/2006, publicado em 12/9/2006.

[1282] TJDF, Apelação Cível nº 2004.01.1.025119-0, Relator Desembargador Cruz Macedo, Quarta Câmara Cível, julgado em 9/5/2005, publicado em 2/8/2005.

[1283] TJSP, Apelação Cível nº 1001407-71.2018.8.26.0526, Relatora Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti, Trigésima Câmara de Direito Privado, julgamento em 31/7/2019, publicação em 1/8/2019.

[1284] TJSP, Apelação Cível nº 1028967-65.2015.8.26.0405, Relatora Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti, Trigésima Câmara de Direito Privado, julgado em 13/3/2019, publicado em 15/3/2019.

[1285] TJSP; Agravo de Instrumento nº 2241583-88.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Artur Marques, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, julgado em 31/1/2017, publicado em 1/2/2017.

[1286] Alienação fiduciária – Busca e apreensão de veículo – Inadimplência da requerida – Sentença de procedência, para declarar rescindido o contrato e consolidar nas mãos do Autor a plena posse do bem, tornando definitiva a liminar concedida – Caracterizado o adimplemento substancial (pagamento de 85% do valor avençado)" (TJSP, Apelação Cível nº 1018834-91.2015.8.26.0007, Relator Desembargador Flavio Abramovici, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, julgado em 13/6/2016, publicado em 13/6/2016).

[1287] "Alienação fiduciária – Ação de busca e apreensão – Indeferimento da inicial – Adimplemento substancial, face ao cumprimento de 81,25% do negócio jurídico pela ré – Impossibilidade – Medida excepcional, que deve ser aplicada somente quando o devedor houver cumprido mais de 90% do negócio jurídico – Recurso provido – Sentença anulada" (TJSP, Apelação Cível nº 1007711-74.2016.8.26.0100, Relator Desembargador Melo Bueno, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, julgado em 9/5/2016, publicado em 9/5/2016). No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível nº 1006048-17.2015.8.26.0071, Relator Desembargador Carlos Alberto de Salles, Terceira Câmara de Direito Privado, julgado em 8/3/2017, publicado em 8/3/2017.

[1288] Acolhendo a teoria no caso de adimplemento superior a 80%: TJRJ, Agravo de Instrumento nº 00424777720168190000, Relatora Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, julgado em 5/10/2016, publicado em 10/10/2016. Rejeitando a aplicação da teoria no caso de adimplemento da ordem de 50%: TJRJ, Agravo de Instrumento nº 00352122420168190000, Relatora Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, julgado em 14/9/2016, publicado em 19/9/2016.

[1289] Rejeitando a aplicação da teoria no caso de adimplemento da ordem de 80%: TJPR, Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 1102911-9, Relator desembargador Francisco Jorge, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 20/11/2013, publicado em [2013-2014].

[1290] "O reconhecimento, pelo próprio credor, de que mais de 70% das parcelas foram pagas, permite a aplicação da tese do adimplemento, substancial do contrato, pelo menos ao ponto de justificar o estancamento da busca e apreensão deferida em sede sumária, remanescendo o crédito sujeito à ação de cobrança. Precedentes" (TJBA, Agravo de Instrumento nº 0015033-69.2010.8.05.0000, Relator Desembargador Maria da Graça Osorio Pimentel Leal, julgado em 19/6/2012, publicado em 17/11/2012).

É de se compreender o recurso reiterado dos Tribunais ao critério matemático. Em primeiro lugar, porque a teoria do adimplemento substancial se estabeleceu, no Brasil, sobre a premissa absoluta de que sua aplicação se condicionaria à ocorrência de um *inadimplemento ínfimo em proporção ao valor do contrato*. Em segundo lugar, porque o critério matemático traz a *ilusão de uma maior segurança jurídica*, por permitir o conhecimento prévio do *quantum* de adimplemento suficiente para justificar a manutenção do vínculo contratual.

Como já tivemos a oportunidade de demonstrar nos capítulos anteriores, nenhuma dessas premissas é verdadeira. Primeiro, porque o sistema de inadimplemento obrigacional vigente no Brasil atribui ao instituto da mora à função de regular o adimplemento imperfeito ou incompleto. E a mora só admite a resolução do contrato quando o *in*adimplemento, esse sim, é considerado substancial. Segundo, porque, pautada nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a teoria do adimplemento substancial não admite prefixação, devendo ser concretizada caso a caso, mediante criteriosa avaliação do juiz. *O percentual do adimplemento resulta de um juízo de fato*, de modo que, a prefixação de uma margem de inadimplemento agiria, na realidade, em *desfavor da segurança jurídica* e *contra a estabilidade das relações obrigacionais* - funcionando como verdadeiro *estímulo ao descumprimento parcial*, já que o devedor teria, de antemão, uma *meta reduzida de cumprimento* (*i.e.* se o devedor sabe que basta o cumprimento de 70% do contrato para impedir a resolução, é de se esperar que devedores mal-intencionados estabeleçam como meta o cumprimento de apenas 70% do contrato, relegando o restante à eventualidade da perseguição judicial do crédito pelo credor)[1291].

[1291] Essa parece ser uma conclusão razoável à partir da análise econômica do direito, proposta, nesse caso, pela teoria do inadimplemento eficiente (*doctrine of efficient breach*). De acordo com Peter Linzer, a *doctrine of efficient breach* parte da premissa de que as regras de inexecução obrigacional teriam por objetivo não propriamente a execução das obrigações, mas a compensação adequada por eventuais inadimplementos. Partindo dessa premissa, bem como das noções econômicas de custo e benefício marginal (naturais às análises de *law and economics*), Linzer assim define a *doctrine of efficient breach*: "*In the context of contracts, efficiency theory suggests that promisors who breach increase society's welfare if their benefit exceeds the losses of their promisees*" (LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies-efficiency, equity, and the second restatement. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 1, p. 111-139, 1981, p. 114). Linzer explica que, sempre que o custo da resolução for menor do que os benefícios potencialmente obtidos fora do contrato, haverá incentivo ao inadimplemento e concluir: "*Although these positions conflict with the notion of pacta sunt servanda and with the moral view developed above, they do make some sense*" (*Ibidem*, p. 115). Assim, parece natural que a redução apriorística do grau exigível de adimplemento contratual teria, como efeito colateral, a redução do *patamar de inadimplemento eficiente*, representando incentivo à inadimplência. Esta análise, contudo, é bastante perfunctória e apenas sugestiva dos impactos decorrentes de uma análise econômica o direito. Em que pese nossa reflexão, é válido dizer que a *doctrine of efficient breach* é objeto de relevante controvérsia doutrinária. Para uma avaliação mais cuidadosa do tema, recomendamos, além do texto de Linzer, as seguintes leituras: MACNEIL, Ian Roderick. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*, v. 68, n. 5, p. 947-969, 1982; e FRIEDMANN, Daniel. The efficient breach fallacy.

Parece-nos que, nesse ponto, aproximam-se os institutos do *adimplemento substancial* e da *suppressio*, na medida em que, tanto num como noutro caso, não há como se falar em prefixação de critérios rígidos de aplicação, sendo não apenas inevitável – mas benéfica – a ponderação do juiz diante do caso concreto. Acerca da *suppressio*, relata Judith Martins-Costa que, "analisando a jurisprudência alemã, Menezes Cordeiro registra a variedade dos lapsos temporais levados em conta pela jurisprudência, o que quer dizer que é preciso sempre ter em conta o lapso temporal em relação à situação concreta, não há um lapso uniforme, abstrato para todas as situações".[1292]

De fato, explica Menezes Cordeiro que "o tempo sem exercício é eminentemente variável, consoante as circunstâncias, para que possa haver *suppressio*"[1293], indicando que, a depender das situações específicas do caso concreto, a jurisprudência alemã apresentaria, para situações juridicamente semelhantes (em que o BGB determina o prazo prescricional de 30 anos), períodos de abstenção muito distintos (de onze, seis e mesmo três anos) para a decretação da *suppressio*. Em trabalho monográfico sobre o tema, Julio Gonzaga Andrade Neves sustenta que a impossibilidade de prefixação de lapso temporal para *suppressio* é impossível, porque "o tempo pode variar drasticamente para os mesmos direitos, conforme a qualidade das partes, o tipo de mercado em que a relação está inserida, o histórico comportamental das partes, dentre outros fatores que o jurista leva em conta para costurar, sempre sob medida, a gestação da confiança"[1294].

No adimplemento substancial a situação parece ser fundamentalmente a mesma: o *percentual* do inadimplemento não pode ser predeterminado, pois ele é incapaz de apreender as inúmeras peculiaridades decorrentes das circunstâncias concretas do caso, como a finalidade do contrato (particularmente aquela decorrente da análise *in concreto*), as alternativas para a tutela do crédito, o comportamento das partes ao longo relação contratual e por ocasião do encerramento.

Com efeito, a análise do percentual do adimplemento mostra-se particularmente irrelevante para o propósito a que comumente se serve a jurisprudência: apurar se o inadimplemento é suficiente ou não para justificar a resolução contratual. Isso porque, como repisado ao longo deste trabalho, salvo em hipóteses legais muito específicas, a manutenção do vínculo contratual não decorre da *quantidade* de adimplemento, mas sim da *manutenção da utilidade da prestação*. Assim é que, mesmo diante de inadimplementos

---

The Journal of Legal Studies, v. 18, n. 1, p. 1-24, 1989).

[1292] MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento, op. cit., p. 102-103.

[1293] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 810-811.

[1294] NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A suppressio (Verwirkung) no direito civil, op. cit., p. 44.

de 100% da prestação, persistindo o interesse objetivo do credor, estar-se-á diante de uma hipótese de mora, sendo impossível a resolução contratual antes da oportunidade de purgação.

Mariana Ribeiro Siqueira[1295] apresenta dois interessantes exemplos da irrelevância do critério matemático para a finalidade acima apontada. A autora menciona o caso de uma atriz que adquire um vestido para participar de um evento, acordando com a costureira que o produto deve ser entregue um dia antes de sua utilização. No primeiro exemplo, a costureira entrega o vestido na data, porém sem um zíper; no segundo, a costureira entrega o vestido sem defeitos, porém momentos antes do evento. Como explica a autora, a *análise quantitativa* indicaria, no primeiro exemplo, tratar-se de adimplemento substancial (já que o zíper não contaria por percentual relevante do total do vestido); enquanto, no segundo exemplo, o inadimplemento remontaria à totalidade da obrigação (já que, na data acordada, nada fora entregue). A *análise qualitativa*, contudo, levaria a conclusão diametralmente oposta: no primeiro exemplo, embora o zíper pouco represente para o todo, o vestido perde absolutamente sua utilidade sem ele (tratando-se, nesse caso, de inadimplemento absoluto); no segundo exemplo, embora atrasada, a entrega do produto sem defeitos permitiria o seu uso no evento (tratando-se, portanto, de mora devidamente purgada).

A abordagem proposta por este trabalho, no entanto, é de que a gravidade do inadimplemento seja *considerada* para eventual *modulação dos efeitos da mora* e dos *instrumentos de tutela do crédito*. Ou seja: confirmada a *utilidade da prestação* (e confirmada, portanto, a hipótese de mora)*,* propõe-se que o juiz considere a gravidade do inadimplemento como pressuposto para a modulação dos efeitos da mora e dos instrumentos de tutela creditícia que, no caso concreto, mostrem-se desproporcionais.

Para essa segunda hipótese, o critério matemático pode servir, por sua simplicidade, de referência inicial ao juiz[1296]: um percentual alto de adimplemento *sugere, ao menos inicialmente,* a adequação de um juízo de proporcionalidade. Um exemplo pode ilustrar: imagine-se dois indivíduos que aderem a um financiamento protegido por alienação fiduciária, para aquisição de um automóvel, em 60 meses. O primeiro, paga pontualmente 48 prestações; o segundo, paga pontualmente 12 prestações. Há, naturalmente, uma percepção inicial de que aquele que adimpliu 80% do contrato, não pode receber tratamento equivalente ao daquele que adimpliu apenas 20%. O *imperativo*

[1295] SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. Adimplemento substancial: parâmetros para sua configuração, op. cit., p. 138-139.
[1296] GENICON, Thomas. La résolution du contrat pour inexécution, op. cit., p. 367.

de equidade é inerente à noção de Justiça[1297], o *equilíbrio concreto* é inerente à noção de Proporcionalidade[1298]. Essa percepção inicial, contudo, deve ser considerada em conjunto com os demais elementos que se encontrem à disposição do juiz.

Retomando o exemplo do vestido: imagine-se que a costureira entregue o vestido, na data acordada, sem um botão de ajuste interno – botão esse cuja ausência não impede o uso do vestido, mas deixa-o menos confortável. Há, evidentemente, uma hipótese de mora. Contudo, se na noite anterior ao evento o vestido se perdesse, por caso fortuito ou força maior (por exemplo em razão de um incêndio, causado por um raio), haveria de se falar em *perpetuatio obligationis*, respondendo a costureira pela impossibilidade da prestação? Parece-nos que, nesse caso, tendo em vista a insignificância do inadimplemento, a reduzida monta do inadimplemento sugeriria a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para modular os efeitos da mora.

Isso, no entanto, parece ser tudo o que o critério matemático pode, algumas vezes[1299], oferecer: um elemento inicial, uma sinalização de que houve ou não houve uma situação merecedora de modulação. Tomado como parâmetro absoluto, o critério quantitativo pode ser deletério para a solução judicial[1300], na medida em que transmite a falsa sensação de objetividade e isenção, deixando passar ao largo os fatores que efetivamente justificariam (ou *não* justificariam) o tratamento diferenciado paro o caso concreto[1301]. Por isso, a sinalização inicial oferecida pelo critério quantitativo deve ser

---

[1297] HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito, op. cit., p. 174.

[1298] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit., p. 117.

[1299] Como diz Pietro Perlingieri, "*si è altresì precisato che per la valutazione della gravità dell'inadempimento è irrilevante che si tratti di obbligazioni principali od accessorie*" (PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*: delle obbligazioni. Bologna: Zanichelli, 1991, t. 1, p. 746). Assim, como o inadimplemento pode ser da obrigação principal, da obrigação acessória ou mesmo do dever lateral da boa-fé, não serão todas as vezes em que será possível identificar um percentual do descumprimento.

[1300] "1. Não é razoável adotar a teoria do adimplemento substancial do contrato tendo em conta simplesmente um critério numérico, já que isso afastaria a perquirição acerca da ocorrência de justo impedimento para o pagamento das prestações vencidas e da própria boa-fé do devedor; além da utilidade para o credor do exercício de outra fórmula processual para o recebimento do crédito. 2. Hipótese, ademais, em que o inadimplemento alcança o equivalente a 25% do valor do contrato, não se afigurando razoável a adoção da teoria debatida, sob pena inclusive de se projetar, no campo da realidade social, condutas de inadimplemento substancial" (TJPR, Agravo de Instrumento nº 15197029, Relator Desembargador Lauri Caetano da Silva, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 3/8/2016, publicado em 18/8/2016).

[1301] No mesmo sentido é o julgado da Corte de Nova Jersey: "*In Jardine Estates, Inc. v. Donna Brook Corp., 42 N.J. Super. 332, 126 A.2d 372 (1956), the court sustained a judgment for a contractor, even though the jury had made an allowance for defect, saying as follows: 'Appellant stresses that since there was a verdict in its favor for incomplete and defective work in sum equal to 31% of the contract price, it is conclusive that there was not substantial performance. We do not agree. The matter is not to be determined on a percentage basis, for the cost of remedying defects may sometimes even exceed the outlay for original construction.' But the costs of remedying defects, is certainly a major factor in determining whether the contractor's performance is 'substantial'*" (CAULIFF, Catherine M. A. Mc. Corbin on contracts, op. cit., p. 344).

cotejada com critérios qualitativos, que evidenciem, nas particularidades do caso, elementos que justifiquem a atuação da boa-fé objetiva.

4.2.2.2. Critério qualitativo: grau de satisfação do credor, possibilidade de tutela do crédito remanescente e comportamento das partes

Embora a jurisprudência reconheça a necessidade de pautar a aplicação da teoria do adimplemento substancial em parâmetros prevalentemente qualitativos, esse reconhecimento é, ainda, mais teórico que prático[1302]. Exemplo disso é o acórdão prolatado nos autos do Recurso Especial nº 1.585.505/SC, em que o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, defende, longa e amplamente, que, "ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada 'Teoria do Adimplemento Substancial' não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio"[1303]. Apesar disso, o Ministro conclui que, "no caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais"[1304].

A verdade é que, embora ressaltem a importância dos critérios qualitativos, os julgados que discutem a aplicação da teoria do adimplemento substancial atribuem ao critério quantitativo caráter de supremacia sobre os demais: ainda que reconheçam a existência de outros parâmetros, tratam deles de forma escalonada, dando prioridade ao critério quantitativo e analisando os demais só quando o critério quantitativo lhes parece insuficiente.

Não há, contudo, hierarquia entre os critérios quantitativo e qualitativo: ambos devem atuar em conjunto, oferecendo ao juiz o maior número possível de elementos que

---

[1302] "Pior que a incongruência entre decisões proferidas com base em situações fáticas semelhantes – notadamente, aquelas em que há cumprimento quantitativo de 60% a 70% do contrato –, o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para se saber se o cumprimento não integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pelo negócio jurídico em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual" (SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil, op. cit., p. 372).

[1303] STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016.

[1304] Ibidem.

possam auxiliar na avaliação da pertinência da teoria do adimplemento substancial. Assim, além do critério quantitativo, devem ser conjuntamente considerados ao menos os seguintes elementos qualitativos: o *grau de satisfação do interesse do credor*, as *alternativas para tutela do crédito* e o *comportamento das partes*.

4.2.2.2.1. O grau de satisfação do interesse do credor

O grau de satisfação do credor deve se dar em função da *finalidade do contrato*, razão pela qual remetemos às seções anteriores deste capítulo, em que se avaliou a *utilidade da prestação* e o *interesse objetivo do credor*. Os mesmos critérios estudados naquelas seções aplicam-se novamente aqui: o que as separa é simplesmente uma questão de *grau*.

Nas seções anteriores buscou-se identificar o limite da utilidade da prestação: ou seja, o *grau máximo do inadimplemento* que, por não eliminar o interesse objetivo do credor, não atingir a essência do contrato, não caracteriza *in*adimplemento substancial (ou *material breach*[1305], como conhecido nos países de *common law*). Agora, no sentido oposto, busca-se a identificação dos *graus mais reduzidos de inadimplementos*, que se separam do adimplemento perfeito por aspectos menores, caracterizando adimplemento substancial. Como explicam Richard Mann e Barry Roberts, "*the key is whether the aggrieved party obtained substantially what he bargained for, despite the breach, or whether the breach significantly impaired his rights under the contract*".

Assim, caberá ao juiz avaliar, diante do caso concreto, se (a) o inadimplemento é de obrigação principal, acessória ou de dever lateral da boa-fé objetiva[1306]; se (b) o

---

[1305] "*Although there are no clear-cut rules as to what constitutes a material breach, several basic principles apply. First, partial performance is a material breach of a contract if it omits some essential part of the contract. Second, the courts will consider a breach material if it is a quantitatively or qualitatively serious. Third, an intentional breach of contract is generally held to be material. Fourth, a failure to perform a promise promptly is a material breach if time is of the essence; that is, if the parties have clearly indicated that a failure to perform by a stated time is material; otherwise, the aggrieved party may recover damages only for loss caused by the delay. Fifth, the parties to a contract may, within limits, specify what breaches are to be considered material*" (MANN, Richard; ROBERTS, Barry S. *Business law and the regulation of business*. 6. ed. United States: South-Western College Publishing, 1999, p. 312).

[1306] "*Si osserva, ora, che la risoluzione può essere determinata anche dall'inadempimento di un'obbligazione accessoria, inserita nel regolamento contrattuale per effetto di integrazione legale (art. 1374 c.c.). La circostanza che la prestazione ineseguita non sia stata espressamente pattuita dalle parti, ma trovi il suo fondamento in una norma di legge, non esclude la gravità dell'inadempimento, se lo stesso pregiudica seriamente l'interesse del creditore. È quanto si desume da Cass. 27 febbraio 2007, n. 4433. Ai sensi dell'art. 41.5 novembre 1971, n. 1096, l'appaltatore che intraprende una costruzione in cemento armato deve denunciarla all'ufficio del Genio civile competente per territorio, depositando i relativi calcoli: l'inadempimento di tale obbligazione determina la risoluzione del contratto, in quanto in assenza del*

inadimplemento abalou o equilíbrio funcional do negócio[1307] ou, ao contrário, se adimplemento satisfez substancialmente a *finalidade do contrato* (analisada *in abstracto* e *in concreto*); se (c) trata-se de *contrato existencial* ou *de lucro*, sendo mais evidente a modulação de efeitos no caso dos primeiros; e se (d) trata-se de *contrato relacional*, hipótese em que se admitirá maior intervenção judicial. Todos esses elementos devem ser ponderados pelo juiz, resultando em uma decisão devidamente motivada, que apresente os fundamentos pelos quais o juiz entende que o inadimplemento *sub judice* é ou não considerado de baixa gravidade.

4.2.2.2.2. As alternativas para a tutela do crédito

As alternativas disponíveis ao credor para a tutela do crédito remanescente foram aspectos levantados pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, e amplamente apoiada pelos Ministros Raul Araújo[1308] e Maria Isabel Gallotti, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.581.505/SC. De acordo com os Ministros, o acolhimento da tese de adimplemento substancial passaria, necessariamente, pela avaliação das alternativas

---

controllo del competente ufficio sussiste il rischio che l'opera realizzata dall'appaltatore sia instabile o irregolare sotto il profilo urbanistico" (DELLACASA, Mateo. Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto de vista sulla giurisprudenza, op. cit., p. 266).

[1307] "*In altre decisioni si legge 'L'importanza dell'inadempimento, ai fini della risoluzione del contratto a norma dell'art. 1455, deve essere tale da turbare l'equilibrio funzionale tra le attribuzioni reciproche' (Cass. 21 ottobre 1954 n. 3975, in questa Rivista 1954, 2611). Più spesso si cerca di coordinare l'elemento oggettivo, della mancata o ritardata prestazione, con l'elemento soggettivo, dell'interesse concreto della parte adempiente 'La valutazione della gravità dell'inadempimento o dei ritardo nell'adempimento deve essere compiuta, ai fini della risoluzione del contralto, non con riferimento all'importanza in astratto della obbligazione inadempiuta o non tempestivamente adempiuta, ma sulla base di un criterio di relatività, che consenta di coordinare la valutazione dell'elemento obiettivo della mancata o tardiva prestazione, nel quadro dell'economia generale del contratto, con l'elemento subiettivo, e cioè, con l'interesse della controparte all'esatto e tempestivo adempimento'. Così, Cass. 19 novembre 1969 n. 3765, Giust. civ. Mass. 1969; a ancora Cass. 21 giugno 1971 n. 1951, ivi 1971; Cass. 5 dicembre 1970 n. 2567, ivi 1970; il 'criterio di relatività' è frequentemente adottato dalla Cassazione, vedi Cass. 6 giugno 1983 n. 3823, ivi 1983)*" (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 503-504).

[1308] Em voto-vogal, o Ministro Raul Araújo destaca o seguinte: "Sua Excelência traz todos esses detalhes, permitindo-nos agora, em um exercício de técnica mais refinada acerca da aplicação da teoria, deliberar acerca disto: se deveremos, ao aplicar a teoria do adimplemento substancial, fazê-lo quando no caso concreto houver meios de proporcionar ao credor a satisfação de seu direito, ainda que por meio outro que não aquele inicialmente previsto pelas partes. Quando houver uma insignificância no inadimplemento, essa parte insignificante possa ser, de alguma forma, compensada para que o credor não fique ainda sujeito a ir buscar por outras vias, como naquela opção adotada no precedente do Superior Tribunal de Justiça, a satisfação mais plena do seu direito. Senão fica o devedor em uma situação confortável, porque o Judiciário o isenta completamente de pagar aquela parcela ínfima que deve, que ainda deve, e, apesar de ainda dever, ficar como que recebendo um tratamento de contratante adimplente, quando, na verdade, não foi totalmente adimplente. Isso é mais importante ainda no nosso Direito, em que não está positivada a adoção da teoria, embora haja uma tendência forte de sua consagração entre nós. Mas temos esses aspectos que, neste momento de debate, trago à nossa reflexão" (STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016).

disponíveis ao credor para a satisfação da parcela não adimplida da prestação: *i.e.* (a) se, vedada a resolução do contrato, deveria o credor buscar a satisfação de seu crédito por meio de processo autônomo; (b) se os meios processuais remanescentes seriam igualmente satisfatórios; (c) se seria possível promover a cobrança do saldo, bem como a indenização por eventuais perdas e danos, nos autos do mesmo processo; (d) se o credor continuaria protegido contra a insolvência do devedor, etc.

Os aspectos apontados pelos Ministros Ferreira, Araújo e Gallotti, é bem verdade, são em grande medida de ordem processual – e, nessa medida, extrapolam os limites deste trabalho. Cabem ao Processo Civil avaliar, por exemplo, se é possível que uma ação resolutória improcedente (porque acolhida a tese do adimplemento substancial) poderia ser convertida em ação de cobrança, ou ação de obrigação de fazer, ou, ainda, ação indenizatória. A preocupação motriz do argumento, contudo, parece-nos razoável e passível de comentários, no âmbito do direito material.

Como já se disse, a teoria do adimplemento substancial, pautada sobretudo na função limitativa da boa-fé objetiva, tem por propósito impedir o exercício abusivo do direito resolutório quando oferecem-se ao credor alternativas razoáveis para a satisfação de seus interesses. Como explica Luigi Mosco, um dos aspectos mais relevantes da resolução contratual é o fato de que ela "*viene concessa al debitore sul presupposto che l'inadempimento dell'obbligazione gravante sull'altra parte sia di tale importanza da far venir meno il suo interesse alla conservazione del rapporto contrattuale*"[1309]. Portanto, seja qual for a amplitude que se dê à teoria do adimplemento substancial, parece-nos evidente que ela visa ao equilíbrio do programa obrigacional, tendo por propósito *impedir o exercício abusivo de quaisquer posições jurídicas*: tanto do credor, quando puder satisfazer seu interesse por outras vias; quanto do devedor, que queira se valer da teoria para evadir-se impune de um inadimplemento.

Assim, caso tenha por consequência o tolhimento absoluto das possibilidades de ressarcimento do credor, o acolhimento da teoria do adimplemento substancial terá por consequência não o prestígio à boa-fé, mas sim a verdadeira inversão da lógica da relação obrigacional, alçando o devedor a posição de vantagem injustificada e, no limite, causadora de enriquecimento sem causa.

Por isso, esse, de fato, parece ser um parâmetro de importante consideração: diante de uma hipótese de possível aplicação da teoria do adimplemento substancial, o juiz

[1309] MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950, p. 14.

deverá verificar quais as alternativas disponíveis ao credor para a satisfação do crédito remanescente. O exemplo clássico é o do vendedor que, diante do inadimplemento de uma parcela, promove contra o comprador ação de busca e apreensão do veículo objeto de alienação fiduciária. A busca e apreensão, sabe-se, não implica a resolução contratual[1310], mas sim a execução da garantia, visando à satisfação do crédito originário. Trata-se, contudo, de medida extremamente gravosa, pois, ainda que tecnicamente não caracterize resolução contratual, projeta-se sobre a essência do contrato, de modo que sua realização impossibilita ao devedor o gozo do bem que justificou o estabelecimento da relação obrigacional. Ainda que tecnicamente não se trate de resolução, na prática, os efeitos são os mesmos[1311].

Assim, em que pesem as peculiaridades do tema (que serão tratadas na seção 4.3), o aspecto ora avaliado imporia ao juiz que, antes de impedir a busca e apreensão (em razão de acolhimento da teoria do adimplemento substancial), verificasse as consequências de tal decisão para o credor: *i.e.* se o devedor é solvente, se há possibilidade de conversão da busca e apreensão em medida menos gravosa, se o devedor depositou (ou se disponibilizou a depositar) em juízo a quantia devida, se as circunstâncias concretas sinalizam a possibilidade de recomposição do crédito mediante adoção de medida menos gravosa.

Apenas após essas reflexões, e em posse de todos esses elementos, é o que o juiz poderá ponderar dos princípios da boa-fé objetiva, da força obrigatória e da vedação ao enriquecimento sem causa, identificando a medida mais adequada para o caso concreto. Como explica Anderson Schreiber, medidas extremamente duras devem ser evitadas "sempre que remédios menos nocivos estiverem ao alcance do seu titular"[1312]. Não se trata, contudo, de exclusão absoluta: *inexistindo remédios menos nocivos* (ou, existindo, mostrem-se demasiadamente custosos, onerosos ou desvantajosos para o credor), a tutela

---

[1310] Conforme sustenta o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, "O crédito remanescente, assim, ainda que considerado de menor importância quando comparado à parcela já adimplida da obrigação contratual, pode ser perseguido pelo credor a partir da utilização dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram, por exemplo, a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que, por razões óbvias, não pode ser confundida com ação de rescisão contratual - essa, sim, potencialmente indevida em virtude do substancial adimplemento da obrigação" (STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado em 18/11/2015).

[1311] "Se a busca e apreensão não configura, por si só, a resolução contratual, também é inconteste que, instado a purgar a mora – leia-se, a totalidade das parcelas vencidas e vincendas – na hipótese de quedar-se inerte o devedor, a consolidação da propriedade nas mãos do credor para posterior alienação e satisfação do crédito devido, configura, sim, a extinção do contrato de compra e venda do bem" (SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. Adimplemento substancial: parâmetros para sua configuração, op. cit., p. 114).

[1312] SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, op. cit., p. 25.

mais gravosa pode se concretizar[1313], desde que com equilíbrio, sempre pautada nos limites da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

4.2.2.2.3. O comportamento das partes

A teoria do adimplemento substancial é expressão da boa-fé objetiva e, enquanto tal, não pode socorrer aqueles que não pautem seu comportamento pela boa-fé. Esse parece ser um aspecto de fundamental consideração quando da avaliação do comportamento das partes, com vistas à modulação dos efeitos da mora ou das tutelas creditícia: *a boa-fé deve ser vista como uma via de mão dupla*.

Assim, espera-se do credor que aja com *lealdade*, *cooperando* para o bom desenvolvimento do processo obrigacional e utilizando-se do direito resolutório apenas como *ultima ratio*[1314]. Havendo alternativas para o atingimento do fim do contrato, deverá o credor privilegiar tais alternativas, oferecendo ao devedor oportunidades para purgação da mora, adotando medidas proporcionais para a tutela do seu crédito, e, até mesmo, disponibilizando-se a renegociar o contrato, especialmente quando o modelo do negócio jurídico sugerir essa possibilidade (como acontece nos já estudados contratos relacionais). Afinal, assim como dizia Teresa Negreiros acerca do paradigma da essencialidade, também a teoria do adimplemento substancial se propõe a "acrescentar mais um subsídio no sentido de tornar as relações jurídicas privadas mais humanas, mais equilibradas e menos sujeitas ao egoísmo, que o enfoque centrado exclusivamente na autonomia privada muitas vezes propicia"[1315].

[1313] "1. Ainda que tenha sido realizado o pagamento de quase 80% das parcelas contratadas, o devedor não demonstrou a intenção de continuar realizando o pagamento das parcelas em aberto, limitando-se a discorrer acerca da aplicação da teoria do adimplemento substancial, não restando comprovada a sua boa-fé. 2. O uso de referida teoria, frisa-se, busca a adimplemento integral do débito, mas de forma menos gravosa para devedor, de forma que, se esta alternativa não for possível, não há que se falar em mitigação do inadimplemento, devendo o vínculo contratual ser rescindido, de forma a privilegiar os termos do contrato" (TJPR, Agravo de Instrumento nº 1588267-2, Relator Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea, Décima Oitava Câmara Cível, julgado em 8/2/2017, publicado em 23/2/2017).

[1314] Nesse ponto vale a experiência inglesa, no sentido de que deve ser avaliado se o credor efetivamente sentiu-se lesado pelo inadimplemento ou apenas busca um subterfúgio para liberar-se do contrato. "*It sometimes happens that a party's real motive for wishing to terminate is not that there has been some failure in performance, but that the contract was, or has because of market movements become, a bad bargain for him. In such circumstances the courts will often (if the case is one to which the general requirement of substantial failure applies) hold that the failure in performance is not sufficiently serious and so refuse to allow termination. The underlying policy has been stated by Roskill LJ: "Contracts are made to be performed and not to be avoided according to the whims of market fluctuation*" (PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 975).

[1315] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, op. cit., p. 422-423.

De toda forma, ainda mais importante do que comportamentos genéricos são os comportamentos específicos do credor, diante do caso concreto[1316]. Assim, ao avaliar o cabimento da teoria do adimplemento substancial, o juiz deverá averiguar as condutas específicas do credor que possam sugerir qual seria, segundo seu ponto de vista, a essência do contrato; a irrelevância do inadimplemento; a persistência de seu interesse na prestação. Muitas vezes os elementos pré-contratuais, as comunicações trocadas entre as partes, a tolerância reiterada de pequenos inadimplementos, são evidências bastante claras de que, no caso concreto, o inadimplemento deve ser considerado diminuto[1317], autorizando, em maior ou menor grau, a modulação dos seus efeitos.

Hipótese comum é a da tolerância reiterada do credor sobre pequenos inadimplementos[1318]. Como explica Pamela Schimperna, em sua avaliação, o juiz deve levar em consideração "*la abituale tolleranza del creditore a ricevere la prestazione oltre il limite consentito, tolleranza che può, secondo le circostanze, divenire elemento idoneo a valutare l'interesse dei creditore alla puntuale ricezione della prestazione convenuta*"[1319].

[1316] "*It is further the opinion of the Court that the plaintiffs suffered no calculable or ascertainable damages and their own actions during the life of the contract acted as a waiver by them of any breach they may have thought to have occurred*" (*Cookson v. Western Oil Fields, Inc.*, 465 F.2d 460, 462 (10th Cir. 1972)).

[1317] Como diz Aline de Miranda Valverde Terra, a avaliação do comportamento do credor pode ser de fundamental importância. "sobretudo após a inexecução da obrigação, porque pode servir de indício do quão grave é a lesão ao seu interesse: sua tolerância em relação à impontualidade da prestação, admitindo seu posterior cumprimento ou executando a prestação que lhe incumbia em de pleitear a resolução, indica que a lesão a seu interesse não foi séria o suficiente, ao menos naquele momento, a ponto de configurar inadimplemento absoluto" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa, op. cit., p. 125-126).

[1318] Vale dizer, contudo, que, em se tratando de obrigações de trato sucessivo, o inadimplemento reiterado do devedor pode, gradualmente, minar a confiança do credor, justificando uma mudança em seu comportamento incialmente tolerante. Como diz Larenz, "*exigen las relaciones de obligación duraderas, por lo general, para su ejecución una confianza recíproca y una especial observancia de la diligencia en el cumplimiento de la actividad asumida, ya que en una vinculación durante largo tiempo cada una de las partes depende, más que in ningún otro caso, de la buena fe y de la consideración personal. (...) Pero aun en los casos en que esto no ocurra, de la necesidad de la recíproca confianza y acuerdo deriva que cuando ello quede destruido a consecuencia de la conducta de una de las partes, tenga la otra la posibilidad de negarse a la continuación de la relación duradera, es decir, que podrá denunciarla sin sujeción a plazo*" (LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 2, p. 44-45). Assim, deve o juiz verificar, diante do caso concreto, se a mudança de comportamento do credor encontra suporte nas circunstâncias fáticas; se há fundamentos que justifiquem a perda da confiança do credor no adimplemento futuro da obrigação. Em caso afirmativo, ao contrário de proteger o devedor, o inadimplemento contratual reiterado age contra si, justificando a conversão de um inadimplemento de pequena monta em inadimplemento substancial. Nesse sentido, vale, novamente, mencionar o comentário de Eric G. Anderson: "*Evidence that the breaching party does not intend to perform in the future may be particularly strong when the breach prevents or seriously hinders the victim's future performance. It usually will be clear that the breaching party does not intend to perform if the victim's own performance is not forthcoming*" (ANDERSON, Eric G. A new look at material breach in the law of contracts, op. cit., p. 1126).

[1319] "*Altre volte si parla invece di gravità da commisurarsi in relazione alia volontà delle parti e alla natura e finalità deli rapporto (Cass. 12 luglio 1968 n. 2480). Si afferma inoltre che nel giudizio sull'importanza, il giudice deve tener conto di tutte le circostanze del caso, in esse compresa la abituale tolleranza del*

Conforme apontou Ruy Rosado no primeiro julgamento do STJ a tratar da teoria do adimplemento substancial, a tolerância reiterada do credor cria no devedor a legítima expectativa de que inadimplementos daquela espécie são pouco relevantes e não afetam o interesse objetivo do credor[1320]. A súbita e injustificada mudança de comportamento por parte do credor caracteriza verdadeiro *venire contra factum proprium* e, bem por isso, não pode justificar o exercício de qualquer direito que importe demasiada onerosidade ao devedor de boa-fé.

A boa-fé, como dito, é uma via de mão dupla. Por isso, não é apenas o credor quem deve agir com *lealdade* e *cooperação*. Também o devedor, a seu turno, deve ser capaz de demonstrar que agiu de boa-fé[1321], que sempre manteve *intenção de adimplemento integral*, e que a impossibilidade da prestação integral não é imputável a si[1322], mas decorre de eventualidade razoavelmente justificável[1323]. Conforme decidiu a

---

creditore a ricevere la prestazione oltre il limite consentito, tolleranza che può, secondo le circostanze, divenire elemento idoneo a valutare l'interesse del creditore alla puntuale ricezione della prestazione convenuta (Cass. 8 maggio 1956 n. 1479, Giust. civ. Mass. 1956; ed ancora 'Non può essere addotta a motivo di inadempimento la inosservanza di una specifica clausola contrattuale, ove tale inosservanza trovi origine e giustificazione nel comportamento o nella tolleranza del creditore', Cass. 21 ottobre 1955 n. 3406, ivi 1955)" (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 503).

[1320] "O reiterado comportamento da seguradora, em receber as prestações com atraso, justificara a expectativa da segurada de que o mesmo aconteceria em relação à última prestação. Sabe-se que o modo pelo qual o contrato de prestação duradoura é executado, naquilo que contravêm ao acordado inicialmente, pode gerar a modificação da relação obrigacional, no pressuposto de que tal mudança no comportamento corresponde à vontade atual das partes. Se o recebimento de prestações atrasadas constituía prática constante da credora, admitida enquanto significava ingresso de recursos, não pode ser desprezada quando do último pagamento, persistindo as mesmas circunstâncias, apenas porque agora interessava à credora caracterizar a mora. O direito de extinguir a relação, assim como previsto na cláusula do contrato de adesão (cuja validade se admite para argumentar), pode desaparecer por força do princípio que proíbe *venire contra factum proprium*, pois 'traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação, por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível' (Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Dir. Civil, Almedina, p. 742)" (STJ, REsp nº 76.362/MT, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, publicado em 1/4/1996).

[1321] "*Ad esempio si è affermato che 'ai fini della determinazione della gravità dell'inadempimento, quale presupposto essenziale per la risoluzione del contratto a norma dell'art. 1455 c.c., deve effettuarsi un'indagine unitaria coinvolgente tutto il comportamento del debitore, desumibile dalla durata della mora e dal suo eventuale protrarsi, nonché una valutazione oggettiva della ritardata o mancata prestazione con riferimento all'interesse dell'altra parte all'esatto adempimento (Cass., 15.6.1989, n. 2879, GI, 1990, I, 1, 634)*" (PISCIOTTA, Giuseppina. La risoluzione per inadempimento, op. cit., p. 18).

[1322] A intenção de descumprir o contrato é normalmente sancionada pelas cortes norte-americanas. Conforme decidiu a Corte de Apelação Connecticut, "b*y the weight of authority, however, there can ordinarily be no recovery where the contractor has willfully abandoned his contract without justification*" (*Kelley v. Hance*, 108 Conn. 186 (Conn. 1928)).

[1323] "3. Além do critério matemático adotado na decisão agravada, para a aplicação da tese do adimplemento substancial é necessário perquirir se havia justo motivo para o não pagamento e se o ajuizamento da ação de reintegração de posse não era o único meio para a satisfação do crédito. Assim, parece impossível o magistrado reconhecer tal abuso de ofício, caracterizando verdadeiro cerceamento do direito de ação, sem justa causa comprovada nos autos" (TJPR, Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 11399185, Relator Desembargador Lauri Caetano da Silva, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 23/7/2014, publicado em [2014]).

Corte de Apelação da Pensilvânia, "the *equitable doctrine of substantial performance is intended for the protection and relief of those who have faithfully and honestly endeavored to perform their contracts in all material and substantial particulars"* [1324]. A intenção de cumprimento é fundamental para evitar a inversão da lógica obrigacional[1325], e impedir que a teoria do adimplemento substancial transforme-se em verdadeiro escudo para devedores mal-intencionados[1326].

O comportamento das partes é, portanto, elemento de consideração obrigatória quando da aplicação da teoria do adimplemento substancial: seja para aplicar ou para refutar a aplicação da teoria, o comportamento das partes pode ser elemento decisivo, podendo mesmo contrariar todos os outros elementos submetidos à apreciação do juiz.

4.2.3. Cláusula resolutiva expressa

Por imposição da lei, todo contrato bilateral contempla, independente da vontade das partes, uma *cláusula resolutiva tácita*, que autoriza a vítima de inadimplemento absoluto a, mediante interpelação judicial, resolver o contrato, obtendo compensação por danos eventualmente sofridos. Toda a discussão desenvolvida neste trabalho tem como premissa a sujeição do contrato à *cláusula resolutiva tácita*: diante de um evento de inadimplemento contratual, caberá ao juiz avaliar se se está diante de *inadimplemento substancial* (logo, *absoluto*), a justificar a resolução contratual, ou se se está diante uma

[1324] *Gillespie Tool Co. v. Wilson*, 123 Pa. 19, 16 A. 36 (1888).

[1325] Conforme sustentou o Ministro João Otávio de Noronha em voto vencido: "E, em se tratando de discussão sobre valores contratuais, certamente o réu poderia envidar esforços no sentido de quitar o débito por ele mesmo reconhecido, tornar explícita a pretensão de dispor de algum bem ou de bens passíveis de penhora ou ainda usar dos meios judiciais também hábeis à solução do litígio, tais como propor ação de consignação em pagamento da fração que julgue incontroversa. Ora, ao contestar a ação de reintegração de posse (fls. 45-53), a simples alegação do réu de que 'há outras ações que permitem ao credor cobrar a dívida, sem, no entanto, ofender sua posse mansa e pacífica' não tem o condão de retirar-lhe o direito e dever, como instrumento de equidade, de contrapor àquela demanda ação consignatória em pagamento com o fim de ser depositado em juízo o montante das prestações de mútuo por ele consideradas devidas, providência, por óbvio, própria para inibir a resolução do contrato de arrendamento mercantil" (STJ, REsp nº 1051270/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/8/2011, publicado em 5/9/2011).

[1326] "A teoria do adimplemento substancial, como exceção à regra geral do art. 475 do Código Civil, pressupõe uma situação em que a manutenção da avença seja menos onerosa e mais razoável, à luz da boa-fé e da função social do contrato (arts. 421 e 422 do CC), do que o seu desfazimento. Para configuração desse pressuposto, uma das condições necessárias é a indicação de que o devedor pretende seriamente vir a quitar a sua dívida, ou que a extensão das prestações impagas seja relativamente pequena em proporção ao vulto do que já adimplido. Não pode a teoria do adimplemento substancial ser utilizada como pretexto defensivo em favor da parte contratual que, além de não demonstrar a boa-fé do seu comportamento, não dá mínimos sinais de pretender seriamente o cumprimento de sua parte da obrigação" (TJRJ. Apelação Cível nº 00117362220108190014, Relator Desembargador Marcos Alcino De Azevedo Torres, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, julgado em 11/10/2017, publicado em 18/10/2017).

situação de *mora* (a se permitir a purgação e, tendo ocorrido *adimplemento substancial*, a modulação dos efeitos demasiadamente gravosos que recairiam sobre o devedor).

Assim, questão relevante que se coloca diz respeito à eventual aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial às relações contratuais em que vige *cláusula resolutiva expressa* (ou *pacto comissório*[1327]), "*una cláusula en la cual se acuerda que la resolución se producirá en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas*"[1328] e que, por força do artigo 474 do Código Civil[1329], admite que a resolução por inadimplemento se dê *extrajudicialmente*. Indaga-se se, ao estabelecerem expressamente as hipóteses de inadimplemento que justificariam a resolução contratual, as partes estariam a ilidir a aplicação da teoria do *adimplemento substancial*. Questiona-se, ainda, se, tendo a cláusula resolutiva operado extrajudicialmente, estaria o Judiciário impedido de avaliar a hipótese resolutória, devendo se sujeitar à *força obrigatória* da convenção que tenha sido validamente estipulada pelas partes.

A avaliação desses questionamentos pressupõe algumas etapas, sendo a primeira delas diretamente decorrente do enunciado: não há dúvida de que caiba ao Judiciário o controle da *validade* da cláusula resolutiva. Assim, para que produza efeitos, a cláusula resolutiva *deve atender aos requisitos do artigo 104 do Código Civil*: agentes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Mas não só. Pois, se o negócio jurídico nada mais é do que a troca de *declarações de vontade*, é fundamental que a declaração de vontade de cada parte seja "a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé* (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto)"[1330].

[1327] Explica Valverde Terra que cláusula resolutiva expressa e pacto comissório, embora comumente utilizadas como sinônimos, não identificam exatamente o mesmo instituto: "Apesar da semelhança entre os institutos, que conferem ao credor o direito potestativo de optar resolver ou manter o contrato, não se cuida, em definitivo, da mesma figura. Ao pacto comissório, como facilmente se conclui, atribuía-se âmbito de incidência bem mais restrito, pois limitado aos contratos de compra e venda, e ao descumprimento do vendedor, jamais do comprador. Talvez se possa afirmar a existência de relação de gênero (cláusula resolutiva expressa) e espécie (pacto comissório), mas nunca de identidade plena, tendo em vista as relevantes distinções existentes" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa, op. cit., p. 60). Para o propósito deste trabalho, contudo, a distinção é de menor relevância – optamos por aludir ao pacto comissório apenas porque alguns dos autores citados – em especial os de língua espanhola – optam pelo referido termo (indistintamente) ao tratar da cláusula resolutiva expressa.

[1328] APARICIO, Juan Manuel. *Contratos*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, v. 2, p. 361

[1329] Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

[1330] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico*:* existência, validade, eficácia*,* op. cit., p. 137.

E por banal que pareça tal asserção, fato é que inúmeras cláusulas resolutivas expressas não passam por essa barreira. Assim será, no caso das cláusulas resolutivas que se estabeleçam, sem os devidos cuidados, em *relações não-paritárias*, ou que não decorram de *processo volitivo legítimo*.

No primeiro caso, está-se a falar especificamente da inclusão de cláusula resolutiva em contratos de consumo. Nesse caso, os artigos 51, XI[1331] e 54, §2º[1332] do Código de Defesa do Consumidor[1333] condicionam a validade da cláusula resolutiva à observância da bilateralidade: "a cláusula somente é sancionada com nulidade, se igual direito não for conferido ao consumidor"[1334]. E mais, tratando-se de contrato de adesão - como é mais comum em matéria consumerista – haverá nulidade se a inclusão da cláusula não resultar de escolha informada do consumidor[1335].

No segundo caso, fala-se dos contratos de adesão em geral[1336], não inseridos no âmbito de uma relação de consumo, mas protegidos pelos artigos 423[1337] e 424[1338] do Código Civil, bem como pela cláusula geral da boa-fé objetiva[1339]. Nesses casos, assim

---

[1331] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

[1332] Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...) §2° Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2° do artigo anterior.

[1333] "O próprio CDC não veda a estipulação de cláusula resolutiva, desde que a opção fique a cargo do consumidor, mas deixa evidente sua preferência pela manutenção dos contratos no §2.º do art. 51: 'A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes'" (LIMA, Clarissa Costa de. A resolução do contrato na nova teoria contratual, op. cit., [*s.p*]).

[1334] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de Direito Privado, op. cit., p. 233.

[1335] "O esboço exegético acima traçado encontra na própria Lei 8.078/90 o seu ponto de apoio mais exultante. Com efeito, até mesmo nos contratos de adesão, onde a dedicação protetiva do legislador é naturalmente mais intensa, permite-se a inclusão da cláusula resolutiva expressa. Faz-se, evidentemente, a ressalva da alternatividade em favor do consumidor com o fito de manter o equilíbrio contratual que está à base de todo o arcabouço normativo de que se trata. Preceitua o 2. do art. 54 que 'nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor'." (OLIVEIRA, James Eduardo C. M. A cláusula resolutiva expressa. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 46/47, p. 9-17, set. 1994 / abr. 1995, p. 16).

[1336] "A resolutiva expressa não é cláusula que se harmonize com os contratos de adesão; sua presença nesses contratos massivos somente poderá ser admitida como legítima se houver obrigação equivalente para o estipulante, além de manifestação específica de concordância do aderente, a qual se obtém com a sua redação em destaque e, preferencialmente, com a assinatura do aderente ao lado da cláusula" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil*: da extinção do contrato. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6, t. 2, p. 401).

[1337] Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

[1338] Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

[1339] "Uma cláusula que implica renúncia antecipada do aderente a um direito subjetivo será certamente lesiva à função social interna do contrato (art. 421 do CC) e ao dever anexo de proteção (art. 422 do CC), ínsitos

como sempre que for possível demonstrar que a cláusula resolutiva não é fruto de processo volitivo livre e consciente, a referida cláusula será considerada nula, sujeitando-se o contrato ao regime geral da cláusula resolutiva tácita.

Além disso, não merecem outro destino aquelas cláusulas genéricas e amplas, que buscam atribuir efeito resolutório a todo e qualquer inadimplemento contratual, conhecidas pela doutrina como *cláusulas de estilo*[1340]. E essa prática é rotineira. Como diz Bertrand Fages, "*nombreux sont ainsi les contrats de gré à gré que, en dépit de longues et âpres négociations, reproduisent certaines clauses à ce point usuelles (clauses de style) que les parties ne leur prêtent souvent aucune attention*"[1341]. Tais cláusulas, porque demasiadamente imprecisas, além de sugerirem a *absoluta inexistência de processo volitivo informado*, não apresentam qualquer valia para a determinação das *prestações consideradas essenciais no âmbito daquele programa obrigacional específico*, propósito maior da cláusula resolutiva expressa[1342]. Bem por isso, a jurisprudência tem considerado tais cláusulas ineficazes para o propósito de permitir a resolução extrajudicial do contrato, aceitando-as como mero *reforço* do regime de resolução contratual fundado na lei[1343].

---

a qualquer relação contratual.(...) Ademais, não apenas a hipótese drástica de cláusulas abdicativas de direitos, mas quaisquer outras posições jurídicas que imputem ao ade -rente situação de desequilíbrio serão alvo de correção pelo princípio da boa-fé objetiva. A possibilidade de elaborar a totalidade do conteúdo negocial faculta a uma das partes a transferência de todos os riscos jurídicos do negócio para a parte aderente. Haverá antijuridicidade e ilicitude objetiva em qualquer atuação do estipulante ofensiva à cláusula geral do abuso do direito (art. 187 do CC). Coíbe-se todo e qualquer exercício excessivo e desmedido de situações subjetivas que importe na aposição de cláusulas despidas de legitimidade, a ponto de ultrapassarem os limites éticos do ordenamento" (ROSENVALD, Nelson. Arts. 421 a 480 - Contratos (geral), op. cit., p. 448).

[1340] "O pacto deve indicar as obrigações cujo inadimplemento determina a resolução, mas na prática é uma cláusula de estilo atinente ao efeito resolutivo do descumprimento sem especificação da infração contratual, prescindida a sua gravidade. A aceitação de cumprimento retardado, a concessão de prazo suplementar ou a tolerância com o atraso implicam renúncia do direito de invocar o pacto" (GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 209).

[1341] FAGES, Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 47.

[1342] "A cláusula deve-se, porém, referir a prestações e a modalidades de cumprimento determinadas com precisão: as partes não podem ligar a resolução a uma previsão genérica e indeterminada, do tipo 'em caso de não cumprimento de qualquer obrigação resultante do presente contrato, este considera-se resolvido'" (ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 267).

[1343] "Outrossim, de rigor observar que a avença foi rescindida com base na cláusula resolutiva tácita, prevista no art. 474 do CC. É verdade que no contrato juntado pelo autor, há estipulação de cláusula resolutiva. Contudo, trata-se de cláusula genérica ou de estilo, que não tem o condão de resolver de imediato e de pleno direito a avença, segundo a melhor doutrina. Neste sentido, cf. ensina Nelson Rosenvald, 'O art. 474 alude duas espécies de resolução contratual: a convencional e a legal. A cláusula resolutiva expressa, ou pacto comissório, verifica-se de pleno jure, por via do exercício do direito potestativo da parte interessada à outra. (...) Para a eficácia do pacto, é preciso que as prestações estejam perfeitamente definidas e indicadas quais delas, e em que modalidades, são passíveis de resolução pelo descumprimento, não bastando a referência genérica às prestações contratuais e seu incumprimento. Se assim ocorrer, considerar-se-á que se trata apenas de uma cláusula de estilo, a reforçar o disposto no art. 475 do CC, sendo caso de resolução legal" (TJSP, Embargos de Declaração Cível nº 0165105-45.2008.8.26.0100, Relator Desembargador Neto Barbosa Ferreira, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, julgado em 27/3/2019, publicado em 27/3/2019).

Nota-se, portanto, que os pressupostos básicos de validade e eficácia da cláusula resolutiva expressa já são suficientes para afastar do regime de resolução extrajudicial a maior parte dos contratos. A esses, não há dúvida de que se aplicam não apenas o regime de resolução judicial, como também as teorias do *adimplemento* e do *inadimplemento substancial* (fiando-nos no duplo aspecto da teoria, proposto por este trabalho), em todos os seus termos. A questão permanece para os casos remanescentes: aqueles *contratos bilaterais e paritários em que as partes, livre e conscientemente, tenham acordado em incluir cláusula resolutiva expressa, com razoável grau de especificidade*.

Nos países de *common law*, onde a *liberdade individual* e a *força obrigatória dos contratos* costumam manifestar-se com destaque (e onde a noção de boa-fé objetiva é ainda pouco desenvolvida[1344]), a questão costuma ser tratada de forma bastante contundente: "*the law normally gives literal effect to express provisions for determination*"[1345].

Contudo, de acordo com Edwin Peel[1346], o direito inglês impõe três requisitos para que a cláusula resolutiva expressa seja admitida: (a) a parte que pretende resolver o contrato por inadimplemento de pequena gravidade, deve demonstrar que a cláusula resolutiva compreende o referido inadimplemento (ou seja, a cláusula resolutiva deve ser *específica*, indicando claramente que alcança inadimplementos de pequena gravidade); (b) a parte que pretende resolver o contrato deve demonstrar estrito cumprimento da cláusula invocada (seja por não incidir em hipótese resolutória que opere contra si, seja por cumprir literalmente os procedimentos previstos pela cláusula para a resolução – *i.e.* notificação, prazo, etc.); e (c) a parte que se fiar na cláusula resolutiva deve buscar a resolução com máxima brevidade ("*without undue delay*"[1347]), sob pena se considerar tacitamente renunciado o direito à resolução.

Diante desse contexto, John Randall explica que, embora se costume afirmar que o direito inglês prestigie o acordo de vontades, conferindo às partes o direito absoluto de definir as hipóteses resolutórias, mesmo "*in circumstances amounting to only a minor*

[1344] "*Under English law it is not necessary for a party exercising an ETC [Express Termination Clauses] to do so either reasonably or in good faith. Nor, despite earlier authority apparently to the contrary, is there any wider doctrine whereby a termination notice served under an ETC may be held invalid on the ground that reliance on it would be unfair or unjust: Glencore Grain Rotterdam B. V. v Lebanese Organisationf or International Commerce*" (RANDALL, John. Express termination clauses in contracts. *Cambridge Law Journal*, v. 73, n. 1, p. 113-141, 2014, p. 118). O assunto foi comentado em mais detalhes no Capítulo 1.

[1345] PEEL, Edwin. The law of contract (Treitel), op. cit., p. 999.

[1346] Ibidem, p. 999-1000.

[1347] Ibidem, p. 1000.

breach, or even no breach at all", na prática, "*there is a well recognised judicial reluctance to construe contractual provisions as elevating otherwise inessential terms to strict conditions at common law*"[1348]. John Randall explica que, na maior parte dos casos, as cortes inglesas têm interpretado as cláusulas resolutivas no sentido de excluir sua incidência sobre hipóteses de inadimplemento de baixa gravidade[1349], de modo que, na prática, o direito inglês tem se mostrado amigável à intervenção judicial para flexibilização da cláusula resolutiva expressa, notadamente em situações de patente *injustiça*.

Entre os países de *civil law*, a situação não é muito distinta: embora a teoria clássica, calcada no rigor do *pacta sunt servanda*, sustente a prevalência das convenções e a mínima intervenção judicial, doutrina e jurisprudência contemporâneas costumam atribuir limites à cláusula resolutiva expressa.

Na França, por exemplo, a doutrina mais atual tem sustentado que, após a reforma de 2016 (e diante dos reeditados artigos 1224[1350] e 1225[1351] do Código Civil Francês), "*incontestablement, la clause résolutoire limite les pouvoirs du juge*" [1352], sujeitando-se a grau mínimo de intervenção judicial, desde que *seja validamente estipulada pelas partes* e que *seja específica* (não sendo necessário, contudo, que defina a gravidade das infrações por ela atingidas). Nesse sentido, Alain Bénabent sustenta que, justamente porque a cláusula resolutiva tem por objetivo evitar "*la nécessité d'une action en justice*" [1353] o juiz não deverá avaliar a gravidade do inadimplemento, reconhecendo como válida a resolução judicial que decorrer de qualquer violação (mesmo leve) à hipótese indicada na convenção.

Bertrand Fages ressalva, contudo, que anteriormente à reforma, os Tribunais vinham interpretando a cláusula resolutiva restritivamente, decretando a necessidade de

---

[1348] RANDALL, John. Express termination clauses in contracts, op. cit., p. 125.

[1349] "*Notwithstanding the theoretical position being as stated at the outset of this section, it seems that in practice appellate courts are inclined to construe ETCs so as only to be operable upon a serious, if not indeed a repudiatory, breach of contract*" (Ibidem, p. 126).

[1350] *Article 1224 (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2) - La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.*

[1351] *Article 1225 (Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2) - La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.*

[1352] FAGES, Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 260.

[1353] "*Afin d'éviter la nécessité d 'une action en justice et l'aléa inhérent au pouvoir d'appréciation du juge, les contractant insèrent souvent dans leur accord une clause résolutoire, c'est-à-dire prévoyant les cas dans lesquels la résolution interviendra. L'originalité est que la résolution se produit alors de plein droit, parle seul effet de la clause et sans condition de gravité (art. 1224). Le juge ne peut pas en mesurer la gravité et ne peut que constater la résolution qui s'est produite automatiquement même s'il s'agit d'un manquement très léger*" (BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15. ed. Paris: LGDJ, 2016, p. 306).

resolução judicial sempre que houvesse qualquer dúvida em relação à abrangência da cláusula (inclusive quando ela não fosse precisa em relação à gravidade das violações compreendidas). Por isso, Fages alerta que, como a reforma é muito recente, "*il n'est pas certain que ce biais interprétatif défavorable continue aujourd'hui à s'imposer*"[1354].

Assim, o direito francês anterior à reforma vinha reconhecendo como hipóteses de limitação da cláusula resolutiva, aquelas em que sua aplicação decorria de *má-fé*[1355] do credor (particularmente no caso de demora para exercício do direito resolutório[1356]), bem como nos casos de infrações contratuais muito leves, incapazes de prejudicar a execução do programa contratual[1357]. Por outro lado, não cabendo aos tribunais a revisão da oportunidade da resolução[1358], a boa-fé do devedor[1359] não era considerada elemento relevante para afastar a incidência da cláusula resolutiva.

Na Itália, por sua vez, o movimento parece ser em direção oposta. A doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de, gradualmente, atenuar a força da cláusula resolutiva, para permitir a intervenção do judiciário, sempre que se mostre necessário flexibilizar hipóteses resolutivas demasiadamente restritivas e onerosas ao devedor.

Até meados da década de 1990, a doutrina era uníssona ao conferir à cláusula resolutiva expressa força quase absoluta. Dizia Enzo Roppo que, por meio da cláusula

---

[1354] FAGES, Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 260.

[1355] "*Il est désormais constant d'affirmer que le jeu de la clause résolutoire est paralysé par la mauvaise foi du créancier. Celle-ci se démontre en examinant les conditio11s de délivrance du comn1andement. S'il a été fait de telle manière que le débiteur e puisse y répondre, la mauvaise foi est établie. Par exemple, si le créancier envoie son commandement alors qu'il sait son débiteur en vacances; s'il lui demande des travaux dans un délai irréaliste ou s'il réclame le paiement après une longue période d'omission. Un auteur a pu affirmer fort justement que ''le contrôle judiciaire s'est déplacé du contrôle des circonstances dans lesquelles la mise en demeure est faite, au contrôle du droit d'invoquer la résolution*" (CHABAS, Cécile. *Inexécution licite du contrat*. Paris: LGDJ, 2002, p. 84-85).

[1356] "*La troisième chambre civile de la Cour de cassation a refusé à une crédirentière, la résolution d'une vente pour non-paiement des arrérages alors qu'elle ne les avait pas réclamés pendant plus de dix ans. Elle ne pouvait faire jouer la clause résolutoire car la Cour de cassation a considéré que la crédirentière était de mauvaise foi. (...) On pourrait aussi recommander aux créanciers de se fonder sur des manquements récents pour invoquer la clause résolutoire. Il ne s'agit évidemment pas de leur conseiller de réagir aux moindres manquements de leur débiteur*" (Ibidem, p. 237-238).

[1357] FAGES, Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 260-261.

[1358] Nesse sentido, em comentário à reforma, Thomas Genicon, Olivier Deshayes e Yves-Marie Laithier: "*En présence d'une clause résolutoire, le juge a le pouvoir de sanctionner la mauvaise foi du créancier ou la violation d'une condition procédurale ou formelle. Mais il ne lui appartient pas de contrôler l'opportunité de la résolution décidée par le créancier. Peu importe, en conséquence, que la destruction du contrat paraisse disproportionnée par rapport à l'inexécution ou que les conséquences de l'anéantissement pour le débiteur défaillant soient rigoureuses. Seule compte la matérialité du manquement tel qu'il est décrit par la clause*" (GENICON, Thomas; DESHAYES, Olivier; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016, p. 499).

[1359] "*L'appréciation de la bonne foi est toute juridique. Elle n'autorise en aucune façon un contractant à se retrancher derrière un comportement amical pour esquiver l'exécution de ses engagements. (...) Peu importe la qualité de conduite du débiteur, le juge ne dispose pas, au nom de l'article 1134, alinéa 3, d'un pouvoir modérateur*" (JABBOUR, Rita. La bonne foi dans l'exécution du contrat, op. cit., p. 165).

resolutiva expressa, as partes subtraem do juiz "o poder de negar a resolução quando não considere suficientemente grave"[1360]. Pietro Trimarchi, no mesmo sentido, defendia que a cláusula resolutiva expressa teria por propósito exatamente retirar do "*giudice il potere di negar la risoluzione ove non li ritenga sufficientemente gravi: la valutazione giudiziale dell'obiettiva gravita dell'inadempimento è superata dalla preventiva valutazione che ne hanno fatto le parti, riconoscendolo senz'altro adeguato a giustificare la risoluzione*"[1361,1362].

Mais recentemente, contudo, doutrina e jurisprudência têm apontado para o risco que a confiança absoluta na cláusula resolutiva expressa poderia gerar para o equilíbrio contratual, passando a defender que juiz possuiria uma dúplice função: (a) de um lado, avaliar "*i comportamenti assunti dalle parti nelle more del rapporto contrattuale, valorizzando ad esempio una tempestiva riparazione*" [1363]; e (b) de outro, ponderar "*l'incidenza sull'economia complessiva del rapporto, considerando sia il pregiudizio economico concretamente sopportato dalla parte in bonis, sia l'entità dell'inadempimento medesimo, la cui soglia sarebbe però già stata prefissata dalla c.r.e. [clausola risolutiva espressa]*"[1364]. Segundo Mauro Grondona, a doutrina italiana tem, cada vez mais, defendido a ideia de que a intervenção do juiz teria por propósito dirigir o exercício da *autonomia privada* a *fins solidários*, coerentes com os valores constitucionais[1365]. Pessoalmente, contudo, defende Grondona que a cláusula resolutiva poderia sim ser

---

[1360] ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 267.

[1361] TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 69.

[1362] No mesmo sentido Pamela Schimperna (e a lista de autores por ele indicados), em artigo publicado em 1985: "*Tuttavia, in questi ultimi anni, l'orientamento della giurisprudenza appare costante nell'affermare che 'pattuita una clausola risolutiva espressa, nessuna indagine e consentita in merito all'entità della inadempienza', cosicché sarebbe ammissibile avvalersi della clausola, anche di fronte ad un inadempimento di lieve entità (Cass. 22 marzo 1949 n. 240; Cass. 8 luglio 1946 n. 812, Giur. it. 1947, I, 1 e 253; Cass. 9 agosto 1946 n. 1142, Foro it. Rep. 1946, v. Obbligazioni e contratti, 153). In questo senso si è pronunciata, inoltre, la maggior parte della nostra dottrina (vedi Mosco, La risoluzione del contratto per inadempimento, Napoli 1950, 199 ss.; GIORDANO, Sugli effetti della clausola risolutiva espressa, in Giur. compl. Cass. civ. 1946, II, 1, 197; ENRIETTI; Della risoluzione del contratto, in Commentario del codice civile, III, Delle obbligazioni, Milano 1946, 1165; contra: MESSINEO, Dottrina generale del contratto, cit., 486)*" (SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto, op. cit., p. 503).

[1363] NOCERA, Ivan Libero. Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Cedam, a. XXVI, n. 3, p. 239-248, mar. 2010, p. 245.

[1364] Ibidem.

[1365] "*Lungo questa linea si è infatti espressamente scritto che il riconoscimento del potere del giudice di intervenire sul contratto, inteso in senso ampio, sarebbe una via d'uscita apprezzabile dal dualismo liberismo/dirigismo. Nel senso che il giudice può rappresentare uno strumento di controllo e di indirizzo dell'autonomia privata attraverso l'impiego della regola di buona fede costituzionalizzata: in quest'ordine di idee, l'autonomia privata non verrebbe repressa ma soltanto indirizzata a fini solidaristici*". (GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto. *I contratti*, Milano, v. 21, n. 11, p. 1021-1033, 2013, p. 1032).

revista, porém com propósito mais objetivo, visando a garantir a *concretização da economia do contrato* (algo semelhante com a função socioeconômica do contrato, de Emilio Betti), devendo ser interpretada em relação ao contexto obrigacional em que se encontra, inclusive com relação à gravidade do inadimplemento, sob pena de caracterizar exercício abusivo de posição jurídica[1366].

No Brasil, parece-nos que a cláusula resolutiva expressa merece tratamento semelhante ao dos sistemas anteriormente mencionados. Não há dúvida de que a cláusula resolutiva represente "manifestação genuína da autonomia privada"[1367], permitindo às partes a *alocação antecipada dos riscos do contrato* e a *segurança jurídica* quanto ao seu cumprimento. Contudo, ainda que amplamente reconhecida pelo direito pátrio, o exercício legítimo da cláusula resolutiva expressa impõe que, além de válida e eficaz, ela atenda aos "limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", sob pena de caracterizar abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil.

Como se sabe, não há direitos absolutos. O processo de funcionalização dos direitos subjetivos ocorrido ao longo do último século deixou esse postulado bastante claro, impondo restrições importantes ao exercício da *autonomia privada* (princípio que, em razão desse processo, abandonou até mesmo sua antiga alcunha, *autonomia da*

[1366] Embora longo, o trecho merece transcrição, por sua relevância para nossa percepção acerca do status da cláusula resolutiva expressa no ordenamento brasileiro: "*Nella nostra prospettiva della clausola risolutiva espressa, questi fini possono evidentemente estendersi fino alla preclusione dell'operatività della clausola stessa, se riesca a provarsi che la clausola risolutiva si è in sostanza tradotta in un abuso contrattuale a danno di una parte. A mio avviso, non è invece impossibile conciliare la libertà delle parti di introdurre nel contratto una clausola risolutiva espressa con il potere del giudice di accertare la non scarsa importanza dell'inadempimento. Tutto sta nel modo in cui il diritto è usato. La prospettiva di questo scritto è quella che guarda alla buona fede non come strumento di repressione dell'autonomia contrattuale, non come strumento di giustizia contrattuale, e neppure come strumento di repressione delle condotte scorrette sia in senso morale che economico, ma semplicemente come una tecnica di analisi del significato economico della pattuizione. L'economia del contratto è qualcosa che ha una sua propria oggettività, e quindi deve essere nettamente separata dall'idea di contratto come prodotto delle volontà delle parti: conseguentemente, la regola di buona fede può essere intesa non come un criterio per alterare in un'unica direzione l'equilibrio originario del contratto (come se lo squilibrio fosse sempre e soltanto un effetto dell'abuso di potere economico di controparte); può diventare un criterio duttile attraverso il quale il giudice eserciterà bensì un controllo sull'equilibrio del contratto, ma non per stravolgerlo, cioè non per alterarlo in senso conforme alla gerarchia assiologica che si afferma vincolare ordinamento e contratto, ma per ricavare proprio dall'economia del contratto, dall'assetto economico, quelle regole giuridiche, inespresse nella pattuizione e tuttavia appropriate perché ragionevoli rispetto all'economia del contratto in quanto istituzione della società aperta, e pur in dialettico rapporto con l'assiologia dell'ordinamento. Potrà anche trattarsi di regole giuridiche contrastanti con il tenore letterale di alcune clausole contrattuali, ma che non possono per ciò solo essere qualificate come arbitrarie creazioni giudiziali, proprio perché rispecchiano l'assetto degli interessi economici del contratto. Da questo punto di vista, nulla può dunque escludere che una clausola risolutiva espressa possa essere soggetta al giudizio di cui all'art. 1455, quando vi siano buone ragioni economiche per sostenere che l'applicazione dell'art. 1455 è funzionale al rispetto dell'assetto economico che emerge dal contratto*" (GRONDONA, Mauro. Non scarsa importanza dell'inadempimento…, op. cit., p. 1032-1033).

[1367] TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa, op. cit., p. 73.

vontade). Como explica Emilio Betti, "a autonomia privada, quando é chamada a atuar no plano social, encontra, antes de mais, limites e obedece a exigências que provêm da sua própria lógica: limites e exigências, que antecedem, nesse sentido, o próprio reconhecimento jurídico"[1368]. Assim é que a cláusula resolutiva expressa deve ser elaborada e executada dentro desses limites[1369], garantindo-se que sua oponibilidade não colida com os valores que servem de pilar ao direito pátrio, seja no plano constitucional, seja diretamente no âmbito do direito privado[1370].

Assim, para que a oposição de uma cláusula resolutiva expressa não configure abuso de direito, parece-nos que, antes de qualquer coisa, é fundamental que ela seja elaborada tendo em vista a sua *finalidade*. E como pontua Pietro Trimarchi, a finalidade primordial da cláusula resolutiva expressa é identificar as obrigações consideradas pelas partes como *essenciais* para a própria existência do contrato: "*la clausola risolutiva espressa si deve riferire a obbligazioni e a modalità de inadempimento determinate, alle quali le parti attribuiscono carattere di essenzialità*"[1371]. A cláusula resolutiva expressa tem o intuito de esclarecer, de antemão e independentemente de apreciação judicial, quais obrigações pertencem à *essência do contrato*, quais as obrigações cuja inexecução eliminaria o *interesse objetivo das partes* pelo contrato.

Aline de Miranda Valverde Terra explica, com clareza, que um contrato compreende obrigações de maior relevância, essenciais à sua existência, e outras de relevância secundária, posto que "sua inexecução não é capaz de comprometer a satisfação do interesse do credor". E conclui a autora: "a obrigação passível de constar do suporte fático da cláusula resolutiva expressa é, pois, aquela essencial, imprescindível para a

---

[1368] BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 264.

[1369] Como diz Ruy Rosado, "a cláusula resolutiva, apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências de justiça comutativa. Se o incumprimento do devedor, especialmente nos contratos com pagamentos parcelados, não ofende substancialmente o interesse do credor, a resolução da relação por invocação do pacto constitui abuso da posição jurídica e não deve ser referendada" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 183).

[1370] Nesse mesmo sentido, acerca do direito português, é a lição de Brandão Proença: "Poderão as partes (ou uma delas) derrogar o 'objectivismo valorativo', convencionando uma resolução referida a um incumprimento objectivo ou subjectivamente insignificante? Sintetizando, *hic et nunc*, as considerações que fomos fazendo sobre o ponto em questão, diremos que a relevância resolutiva da *lex contractus* e a abertura resultante da sintonia entre os arts. 405.º, 1, *in fine*, do C.C. (não seria preferível uma norma como a do art. 1456.º, 1 do 'Codice Civile'?) não é ilimitada, pois não pode violar os critérios valorativos de gravidade fixados em normas imperativas (*v.g.*, os dos arts. 934.º e 1093.º, 1 do C.C. e 22.º, 1 da L.A.R.) e está sujeita ao controle do princípio da boa fé (reivindicamos a generalização do critério do art. 802.º, 2 do C.C., enquanto norma quase imperativa condicionante de adesão contratual ou suporte normativo de um controle judiciário *a posteriori*) e ao estrito objectivismo (igualmente protector) do art. 808.º, 2 do C.C." (PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil, op. cit., p. 146).

[1371] TRIMARCHI, Pietro. Il contratto: inadempimento e rimedi, op. cit., p. 69.

realização da função econômico-individual do negócio"[1372]. A despropositada inclusão, dentre as hipóteses resolutivas, de obrigações secundárias - concretamente irrelevantes e, muitas vezes, resultado de malícia[1373] de uma das partes (ou de abuso, por quem se encontra em posição de vantagem na negociação), visando à inclusão no contrato de condições extremamente favoráveis, que lhe permitam uma eventual fuga oportunista -, contraria a boa-fé objetiva e a finalidade econômica e social da cláusula resolutiva, caracterizando ato abusivo. A cláusula resolutiva expressa será considerada *abusiva* e o recurso a ela será considerado *abuso de direito*.

Da mesma forma deverá ser interpretada a cláusula resolutiva que vier a contemplar, *injustificadamente*, hipóteses de inadimplemento de pequena gravidade[1374], assim como inadimplementos relativos que sejam insuficientes para impactar a essência do contrato. A cláusula resolutiva expressa, como se disse, é *finalística* e, assim sendo, deve limitar-se a enunciar hipóteses que mantenham relação com o eixo central do contrato, que se mostrem essenciais à celebração e à manutenção da avença[1375].

Não se está a afirmar que não existam situações concretas que possam justificar uma atenção especial das partes a obrigações geralmente tidas como de menor importância[1376]. É normal que, em alguns contratos, atrasos mínimos (de dias, ou mesmo horas) sejam considerados absolutamente relevantes, omissões normalmente irrelevantes sejam tidas como fundamentais, a substituição de produtos por itens equivalentes seja considerada inadmissível (por exemplo, por confiança em determinada marca). O que se está a dizer é que, para que sejam inseridas na cláusula resolutiva, é fundamental que (a) tais hipóteses efetivamente reflitam o substrato fático e a lógica do contrato do qual fazem parte; (b) haja manifesta e legítima concordância das partes a esse respeito; e (c)

[1372] TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa, op. cit., p. 75.

[1373] "O direito, como já vimos, não dá o seu apoio ao capricho e ao arbítrio individual, mas a funções práticas, que tenham uma relevância e uma utilidade social, e que, por isso mesmo, mereçam ser estavelmente organizadas". (BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, op. cit., p. 264).

[1374] "Ademais, há de sempre se ter em vista o princípio da boa-fé objetiva, bem como a justiça comutativa, pelo que não deverá ser reconhecida a validade de cláusula resolutiva que admita a resolução do contrato por descumprimento de obrigação de reduzida importância" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 119).

[1375] "Destaque-se que esse controle não fica afastado pela previsão de cláusula resolutiva expressa, impondo-se, mesmo nas situações previstas pelos contratantes como aptas a autorizar a resolução do contrato, realizar um juízo de merecimento de tutela sobre tal disposição, ou seja 'investigar se a lesão é de tal monta a impactar negativamente na finalidade do contrato em exame, na consecução do resultado útil programado'" (SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 495).

[1376] "[N]ão importa que, em abstrato, a obrigação seja considerada de pouca importância, uma simples obrigação acessória, ou mero dever de conduta; imprescindível é que, no âmbito do específico regulamento de interesse, assuma relevância ímpar para a plena realização do programa contratual" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa, op. cit., p. 76).

interpretadas à luz do contrato, tais hipóteses sejam coerentes com a economia do contrato, com o equilíbrio contratual.

Caberá, assim, ao juiz, o desempenho da tarefa proposta por Mauro Grondona: cotejar a hipótese contratual com o efetivo substrato fático. As hipóteses indicadas na cláusula resolutiva expressa gozarão de *presunção de legitimidade*, permitindo ao credor que, querendo, promova a imediata resolução extrajudicial do contrato[1377]. No entanto, caso a resolução extrajudicial seja desafiada judicialmente pelo devedor[1378], caberá ao juiz não apenas (a) verificar se a conduta do devedor enquadra-se na hipótese prevista na cláusula resolutória, mas também (b) avaliar as condições de validade e eficácia da cláusula; e (c) determinar se as hipóteses resolutivas constantes da cláusula refletem a *essência do contrato*, e se são compatíveis com a *economia do contrato* e com a *totalidade das obrigações assumidas pelas partes* – ou se, ao revés, indicam obrigações de menor importância, ou infrações de menor gravidade, incapazes de prejudicar a execução do programa contratual e o atingimento da finalidade do contrato[1379]. Se entender que a hipótese resolutiva em análise não é *essencial*, a cláusula deve ser considerada abusiva, estando o juiz autorizado a avaliar a hipótese resolutiva à luz do regime geral (considerando a gravidade do inadimplemento e, se for o caso, aplicando a teoria do adimplemento substancial).

Além disso, ainda que a cláusula resolutiva não seja considerada, *per se*, abusiva, a abusividade pode decorrer do comportamento do credor. Assim ocorrerá quando a invocação da cláusula resolutiva denotar *má-fé* ou *comportamento contraditório* do credor. Na primeira hipótese, os casos apontados pela doutrina francesa são bastante

---

[1377] Cécile Chabas explica, acerca do direito resolutório decorrente da cláusula resolutiva expressa, que: "*Il s'agit d'um droit potestatif qui s'exprime dans le choix qu'a la victime entre faire jour la clause ou recourir au juge. La présence d'une clause résolutoire n'interdit pas à la victime de demander l'exécution forcée, ou de demander la résolution judiciaire. De la même façon, le fait d'avoir demandé l'exécution forcée ou la résolution judiciaire, n'empêche pas la victime d'user de son droit de résolution*" (CHABAS, Cécile. Inexécution licite du contrat, op. cit., p. 86-87). Ruy Rosado, por sinal, enxerga, em alguns casos, vantagem na opção pela via judicial, na medida em que, ao obter a declaração resolutória, o credor "espancaria qualquer dúvida" e conferiria maior segurança à resolução (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 184).

[1378] Optando o credor pela resolução extrajudicial, caberá ao devedor promover ação judicial para desafiar a resolução, seja questionando a validade/eficácia da cláusula resolutiva, seja sustentando que sua conduta não corresponde à hipótese prevista em contrato, seja ainda para, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva e na teoria do abuso de direito, arguir a abusividade da cláusula ou de sua invocação. (BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos..., op. cit., p. 97; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 184).

[1379] "A apuração da essencialidade requer, em definitivo, a análise da obrigação em cotejo com a unitária disciplina negocial, sem descurar da concreta utilidade que a obrigação se presta a promover no contexto da específica relação contratual, as características das partes e as legítimas expectativas despertadas" (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa, op. cit., p. 78).

ilustrativos[1380]: o credor que solicita a prestação desnecessária de serviços quando sabe estar ausente o devedor; o credor que notifica o devedor durante férias de que tinha conhecimento, ou notifica o devedor no endereço indicado no contrato, mesmo sabendo ter o devedor se mudado. Enfim, sempre que perceber que a invocação da cláusula resolutiva empresa decorre de má-fé do credor (ou, ainda, da mera intenção oportunista do credor de resolver o contrato), o juiz deve julgar abusivo o exercício do direito resolutório. Na segunda hipótese, tem-se o caso do credor que não exerce o direito resolutório logo após o evento infrativo (uma única vez ou várias vezes, tratando-se de contrato de trato sucessivo), decidindo fazê-lo muito tempo depois. Nesse caso, a depender das circunstâncias concretas, o juiz poderá interpretar a longa omissão do credor como renúncia à cláusula resolutiva, ou como tolerância a infração de pequena relevância, e, em qualquer dos casos, o exercício do direito resolutório será considerado *comportamento contraditório*, contrário à boa-fé[1381]. O juiz estará, então, livre para apreciar a hipótese infrativa à luz da *cláusula resolutiva tácita*, podendo avaliar o direito resolutório conforme a gravidade do inadimplemento[1382].

[1380] FAGES, Bertrand. Droit des obligations, op. cit., p. 260-261; CHABAS, Cécile. Inexécution licite du contrat, op. cit., p. 237-238.

[1381] "O prolongado silêncio, a evidenciar, nas circunstâncias do contrato, o desinteresse do credor, deve ser considerado como renúncia ao exercício do direito formativo de resolução, tanto mais que o prazo curto para purgar a mora faz supor que a diligência do credor tenha sido também prontamente adotada, tão logo preenchidos os requisitos para a notificação. Ademais, a situação poderá caracterizar *venire contra factum proprium*, se a duradoura inércia do credor a convicção de que não mais seria usado o direito extintivo" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor, op. cit., p. 189).

[1382] Em sentido contrário, Daniel Ustarroz: "Como corolário lógico dessa legítima concretização da autonomia da vontade, que é tutelada com especial carinho pelo direito, não há espaço para o contratante faltoso argüir em juízo a nulidade ou irrelevância da cláusula que expunha a hipótese de inadimplemento. Decorre essa orientação do princípio da boa-fé objetiva, que aqui assegura ao contraente fiel a liquidez das expectativas que formou quando da celebração da avença. Ora, se, ao formarem o pacto, as partes apontam de antemão casos nos quais o contrato é resolvido, descabe ao Judiciário outra conduta que não a de chancelar suas vontades. Dentro desse contexto, qualquer alteração do conteúdo do contrato deve se dar mediante o reconhecimento das figuras que permitem a anulação do negócio jurídico e jamais pela mera vontade do julgador e sua idéia particular de justiça. Quer isto dizer que, caso o contrato tenha sido celebrado longe de vícios, não cabe a terceiros analisar a gravidade ou não da conduta prescrita na cláusula resolutiva, pois a mesma fora elaborada pelos próprios interessados. Excetuam-se aqui, por evidente, as relações negociais havidas não pelo consenso dos participantes, mas pela adesão de uma parte à vontade alheia, pois nestas hipóteses não há espaço para se falar em consagração da autonomia da vontade" (USTARROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 304, n. 36, 2003). Também em sentido contrário, Luiz Guilherme Loureiro: "Através da cláusula resolutiva expressa, as partes limitam o papel do juiz, que não poderá verificar a gravidade do não cumprimento de uma parte, tendo em atenção o interesse da outra e não poderá decidir pela não extinção do contrato. Assim, as partes subtraem do juiz o poder de verificar a efetiva gravidade do descumprimento da obrigação para decidir pela resolução ou não do contrato" (LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo Código Civil*: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 275).

4.3. O tratamento de alguns casos específicos

Por fim, concluída a discussão sobre as teorias do *adimplemento* e do *inadimplemento substancial*, cumpre-nos tecer alguns comentários sobre sete matérias cuja aplicação da teoria do adimplemento substancial mereceu tratamento específico por parte do Superior Tribunal de Justiça. São elas: (a) a exceção do contrato não cumprido; (b) a alienação fiduciária em garantia, (c) os contratos de arrendamento mercantil; (d) o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta; (e) os contratos de seguro, (f) a insuficiência do depósito realizado em ação consignatória; e (g) os débitos de natureza alimentar.

4.3.1. Exceção do contrato não cumprido

Dos 63 julgados do Superior Tribunal de Justiça que trataram diretamente da teoria do adimplemento substancial, 7 trataram de casos em que a teoria foi invocada no contexto da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), regra, insculpida no artigo 476 do Código Civil, segunda a qual, "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

Embora a literalidade do artigo 476 sugira trata-se da exceção do contrato não cumprido como pressuposto para exercício de uma de uma pretensão contratual, fato é que a doutrina tem interpretado o instituto como verdadeira *exceção em sentido estrito*[1383], i.e. como verdadeira defesa[1384] disponibilizada à parte que, de acordo com a ordem de cumprimento estabelecida pelo programa contratual, devendo prestar após a contraparte, ainda não recebeu aquilo que lhe era devido.

A possibilidade de se invocar a exceção do contrato não cumprido é decorrência lógica do *princípio da interdependência funcional das obrigações sinalagmáticas*[1385], que

---

[1383] "[A] exceção pode ser definida como o contradireito de que o demandado, judicial ou extrajudicialmente, pode valer-se para encobrir – neutralizar – a eficácia irradiada do direito, da pretensão, da ação a que se contrapõe" (BIAZI, João Pedro de Oliveira. A exceção do contrato não cumprido..., op. cit., p. 22).

[1384] Como explica Larenz, a exceção do contrato não cumprido tem natureza de defesa, pois atribui àquele que deve prestar "*un derecho a negar su prestación hasta que el demandante no efectúe la contraprestación que le incumbe*". Tratando-se de defesa, "*cuando el demandado no opone dicha excepción, entonces el juez le condenará simplemente a cumplir su prestación, aunque sea evidente que el actor por su parte no haya cumplido la suya, ni esté excepcionalmente facultado para exigir anticipadamente la de su contraparte*" (LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 268-269).

[1385] Darcy Bessone prefere falar na *regra dos correlativos*: "Nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas e interdependentes (*donnant*, *donnant*, como dizem os franceses ou, *Zug um Zug*, como se

pressupõe que nas relações de troca a existência de uma relação de "*correspectividade e interdependência*", que deve se manter durante todo o processo obrigacional, caracterizando o chamado *sinalagma funcional*, ícone da comutatividade contratual. Como explica Mário Júlio de Almeida Costa, "a reciprocidade ou contrapartida das prestações se manifesta e releva durante a vida do contrato, designadamente quanto à simultaneidade do cumprimento, ou seja, a execução por uma das partes encontra-se condicionada à execução pela outra"[1386].

A execução do contrato não cumprido, portanto, visa a manter a *bilateralidade* e o *equilíbrio econômico-funcional do contrato*, impedindo que apenas uma das partes seja exposta a risco majorado de inadimplemento, o que implicaria indesejada situação de *desequilíbrio*. Nesse caso, como explica Darcy Bessone, a exceção suspende temporariamente a execução do contrato, até que se sane a inadimplência e se restabeleça o equilíbrio[1387]. Assim, diferentemente do direito de resolução, a exceção do contrato não cumprido opera não apenas diante do inadimplemento absoluto, mas também da mora[1388], e tem como uma de suas funções a conservação dos negócios jurídicos, pois visa ao cumprimento da obrigação, ainda que fora do prazo inicialmente estipulado[1389].

Por sinal, embora se fale genericamente em *exceção do contrato não cumprido*, quando se confronta a *exceptio* com a teoria do adimplemento substancial, está-se, mais propriamente, a falar na *exceptio non rite adimpleti contractus*. Como diz Orlando Gomes, "admite-se, ao lado da *exceptio non adimpleti contractus*, a *exceptio non rite adimpleti contractus*. A primeira para o caso de inadimplemento da obrigação. A outra para a hipótese do cumprimento incompleto, seja porque o devedor somente tenha satisfeito, em parte, a prestação, seja porque a cumpriu de modo defeituoso"[1390].

---

exprimem os alemães). Obedecem, pois, à chamada regra dos correlativos, o que significa que elas se servem reciprocamente de causa. Então, se um dos contratantes não cumpre a obrigação assumida, rompe-se a equivalência calculada ao celebrar-se a convenção, com repercussões fatais no jogo normal do contrato e nos próprios pressupostos do consentimento. Sempre se reconheceu que, verificada a anomalia, o contrato pode ser dissolvido. Mas a essa solução radical pode o contratante prejudicado preferir outra mais branda: recusar-se a cumprir o contrato até que o inadimplente cumpra o prometido. Assim, por meio de uma opção, salvará o vínculo, evitando o pior" (BESSONE, Darcy. Do contrato, op. cit., p. 199).

[1386] COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações, op. cit., p. 361.

[1387] "Tal exceção não visa a afetar o contrato, que, ao contrário, se salva, evitando-se resolvê-lo. Tem por fim suspender temporariamente a sua execução, que se realizará logo que se sane a inadimplência. Mais exatamente, pode-se dizer que, já suspensa ilegitimamente a execução por uma das partes, a outra legitimamente a suspende também, à procura da restauração do equilíbrio, tornando bilateral a inadimplência, antes unilateral". (BESSONE, Darcy. Do contrato, op. cit., p. 200).

[1388] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo Código Civil..., op. cit., p. 765.

[1389] BIAZI, João Pedro de Oliveira. A exceção do contrato não cumprido..., op. cit., p. 115.

[1390] GOMES, Orlando. Contratos, op. cit., p. 110.

E embora não esteja expressamente prevista na literalidade do artigo 476 do Código Civil, "é bastante pacífico na doutrina que a oposição da exceção do contrato não cumprido é possível nesse formato, pois o cumprimento defeituoso da obrigação não deixa de ser inadimplemento"[1391]. São dois os pontos que, ainda, geram alguma celeuma: o primeiro, diz respeito aos efeitos da *exceptio non rite* (se o adimplemento defeituoso da contraparte serviria a afastar total ou apenas proporcionalmente a prestação devida); o segundo, diz respeito à extensão do inadimplemento (se inadimplementos de qualquer gravidade justificariam a invocação a exceção).

Acerca do primeiro ponto, a doutrina tem defendido que, em se tratando de obrigações indivisíveis, a *exceptio non rite*, desde que admissível, opera-se sobre a totalidade da obrigação. Por outro, tratando-se de obrigações divisíveis, a exceção se aplicaria, sempre que possível, *proporcionalmente*, permitindo ao excipiente recusa da prestação de parcela proporcional àquela que lhe é devida[1392].

Sobre o segundo ponto, afirma Iturraspe que, embora doutrina e jurisprudência afirmem que o inadimplemento que permitir a *exceptio* é aquele que possui alguma gravidade, "*es imposible sentar, al respecto, reglas fijas de interpretación para determinar esa gravedad*"[1393]. De acordo com Iturraspe, "*la buena fe, los usos y costumbres, la regla moral, pautas del ejercicio regular de los derechos, orientarán al juez para decidir en cada caso que se le plantee*"[1394].

No Brasil, contudo, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente sobre o tema, notadamente quando teve a oportunidade de avaliar a aplicação da teoria do adimplemento substancial à exceção do contrato não cumprido (*i.e.* se a exceção poderia ser invocada diante de inadimplemento mínimo da contraparte). Conforme se explicou no capítulo anterior[1395], a teoria do adimplemento substancial, embora amplamente recepcionada pelo direito brasileiro, o foi com base em premissas equivocadas, especialmente a de que a teoria serviria, única e tão somente, a impedir *resolução contratual*, em razão de inadimplemento de baixa gravidade. O paradigmático voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira é contundente nesse sentido. Diz o Ministro, ao abrir o voto: "No caso presente, a discussão central diz respeito à incidência da chamada 'Teoria do Adimplemento Substancial', instituto cuja aplicação pode, eventualmente, restringir a

[1391] BIAZI, João Pedro de Oliveira. A exceção do contrato não cumprido..., op. cit., p. 207.
[1392] Ibidem.
[1393] ITURRASPE, Jorge Mosset. Contratos, op. cit., p. 436.
[1394] Ibidem.
[1395] Particularmente nas seções 3.4.1 e 3.4.2.

prerrogativa da resolução contratual autorizada pela primeira parte do art. 475 do CC/2002"[1396]. Ora, sendo essa a opinião comumente difundida por doutrina e jurisprudência, natural que a invocação da teoria em sede de exceção do contrato no cumprido (notadamente em hipóteses de evidente mora), pudesse causar alguma celeuma, merecendo tratamento em apartado.

O primeiro caso envolvendo a teoria do adimplemento substancial e a exceção do contrato não cumprido a chegar a um órgão colegiado do STJ foi o Recurso Especial nº 226.283/RJ, que teve a relatoria do Ministro Barros Monteiro[1397] e foi jugado em maio de 2001. O recurso, contudo, terminou não conhecido, por questões formais (Súmula nº 7/STJ), sendo de pouca valia para a definição da posição do Tribunal acerca do tema. O caso tem como destaque apenas o voto divergente proferido pelo Ministro Ruy Rosado, que, superando as questões processuais, deu provimento ao recurso mediante acolhimento da teoria do adimplemento substancial. De toda forma, tratando-se de ação de resolução de contrato (em que a teoria do adimplemento substancial atuaria para proteger o próprio excipiente), a decisão pouco diz até mesmo sobre a posição pessoal do Ministro Ruy Rosado, que restou vencido.

Assim sendo, o primeiro caso a efetivamente abordar a questão aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial à exceção do contrato não cumprido foi o Recurso Especial nº 883.990/RJ[1398], de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado em abril de 2008. Trata-se, em síntese, de ação de resolução de promessa de compra e venda de imóvel, no valor de R$1.900.000,00, em que os compradores (ora réus/recorridos), invocando a exceção do contrato não cumprido, recusavam-se a pagar o saldo do preço (R$1.029.000,00) em razão da existência de débitos de IPTU, supostamente de responsabilidade dos vendedores (ora autores/recorrentes), no valor aproximado de R$37.000,00.

São dois os elementos principais trazidos pelo voto do Ministro Fernando Gonçalves: (a) em primeiro lugar, a "flagrante desproporção" entre o valor devido pelos compradores e o débito fiscal dos vendedores, a justificar a invocação da exceção do contrato não cumprido (de um lado, R$1.000.000,00; de outro R$37.000,00); (b) em segundo lugar, a pequena proporção do inadimplemento dos vendedores em função das

[1396] STJ, REsp nº 1581505/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/8/2016, publicado em 28/9/2016.
[1397] STJ, REsp nº 226.283/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 22/5/2001, publicado em 27/8/2001.
[1398] STJ, REsp nº 883.990/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 1/4/2008, publicado em 12/8/2008.

integralidade das obrigações previstas por eles assumidas. Acerca do segundo ponto, afirma o Ministro Gonçalves: "em relação ao imóvel, objeto do negócio, já houve a tradição, a indicar, quando nada, o adimplemento substancial do contrato. A obrigação principal, repita-se, é a entrega do imóvel, já concretizada, mediante pagamento em tratos sucessivos"[1399]. Assim, partindo da premissa de que *a exceção do contrato não cumprido teria por objetivo proteger o excipiente do eventual inadimplemento da contraparte*, o Ministro Gonçalves afasta a incidência da *exceptio* diante do adimplemento substancial dos vendedores.

É interessante, ainda, o voto do Ministro João Otávio de Noronha que, acompanhando o voto do relator, acrescentou que a exceção do contrato cumprido não poderia ser invocada, por representar, no caso em análise, verdadeiro "obstáculo para impedir o cumprimento da avença"[1400], o que não apenas deturparia aplicação do artigo 476 do Código Civil, como representaria violação aos artigos 113 e 421 do mesmo diploma, por violar a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A posição do STJ favorável à compatibilidade entre a teoria do adimplemento substancial e a exceção do contrato não cumprido foi ratificada expressamente no julgamento do Recurso Especial nº 1.215.289/SP. Novamente em caso envolvendo compromisso de compra e venda parcelada de imóvel - agora em situação em que o vendedor recusava-se a outorgar a escritura definitiva de compra e venda, em razão de suposta falta de pagamento -, o Ministro Sidnei Beneti afirma, categoricamente, que "verifica-se uma apenas aparente incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial. No entanto, tais institutos coexistem perfeitamente, podendo ser identificados sem ofensa à segurança jurídica decorrente oriunda da autonomia privada"[1401]. Assim sendo, e admitindo o adimplemento substancial por parte do comprador, o Ministro Beneti entende por afastar a exceção do contrato não cumprido.

Não há dúvida de que, se há alguma "incompatibilidade" entre a *teoria do adimplemento substancial* e a *exceção do contrato não cumprido*, tal "incompatibilidade" é apenas aparente. Mas a verdade é que nem "*incompatibilidade aparente" parece*

[1399] STJ, REsp nº 883.990/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 1/4/2008, publicado em 12/8/2008.
[1400] Ibidem.
[1401] STJ, REsp nº 1215289/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 5/2/2013, publicado em 21/2/2013.

existir[1402]. Isso porque, como diz Caio Mário da Silva Pereira, sendo a *exceptio* um "instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado"[1403]. Anderson Schreiber, em abordagem levemente distinta, analisa que o "vínculo de dependência funcional entre as obrigações de parte a parte" [1404] seria pressuposto do instituto da *exceptio*, razão pela qual o descumprimento de obrigações funcionalmente incompatíveis não justificaria a invocação da exceção (p.ex. o descumprimento de uma obrigação acessória não poderia servir de barreira à execução de uma obrigação principal).

Portanto, não há dúvida de que *a exceptio non rite adimpleti contractus não pode ser invocada diante de inadimplemento de pequena gravidade*. Nesse caso, parece-nos que, a bem da verdade, não seria sequer necessário recorrer à teoria do adimplemento substancial para justificar a referida limitação, bastando confiar *diretamente na boa-fé*, em sua *função limitadora de direitos*[1405]. A invocação da exceção do contrato não cumprido

---

[1402] Por sinal, a análise dos casos que deram origem à *doctrine of substantial performance*, na Inglaterra, realizada em detalhe no capítulo 2, evidencia o vínculo umbilical entre a teoria do adimplemento substancial e a exceção do contrato não cumprido. Como a teoria nasceu da dicotomia *independent / dependent condition*, boa parte dos seus casos originários diziam respeito a verdadeiras invocações da *exceptio* (ainda que assim não fosse conhecida no direito inglês): em contratos sinalagmáticos, com ordem de execução de prestações, discutia-se se o descumprimento (ou cumprimento parcial) de uma determinada *condition* seria ou não suficiente para justificar o descumprimento de outra *condition* (i.e. se aquela primeira seria *condition precedent* da segunda). A semelhança é notória e denota que, muito ao contrário de "incompatibilidade", o que existe entre os institutos é um vínculo inato.

[1403] "Mais apuradamente se assenta o princípio, atendendo-se a que cada um dos contratantes está sujeito ao cumprimento estrito das cláusulas contratuais, e, em consequência, se um não o faz de maneira completa, pode o outro opor-lhe em defesa esta exceção levada ao extremo de recusar a *res debita* se, cumprido embora o contrato, não o fez aquele de maneira perfeita e cabal – *exceptio non admpleti rite contractus*, vale dizer que deixa de prestar e a isto se não sente obrigado, porque a inexatidão do implemento da outra parte equivale à falta de execução. Não pode, porém, ser levada a defesa ao extremo de acobertar o descumprimento sob invocação de haver o outro deixado de executar parte mínima ou irrelevante da que é a seu cargo. Sendo o instituto animado de um sopro de equidade, deve à sua invocação presidir a regra da boa-fé, não podendo erigir-se em pretexto para o descumprimento do avençado. Assim é que, se ambas as prestações têm de ser realizadas sucessivamente, é claro que não cabe a invocação da *exceptio* por parte do que deve em primeiro lugar, pois que a do outro ainda não é devida; mas, ao que tem de prestar em segundo tempo, cabe o poder de invocá-la, se o primeiro deixou de cumprir. Sendo simultâneas, a sua interdependência funcional autoriza a recusa, sob alegação de falta de cumprimento pois que non *servanti fidem non est fides servanda*" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civi, op. cit., v. 3, p. 130).

[1404] "Pressuposto do instituto é o vínculo de dependência funcional entre as obrigações de parte a parte. Descabe a *exceptio* se ausente esse vínculo. É o caso do contratante que se recusa a cumprir uma obrigação principal em virtude do descumprimento de uma obrigação meramente acessória, tal como no exemplo do comprador que deixa de efetuar o pagamento do automóvel já entregue por ter o vendedor deixado de fornecer o manual do veículo. Recorde-se, ainda, que mesmo quanto às prestações interdependentes, aplica-se a teoria do adimplemento substancial, não se admitindo a suspensão da exigibilidade diante de descumprimento de pouca importância" (SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo, op. cit., p. 518-519).

[1405] "*Importancia del incumplimiento - Finalmente, otro requisito de este remedio de la suspensión de cumplimiento, es que su ejercicio no debe ser contrario a la buena fe. No es viable cuando el incumplimiento en que pretende justificarse, es de escasa importancia. A la luz de la buena fe debe valorarse esa razonable proporcionalidad que debe existir entre el incumplimiento en que se funda el*

diante de inadimplementos de baixa gravidade representaria *abuso de direito* e, como tal, seria vedada não apenas pelo artigo 422, mas especialmente pelo artigo 187 do Código Civil.

Foi mais ou menos sob essa perspectiva que adotou o STJ, em 2010, em julgamento que, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, discutiu a gravidade do inadimplemento a justificar a *exceptio non adimpleti contractus*. De acordo com o voto da Ministra Relatora, a exceção do contrato garantiria àquele que presta por último o direito de postergar o cumprimento "enquanto o outro contratante não satisfizer sua própria obrigação. Todavia, a recusa da parte em cumprir sua obrigação deve guardar proporcionalidade com a inadimplência do outro, não havendo de se cogitar da argüição da exceção quando o descumprimento do contrato é parcial e mínimo"[1406]. Sem invocar a teoria do adimplemento substancial, a Ministra optou por avaliar o instituto da *exceptio* simplesmente à luz da boa-fé e da equidade. A solução, não há surpresa, é exatamente a mesma.

4.3.2. Alienação fiduciária em garantia

A alienação fiduciária em garantia não é propriamente um instituto recente, tendo suas origens no direito romano pré-clássico, tratando-se de pacto acessório (*pactum fiduciae*), aposto à *mancipatio* ou à *in iure cessio*, que tinha como um de seus principais propósitos garantir o adimplemento de uma obrigação (*pactum fiduciae cum creditore pignoris iure)*[1407]: por meio do *pactum fiduciae* o credor de uma obrigação preexistente tornava-se proprietário de um bem do devedor, comprometendo-se a restituí-lo, tão logo fosse cumprida a obrigação.

Instituída no Brasil por meio da Lei nº 4.728/1965, e reformulada/expandida pelo Decreto-Lei nº 911/1969, a alienação fiduciária de bem móvel manteve, no direito moderno, muito de sua estrutura clássica, tratando-se de *negócio fiduciário* voltado à transmissão temporária da propriedade para o fim específico de garantir um negócio jurídico principal[1408]. Mais recentemente, a alienação fiduciária de bem móvel foi objeto de

---

remedio y el no cumplimiento con el que se el da respuesta cuando de hace uso de la suspensión" (APARICIO, Juan Manuel. Contratos, op. cit., p. 314-315).

[1406] STJ, REsp nº 981.750/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/4/2010, publicado em 23/4/2010.

[1407] ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, op. cit., p. 487-488.

[1408] "Não obstante essas ressalvas, a doutrina é majoritária no sentido de conceber a alienação fiduciária como espécie do gênero negócio fiduciário, basicamente por dois motivos: a) porque o fiduciário deve

regulação pelo Código Civil (artigos 1.361 a 1.368), pelas Leis nºs 10.931/2004 e 13.043/2014 (que alteraram dispositivos da Lei nº 4.728/1965 e do Decreto-Lei nº 911/196, conferiram nova redação ao artigo 1.367 e incluíram os artigos 1.368-A e 1.368-B Código Civil). A alienação fiduciária de bem imóvel, por sua vez, foi instituída no direito brasileiro por meio da Lei nº 9.514/1997.

No direito brasileiro, portanto, a alienação fiduciária pode ser entendida como um contrato por meio do qual se estabelece uma propriedade resolúvel[1409] em favor do credor, permanecendo o devedor na posse da coisa dada em garantia até a completa quitação da obrigação, em geral caracterizada por longo financiamento obtido perante instituição financeira. Como explica Vera Helena de Mello Franco, "cuida-se de garantia real, prestada em contrato bilateral, comutativo, formal, e, em regra, por adesão. É, todavia, negócio jurídico subsidiário, cuja existência depende do negócio principal, tendo em vista sua natureza de negócio de garantia"[1410].

Adimplida a obrigação, a propriedade consolida-se em nome do devedor. Contudo, inadimplida a obrigação, a lei oferece ao credor mecanismos para rápida satisfação do seu crédito: constituída a mora *ex re*[1411], o credor poderá, mediante procedimentos bastante simples, promover a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente e, em caso de persistência do inadimplemento, obter a consolidação da propriedade, vender o bem a terceiros e pagar-se com o resultado da venda.

Tal procedimento, é fundamental dizer, foi amplamente modificado em 2004 e 2014, a pretexto de se conferir maior proteção às instituições financeiras para concessão e

---

agir sempre com lealdade, no sentido de restituir a propriedade assim que implementar a condição resolutiva, até porque, como observa Orlando Gomes, o fiduciário não age como proprietário, mas sim como titular de uma garantia, enquanto não se der a satisfação do crédito; b) porque a transmissão da propriedade ocorre em dois momentos: primeiro, a transmissão ao fiduciário, a título de garantia, em caráter transitório, tal como no negócio fiduciário; depois, a restituição do bem ao domínio do fiduciante, uma vez cumprida a obrigação garantida" (CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária*: negócio fiduciário. 6. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, *E-book*, p. 125).

[1409] "O domínio de coisa móvel ou imóvel passível de perda por implemento de condição ou advento do termo, previstos no título de aquisição, ou devido à causa superveniente, recebe do Códex a denominação genérica de propriedade resolúvel, cujos efeitos se acham regulados nos artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil, que reproduzem, respectivamente, os arts. 647 e 648 do Código Beviláqua. (...) Tratando-se de propriedade resolúvel, desde que o fato previsto se verifique, *ipso facto* cessa o efeito jurídico do ato negocial e de pleno jure. O alienante não carece de ação judicial para reassumir o domínio da coisa, pois a resolução se opera automaticamente, daí poder reivindicar o objeto sem uma prévia sentença declaratória" (NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito das Coisas. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 4, *E-book*, p. 340-341)

[1410] FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*: direito civil e empresarial. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 90.

[1411] Decreto-Lei nº 911/1969 – "Art. 2º. (...) § 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário". Redação dada pela Lei nº 13.043/2014.

recuperação de seus créditos. Até o advento da Lei nº 10.931/2004, o Decreto-lei nº 911/1969 previa que, promovida a busca e apreensão, o devedor seria citado a contestar (em 3 dias) ou, se já tivesse pago ao menos 40% do preço financiado, a *purgar a mora*. Havendo intenção de purgação da mora, seria conferido ao devedor o prazo de até 10 dias para fazê-lo. Esse procedimento, contudo, foi alterado pela Lei nº 10.931/2004, eliminando-se a expressa possibilidade de purgação da mora e passando-se a *exigir do devedor o pagamento integral da dívida pendente*, em até 5 dias contados da execução da busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente[1412]. Efetuado o *pagamento integral da dívida pendente*, o bem seria restituído ao devedor, livre de ônus. Não efetuado, consolidar-se-ia a propriedade em nome do credor, que poderia, então, dispor livremente do bem, a fim de satisfazer seu crédito.

Trata-se, como visto, de regime extremamente protetivo ao credor. Bem por isso, a aplicação da teoria do adimplemento substancial à alienação fiduciária em garantia foi objeto de tratamento em apartado pelo Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência que, assim como a legislação federal, guinou bruscamente ao longo dos anos. Dos diversos casos que chegaram à apreciação de órgãos colegiados da Corte, quatro merecem especial destaque: (a) o Recurso Especial nº 272.739/MG[1413], de relatoria do Ministro Ruy Rosado, primeiro caso dessa natureza a ser julgado pelo STJ, em 2001; (b) o Recurso Especial nº 1.287.402/PR[1414], de relatoria do Ministro Marco Buzzi, responsável por alterar a jurisprudência até então consolidada sobre o tema, ante as alterações promovidas pela Lei nº 10.931/2004; (c) o Recurso Especial nº 1.255.179/RJ[1415], de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que, já sob a égide da Lei nº 13.043/2014 e da importante decisão prolatada pela Segunda Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial n° 1.418.593/MS[1416], em sede de recurso repetitivo[1417], replicou à Terceira Turma o entendimento anteriormente exarado pela Quarta; e, finalmente, (d) o Recurso Especial nº 1.622.555/MG, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, que, bastante recente, solidificou o entendimento atual da Corte.

[1412] CHALHUB, Melhim Namem. Alienação Fiduciária, op. cit., *E-book*, p. 211.

[1413] STJ, REsp nº 272.739/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/3/2001, publicado em 2/4/2001.

[1414] STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013.

[1415] STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado 18/11/2015.

[1416] STJ, REsp nº 1418593/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/5/2014, publicado em 27/5/2014.

[1417] O tema será tratado ao longo desta seção.

No primeiro caso, o Recurso Especial nº 272.739/MG[1418], o réu/recorrido havia celebrado com a autora/recorrente um contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária. Tendo o réu deixado de pagar a última prestação do financiamento, a instituição financeira promoveu ação de busca e apreensão do veículo, ao que respondeu o devedor com a propositura de ação de consignação em pagamento. Ao decidir a controvérsia, o Ministro Ruy Rosado entendeu por bem não conhecer do recurso, em fundamentação categórica, que merece transcrição:

> A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.

A decisão unânime da Quarta Turma, tornou-se paradigma da Corte até 2013 tendo, nesse meio tempo, embasado inúmeras decisões monocráticas, além de duas decisões colegiadas (que abordaram especificamente o tema do adimplemento substancial). No Recurso Especial nº 469.577/SC, novamente sob relatoria do Ministro Ruy Rosado, a Corte confirmou decisão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina[1419], por concordar que o *valor do inadimplemento seria muito reduzido* (menos de

---

[1418] STJ, REsp nº 272.739/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 1/3/2001, publicado em 2/4/2001.

[1419] A ementa do acórdão recorrido, de lavra do Desembargador Trindade dos Santos, merece honrosa menção: "Agravo De Instrumento - Alienação fiduciária em garantia- Busca e apreensão- Negativa de concessão da liminar independentemente da ouvida da parte contrária- Decisão subsistente- Reclamo recursal desprovido. O art. 3o, caput do Decreto-lei n. 911/69 fere frontalmente os princípios da igualdade perante a lei e da isonomia processual, atentando violentamente, ademais, contra o princípio do livre convencimento do julgador. Não é lícito, afrontando mesmo os princípios constitucionais em vigor, impor o legislador ao magistrado, em franco privilégio às instituições financeiras, que, nas ações de busca e apreensão respaldadas em contrato garantido com alienação fiduciária, defira compelitivamente a liminar sem maiores precauções, tão-somente por estar prova a mora da alienante. Ao art. 3o, caput, do DL n. 911

20% do valor do bem) e que o *bem objeto de alienação fiduciária seria essencial à manutenção das atividades da empresa*[1420]. No Recurso Especial nº 912.697/RO, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, a Turma, após reconhecer que o depósito efetuado pelo devedor em ação consignatória teria sido apenas R$254,41 inferior ao valor efetivamente devido, reafirmou que, se "é extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo" [1421].

A posição até então unânime do Tribunal colapsou em 2013, quando, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.287.402/PR[1422], a Corte (novamente a Quarta Turma), foi instada a se manifestar sobre as alterações que haviam sido promovidas no regime da alienação fiduciária pela Lei nº 10.931/2004. No caso, a Sra. Caroline Helena de Souza havia contratado com o Banco Bradesco Financiamentos S.A., mútuo no valor de R$44.232,00, para pagamento em 60 parcelas, com alienação fiduciária em garantia de um veículo. Diante do inadimplemento da fiduciante, o Banco promoveu ação de busca e apreensão do veículo, sendo a liminar prontamente concedida. Em contestação, a fiduciante comprovou a *purgação da mora*, mediante apresentação de comprovante de depósito no valor de R$6.862,55 – valor esse equivalente ao seu débito passado, e *não à integralidade do saldo contratual*.

Lembre-se que a Lei nº 10.931/2004 havia alterado o regime de purgação da mora até então vigente, prevendo que, nos 5 dias seguintes à execução da liminar, o devedor fiduciante poderia pagar "a integralidade da dívida pendente", não restando claro, até o momento daquele julgamento[1423], se tal expressão diria respeito (a) à *integralidade* do *saldo contratual*, conforme apontava a literalidade do §3º do art. 2º do Decreto-Lei nº 911/1969[1424] (que, com a eliminação do direito expresso à purgação da mora imposta pela

---

deve o magistrado, antes de tudo, uma interpretação consentânea com a ordem jurídica vigente. (TJSC, Agravo de Instrumento nº 2001.006925-3, Relator Desembargador Trindade dos Santos, Segunda Câmara de Direito Comercial, julgado em 14/2/2002, publicado em [2002]).

[1420] STJ, REsp nº 469.577/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25/3/2003, publicado em 5/5/2003.

[1421] STJ, REsp nº 912.697/RO, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 7/10/2010, publicado em 25/10/2010.

[1422] STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013.

[1423] Eram poucos os julgados, até aquele momento, a enfrentar o tema – nenhum deles sob a perspectiva da teoria do adimplemento substancial.

[1424] Art. 2º(...) §3º A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas tôdas as obrigações contratuais,

Lei nº 10.931/2004, passava a ser relevante); ou (b) à *integralidade* da *dívida em atraso*, entendimento até então consolidado na jurisprudência do STJ e que se alinhava ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Colocava-se, portanto, diante do STJ, a solução de um possível conflito entre o modelo de *interrupção* da mora previsto pelo novo regime da alienação fiduciária e o sistema estabelecido pelo CDC. Além disso, fosse a alteração considerada compatível ou prevalente ao CDC, colocava-se, ainda, a questão da aplicação da teoria do adimplemento substancial (*i.e.* independentemente de se admitir ou não a *autêntica* purgação da mora – mediante pagamento das parcelas em atraso – seria de se verificar se, constatado um inadimplemento de pequena monta, poderia ser invocada a teoria do adimplemento substancial a justificar a modulação da tutela creditícia detida pelo fiduciário).

A relevância do tema pode ser aferida pela participação ativa dos Ministros no julgamento: todos os 4 Ministros presentes declararam votos, restando vencido o relator e prevalecendo a tese de que o regime de interrupção da mora instituído pela Lei nº 10.931/2004 seria plenamente válido, de modo que a *autêntica* purgação da mora estaria vedada (*i.e.* para retomar o bem, livre de ônus, o devedor teria de realizar o *pagamento integral do saldo contratual*). A teoria do adimplemento substancial, em si, foi pouco (ou nada) debatida, restando apenas *implícito* que não devesse ser aplicada ao caso. Apesar disso, os argumentos apresentados pelos Ministros são interessantes e merecem relato mais atento.

Em voto longo e muito bem fundamentado, o Relator do feito, Ministro Marco Buzzi, defendeu arduamente que o regime instituído pelos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969 (modelado pela Lei nº 10.931/2004), deveria ser lido à luz do Código de Defesa do Consumidor[1425], sendo "interpretado a bem da preservação do contrato de adesão firmado pelas partes, já que a norma não veda expressamente a purgação da mora, ou se preferir, o resgate do débito pendente". O Ministro argumenta que "tal ponderação milita em dar ênfase aos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF), mormente no caso sob análise, em que o devedor (parte vulnerável) se dispõe ao pagamento do débito vencido e não pago, a fim de preservar a avença, restando, portanto, resgatadas a função social do contrato e a boa-fé objetiva que devem respaldar tais negócios jurídicos" [1426].

---

independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

[1425] Súmula nº 297 do STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

[1426] Voto vencido do Relator (STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013).

Além disso, o Ministro Marcos Buzzi sustenta que, de acordo com o §3º, artigo 2º do Decreto-Lei nº 911/1969, o vencimento antecipado da dívida não decorreria automaticamente da Lei, mas sim do exercício de direito potestativo pelo credor fiduciário, já que a mora e o inadimplemento "*facultarão* ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial". Tratando-se de direito potestativo do credor fiduciário, "essa faculdade não pode ser levada a termos absolutos, pois que não só ela, como qualquer outra obrigação ou direito contratual, encontra limites e deve ser exercida nos termos da boa-fé objetiva, prevista implicitamente no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, e de forma explícita no artigo 422 do Código Civil de 2002"[1427]. Assim sendo a *faculdade* de considerar antecipadamente vencida a dívida, só poderia ser exercida em conformidade com os deveres de *cooperação* e *lealdade*, não podendo um "arbítrio integral" do credor sujeitar o devedor a ônus exacerbado. Por tudo isso, conclui o Ministro Buzzi, "desde que o devedor arque com o pagamento das prestações vencidas, acrescidas dos acessórios contratuais, nos termos do que estabelece também o artigo 401, I, do Código Civil, falece razão plausível para dele se exigir ainda mais, mesmo porque cobrar a integralidade do valor contratado, de forma insofismável, torna impossível o cumprimento da obrigação"[1428]

Superada a apreciação do tema da *purgação da mora*, propriamente dita, o Ministro Buzzi adentra, bastante superficialmente, a discussão acerca da *teoria do adimplemento substancial*, ao avaliar decisão do Tribunal *a quo* que - mesmo reconhecendo a impossibilidade de purgação da mora e, consequentemente, o pagamento a menor por parte da devedora fiduciante (já que a devedora optara por pagar apenas o valor da dívida vencida, mas não o da dívida vincenda) – concedera oportunidade à devedora para complementação do pagamento, visando à conservação do contrato. Concordando com a conduta do Tribunal *a quo*, o Ministro afirma que ela seria particularmente adequada, "ante a circunstância de que houve o adimplemento substancial que visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da

[1427] Voto vencido do Relator (STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013).

[1428] Completando o raciocínio, afirma o Ministro: "Ressalte-se que, do contrário, o mutuário não haveria contraído um financiamento com o objetivo de adquirir determinado produto, comprando-o à vista, para não ter de arcar com os elevados juros cobrados em nosso país" (Ibidem).

preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato"[1429].

A divergência foi aberta pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, ao argumento, deveras simplório, de que, conforme seu entendimento, a hipótese legal seria clara: "se o bem vai ser restituído livre de ônus, é porque deverá ser realizado o pagamento integral da dívida, incluindo o valor correspondente às parcelas vincendas e encargos"[1430]. Pragmático, o Ministro sustenta que a alteração promovida pela Lei nº 10.931/2004 teria como claro propósito oferecer maior segurança à alienação fiduciária, à qual define como "um instituto útil para o desenvolvimento do País". E complementa: "Esse instituto, na forma como é concebido, facilita o acesso ao crédito e reduz o seu custo, exatamente porque assegura ao credor mecanismos mais eficazes para a retomada do bem financiado e a recuperação do crédito"[1431].

Acompanhando a divergência votou a Ministra Maria Isabel Gallotti. Apresentando fundamentação igualmente pragmática – com abordagem mais econômica[1432] que jurídica -, a Ministra afirma que "a alienação fiduciária foi imprescindível para que o consumidor pudesse ter acesso a crédito. E não é só acesso a crédito, penso que ela repercute também na própria taxa de juros bancária, na diminuição do risco assumido pelo banco, uma vez que possibilita o retorno do capital de uma forma mais rápida em caso de inadimplência"[1433]. A Ministra sustenta, ainda, que o sucesso da alienação fiduciária decorreria justamente do regime altamente benéfico ao credor

---

[1429] STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013.

[1430] Voto vencedor do Ministro Antonio Carlos Ferreira (Ibidem).

[1431] Ibidem.

[1432] Em defesa da Ministra, embora ela assim não tenha sustentado, é possível defender análise econômica do instituto à luz da sua *função social*, ou mesmo da finalidade do contrato, entendida em sua perspectiva abstrata. Nesse sentido, Mauro Teixeira de Faria: "A esse respeito, deve-se tentar delinear de forma bem específica qual seria a função social dos contratos de alienação fiduciária de bens móveis. Sem pretensões de esgotamento a respeito dessa delimitação ou conceituação de qual seria a verdadeira função social do *contrato* para financiamento de bens móveis garantidos por alienação fiduciária, parece ser claro que a mesma estaria relacionada ao objetivo de fomentar o mercado de crédito por meio da circulação de valores, através da disponibilização pública de financiamentos em melhores condições. O oferecimento de tais condições benéficas, que podem girar em torno de taxas de juros ou tarifas bancárias, só é possível mediante a integração ao contrato de financiamento do próprio bem que se pretende ver financiado. Além disso, e o que certamente é o diferencial dessa modalidade de garantia, as instituições bancárias oferecem melhores condições a este financiamento garantido pelo fato de que a satisfação creditória em caso de inadimplemento pode se dar por via inequivocamente mais célere e objetiva – como visto, a própria apreensão do bem financiado" (FARIA, Mauro Teixeira. Notas sobre alienação fiduciária: aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos garantidos. Flexibilização com base na função social do contrato?. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 18, v. 83, p. 139-157, nov. 2017, p. 144).

[1433] Voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, acompanhando o voto vendedor do Ministro Antonio Carlos Ferreira (STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013).

fiduciário, regime esse que, a seu ver, prevaleceria sobre o do Código de Defesa do Consumidor, porque mais específico e mais recente (ante a publicação da Lei nº 10.931/2004) que os *princípios* do CDC[1434].

Assim sendo, entendendo fundamental a manutenção da estabilidade do instituto da alienação fiduciária, a Ministra Gallotti conclui que, por mais que pareçam *bruscos* os direitos outorgados ao credor para a tutela de seu crédito, seria essa faculdade legal que possibilitaria "o aumento da concessão de crédito e deveria levar a uma diminuição de taxa de juros, que, se não acontece, é um problema de economia de mercado, que será ainda mais agravado se houver decisões judiciais que tirem a força do sistema da alienação fiduciária". Assim sendo, a Ministra afirma entender que os procedimentos impostos pela Lei não violariam os princípios das boa-fé e da conservação dos contratos, "porque é inerente ao sistema da alienação fiduciária essa prerrogativa do credor"[1435]. Da mesma forma votou o Ministro Raul Araújo, sob um enfoque predominantemente econômico[1436].

Os votos, como visto, são longos e, salvo pelo do Ministro Relator Marco Buzzi, muito pouco *jurídicos*. Não há enfrentamento adequado da intepretação conferida aos dispositivos do Decreto-Lei nº 911/1969 e da Lei nº 10.391/2004; não se discute o suposto conflito com o CDC (nem, menos ainda, os critérios para sua superação); não se apresentam fundamentos minimamente articulados acerca da eventual ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato; *não se discorre uma linha sequer - e esse ponto é o mais relevante para o presente trabalho - a aplicação da teoria do adimplemento substancial*.

[1434] Completando seu raciocínio, a Ministra afirma *pensar* que "a circunstância do CDC ser aplicável a contratos bancários não impede que leis ordinárias posteriores sejam editadas estabelecendo um tipo de contrato que visa a dar maior garantia às instituições financeiras do resgate da dívida exatamente para que elas possam oferecer mais crédito com taxas de juros que deveriam ser mais acessíveis. Mas, se não são, se os juros são altos mesmo assim, é uma questão de mercado e de política econômica que não pode ser resolvida por meio de iniciativas tópicas do Poder Judiciário em casos concretos submetidos à sua apreciação" (STJ, REsp nº 1287402/PR, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 3/5/2012, publicado em 18/6/2013).

[1435] E conclui: "Estão cientes ambos os contratantes de que a propriedade do bem é do credor e poderá ser nele consolidada, atendidos os trâmites legais e contratuais. Não haveria, data vênia, uma preservação do contrato, mas a descaracterização do sistema do contrato de alienação fiduciária e a criação por decisão judicial de um outro contrato atípico que não foi o pretendido pelas partes, mais semelhante a um contrato de mútuo, o qual, certamente, não teria sido celebrado nas mesmas condições pela instituição financeira credora" (Ibidem).

[1436] "Srs. Ministros, também peço vênia ao eminente Relator para divergir, tendo em vista que o regime de alienação fiduciária ficaria ameaçado nesse novo contexto que S. Exa. propõe. É um sistema importante para a economia do país, que se baseia, sobretudo, no aspecto de livre empresa, e que foi expandido até para bens imóveis. Mais recentemente, a venda de bens imóveis, a alienação de bens imóveis também se faz dentro desse sistema. É um sistema que dá muita segurança ao credor. O entendimento trazido pelo Relator retiraria em grande parte esses atributos que favorecem ao credor e que, de uma forma mais econômica, propiciam o acesso ao crédito a pessoas que não teriam". Voto do Ministro Raul Araújo (Ibidem).

Ora, como se disse, a aplicação da teoria do adimplemento substancial independe absolutamente da existência ou não de um *autêntico* direito à purgação da mora. Assim, caberia aos Ministros, ao repudiarem o voto do relator, ao menos ante um juízo de *razoabilidade* e *proporcionalidade*, discutirem se (a) o valor das parcelas vincendas seria elevado o suficiente para ensejar a *necessidade* da tutela pleiteada pelo fiduciário; e (b) em se tratando de dívida de valor reduzido (relativamente à totalidade do contrato), se haveria possibilidade menos onerosa, menos drástica, para a satisfação do interesse do credor. Frise-se, mesmo que os Ministros concluíssem pela impossibilidade de purgação da mora (diante do regime instituído pelo Decreto-Lei nº 911/1969 e pela Lei nº 13.931/2001) - preservando, assim, a estabilidade global do regime de alienação fiduciária, em linha com o racional econômico que externaram -; ainda assim seria possível que as peculiaridades do caso concreto fossem avaliadas enquanto *exceção* à regra geral, permitindo o eventual acolhimento da teoria do adimplemento substancial (em sentido estrito).

Fato é que, dois anos após o referido julgamento, a questão da purgação da mora em contratos de alienação fiduciária, objeto do Recurso Especial n° 1.418.593/MS[1437], foi julgada pela Segunda Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo[1438], firmando-se a tese de que *tais contratos não admitiriam autêntica purgação da mora*, cabendo ao devedor, no prazo de cinco dias da execução da busca e apreensão do bem, efetuar o pagamento *valor integral da dívida do contrato* (*i.e.* dívida vencida e vincenda).

Diante desse novo cenário, chegou à Terceira Turma do STJ o Recurso Especial nº 1.255.179/RJ[1439], sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Em apertada síntese, o caso pode ser assim descrito: o Sr. Francisco Bezerra celebrou com o Banco Volkswagen S.A. um contrato de financiamento de veículo, protegido por alienação fiduciário, no valor total de R$28.600,00 (para quitação com entrada de R$14.300,00 e saldo em 24 parcelas de R$777,98, incluída a taxa de juros). Deixando de quitar a 13ª parcela, Francisco procurou o Banco, em duas oportunidades, para efetuar o pagamento em

---

[1437] STJ, REsp nº 1418593/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/5/2014, publicado em 27/5/2014.

[1438] "Tema Repetitivo nº 722:
Questão submetida a julgamento: Necessidade de, na busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, ser paga a integralidade do débito para caracterizar-se a purgação da mora pelo pagamento, não sendo suficiente o pagamento, tão somente, das parcelas vencidas.
Tese Firmada: Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".
(Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos>. Data de acesso: 30 nov. 2019).

[1439] STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado 18/11/2015.

atraso, mas não teve sucesso. Continuou a pagar as parcelas seguintes e, meses depois, foi surpreendido com cobrança em valor que considerou exorbitante. Ausente o pagamento desta única parcela (a entrada e todas as outras 23 parcelas já haviam sido quitadas), o Banco promoveu ação de busca e apreensão do veículo, oportunidade em que Francisco efetuou o pagamento da parcela pendente. No entanto, irresignado com a conduta do Banco, Francisco ajuizou contra a instituição ação de indenização por danos materiais e morais. Argumentou Francisco que, diante do adimplemento substancial do seu débito, a busca e apreensão do veículo caracterizaria conduta abusiva, a justificar o pleito indenizatório. Rejeitado em primeira instância, o pleito indenizatório foi acolhido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[1440].

Como resume bem o Ministro Villas Bôas, no preâmbulo de seu voto, embora os fatos do caso pareçam intrincados, a discussão jurídica é relativamente simples, abarcando dois pontos: (a) a eventual ilicitude da "conduta do credor fiduciário que, diante do inadimplemento parcial da obrigação assumida pelo devedor fiduciante (consistente no não pagamento de uma das 24 - vinte e quatro - parcelas avençadas), promove ação de busca e apreensão do automóvel objeto do contrato"; e (b) "a eventual aplicação da chamada teoria do adimplemento substancial da obrigação, em virtude do pagamento da quase totalidade da dívida assumida pelo fiduciante"[1441].

A fim de responder a tais pontos, argumenta o Ministro Villas Bôas, sem grandes articulações, que a conduta do credor fiduciário não poderia ser considerada ilícita, pelo simples fato de decorrer diretamente da literalidade do Decreto-Lei nº911/1969, sendo considerada exercício regular de um direito. Afirma o Ministro relator que, como o "meio utilizado pelo recorrente para obter do devedor a quitação do débito, além de ser o legalmente autorizado, revelou-se adequado e eficaz", não haveria "razão lógica para se

[1440] "Apelação Cível. Indenização. Alegando que foi interposto pelo réu em outro Juízo Ação de Busca e Apreensão do veículo do autor. Teve seu automóvel apreendido indevidamente, uma vez que estava inadimplente em apenas uma única prestação, o que lhe causou prejuízos materiais e morais. Sentença de improcedência. Recurso da parte autora pretendendo a reforma do julgado. Aplicação da Teoria do adimplemento substancial. Decisão do credor que fere o princípio da boa-fé objetiva. Desproporcionalidade da medida. Existência de outras formas admitidas na legislação em vigor para que se possa efetivar a satisfação do crédito. Dano moral configurado. Precedentes jurisprudências deste Tribunal de Justiça e do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido, fixando indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de correção monetária a partir deste julgamento e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação na forma do art.405, do CC, invertendo-se os ônus sucumbenciais" (TJRJ, Apelação Cível nº 0218611-68.2007.8.19.0001, Relator Desembargador Sergio Jeronimo Abreu da Silveira, Nona Câmara Cível, julgado em 18/8/2009, publicado em 25/8/2009).

[1441] Voto vencedor do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado 18/11/2015).

falar em desproporção da medida, abuso de direito, e, menos ainda, em má-fé de sua parte, que, como consabido, não pode ser presumida"[1442].

Para o Ministro Villas Bôas, a teoria do adimplemento substancial não se aplicaria pelo simples fato de que "o Decreto-Lei nº 911/1969 não faz nenhuma restrição à utilização da medida em virtude da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento contratual, sendo perfeitamente possível ao credor pretender a busca e a apreensão do veículo objeto do contrato quando comprovada a mora ou o inadimplemento, seja da totalidade ou de apenas uma fração da dívida, como no caso"[1443]. Ainda acerca da teoria do adimplemento substancial, o Ministro indica que, como ela "não encontra disciplina expressa em texto legal", sua imposição ao quem segue a literalidade da Lei, seria contrária à segurança jurídica. Além do mais, sustenta o Ministro Villas Bôas, a teoria do adimplemento substancial serviria, segundo sua visão, apenas a impedir a resolução do contrato, cabendo "ao credor promover sua cobrança pelos meios em direito admitidos". Assim sendo, seu entendimento seria de que mesmo a teoria do adimplemento substancial admitiria que o credor perseguisse o crédito "a partir da utilização dos meios admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se encontram, por exemplo, a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que, por razões óbvias, não pode ser confundida com ação de rescisão contratual - essa, sim, potencialmente indevida em virtude do substancial adimplemento da obrigação". Por tudo isso, conclui o Ministro relator que não haveria ilicitude no comportamento do Banco, a justificar o pleito indenizatório. Ao contrário, o Ministro sustenta que eventual indenização representaria "verdadeira inversão de valores, com a promoção do enriquecimento sem causa daquele que foi o único responsável, de fato, por eventuais transtornos daí resultantes: o devedor inadimplente, ora recorrido"[1444].

A divergência foi instaurada pelo Ministro Moura Ribeiro, por entender que (a) o recurso não deveria ser sequer conhecido (por questões formais que fogem ao propósito desse relato); e, mesmo que o fosse, (b) o Banco fiduciário teria exercido abusivamente a "medida de busca de apreensão de automóvel, quando adimplido o contrato em sua quase totalidade, faltando apenas uma parcela, das vinte e quatro ajustadas, equivalente a menos de 3% do valor do débito contratual". De acordo com o Ministro, embora a medida adotada

---

[1442] Voto vencedor do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado 18/11/2015).
[1443] Ibidem.
[1444] Ibidem.

pelo fiduciário esteja prevista em Lei, "o presente caso apresenta contornos distintos de tal alegação" [1445], que permitiriam a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

O Ministro então pontua as seguintes peculiaridades do caso que, a seu ver, permitiriam a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a modular a tutela creditícia do fiduciário: (a) o Banco tão teria seguido estritamente ao procedimento previsto no Decreto-Lei nº 911/1969, pois não provocou a busca e apreensão imediatamente após o inadimplemento, aguardando a quitação de *todas* as parcelas então vincendas; (b) a busca e apreensão teria sido deferida com base em informação falsa prestada pelo Banco (a de que o devedor teria deixado de pagar as parcelas contratadas *a partir da* 13ª (e não exclusivamente a 13ª), o que denotaria má-fé de sua parte[1446]; (c) a medida escolhida pelo Banco para satisfação do crédito seria "desproporcional, ferindo o princípio da boa-fé objetiva, pois caberia a ele outras ações menos drásticas para reaver seu crédito"; e (d) o pleito indenizatório decorreria justamente do recurso a busca e apreensão *injustificada*, mediante utilização de *informação falsa*. Assim sendo, e tratando-se de atraso de apenas uma parcela do contrato, equivalente a menos de 3% do todo[1447], o Ministro entende por aplicável a teoria do adimplemento substancial, caracterizando-se a abusividade da conduta do credor fiduciário, atentatória à boa-fé objetiva e à função social do contrato. Nega, portanto, provimento ao recurso.

O voto divergente foi acompanhado integralmente pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, para quem o recurso em análise abarcaria "caso típico de adimplemento substancial, configurando abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, por se tratar de conduta contrária à boa-fé objetiva". De acordo com o Ministro estariam presentes todos os pressupostos para aplicação da teoria: (a) o inadimplemento seria de pequena monta (aproximadamente 3% do todo); (b) o credor dispunha de outras medidas eficientes

---

[1445] Voto vencido do Ministro Moura Ribeiro (STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado 18/11/2015).

[1446] "Com efeito, uma coisa é o inadimplemento de metade das 24 prestações. Outra, totalmente distinta, é o não pagamento de uma única parcela e, em se tratando de premissas distintas, distintas são as consequências. Efetivamente, o BANCO forneceu informações que não condiziam com a realidade do caso, levando o magistrado a julgar com base em premissa falsa. Dessa forma, a conduta do BANCO em fundamentar o pedido de busca e apreensão com informação não verdadeira também atenta contra o princípio da boa-fé processual, ou da função ativa" (Ibidem).

[1447] "Entretanto, ao magistrado é dado julgar a lide com base não apenas nos fatos, mas também em princípios, aplicando o direito à realidade dos autos. Utilizando-se do senso comum, presunção *hominis*, é possível afirmar que dificilmente um magistrado aplicaria a teoria do adimplemento substancial em contrato não cumprido em metade do valor devido e, muito provavelmente, deferiria a busca e apreensão do bem. Contudo, não é o caso dos autos!(...) Em determinadas situações, a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada para a preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios, a saber: da Boa-fé Objetiva e da Função Social do Contrato. Essa é a essência da doutrina do adimplemento substancial." (Ibidem).

à recomposição do crédito; e (c) o credor agiu de má-fé ao prestar informação falsa. Interessante, ainda, o esclarecimento do Ministro, de que a teoria não serviria apenas a impedir a resolução contratual, mas sim a limitar a "eficácia do direito subjetivo do credor, que não poderia ter-se utilizado diretamente da medida mais gravosa" [1448].

Na sequência do julgamento, votou o Ministro João Otávio de Noronha, acompanhando integralmente o relator, ao argumento de que a teoria do adimplemento substancial, a seu ver de "origem germânica", "não visa cancelar dívida, não visa perdoar dívida", mas tão somente "impedir a resolução do contrato, a extinção do contrato, ante a ausência de um inadimplemento mínimo", não servindo, "em hipótese alguma, [a] tirar do credor a faculdade de receber o seu crédito pelos meios legais disponíveis". De acordo com Ministro Noronha, a busca e apreensão seria uma *faculdade legal* posta à disposição do credor fiduciário, que teria o *direito absoluto* de, em querendo, exercê-la. Ainda que existente outra via para satisfação do crédito, caberia *exclusivamente* ao credor dispor ou não de tal alternativa. Para o Ministro, haveria, no caso, exercício regular de um direito previsto em Lei, pois: "Não pratica ato ilícito quem age de acordo com a lei. Não existe abuso de direito se agimos em conformidade com a lei"[1449].

O voto do Ministro relator - acompanhado, ainda, pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, que não declarou voto – restou vencedor, após julgamento apertado. Trata-se de julgamento paradigmático da Terceira Turma, em que se explorou, em relativa profundidade, a teoria do adimplemento substancial ante a alienação fiduciária. Mais uma vez, contudo, os votos contrários à aplicação da teoria mostraram-se pouco técnicos.

A nosso ver, embora tenha identificado bem os pontos críticos do recurso, o Ministro Villas Bôas abordou-os de forma invertida - chegando, com isso, a decisão a nosso ver equivocada. Contrariamente à ordem de análise proposta pelo Ministro, parece-nos que a avaliação da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, no caso em referência, envolveria: (a) em primeiro lugar, a identificação dos pressupostos de aplicação da teoria (*i.e.* utilidade da prestação e gravidade do inadimplemento); e, só então, (b) em

---

[1448] Voto vencido do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (STJ, REsp nº 1255179/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/8/2015, publicado 18/11/2015).

[1449] Sustenta o Ministro: "Os exemplos mais evidentes de exclusão do abuso de direito são exatamente os que tratam de exercício legal do direito: o protesto do título, o protesto contra a alienação de bens, a execução, a cobrança da dívida. Agora, qual o procedimento? Não importa se o inadimplemento é de uma ou de muitas parcelas. Por que vou abdicar do meu meio mais eficaz de cobrança, da apreensão de um bem de minha propriedade, para optar pelo ajuizamento de uma execução que vai ser embargada, em que se vai discutir penhora e avaliação, e que, e caso de falência do devedor, o bem penhorado vai ser arrecadado? Ou a lei dá o direito ou não dá, e, no caso dos autos, ela dá ao credor o direito de optar pelo procedimento que melhor lhe convenha, sem nenhuma restrição". Voto do Ministro João Otávio de Noronha (Ibidem).

segundo lugar, a verificação da eventual abusividade da conduta do credor no exercício da tutela creditícia, a caracterizar abuso de direito (considerado, nos termos do artigo 187 do Código Civil, ato ilícito, pressuposto da responsabilidade civil).

Segundo essa ordem analítica, a conclusão parece mais natural. Em primeiro lugar, não há dúvida de que se encontram presentes os pressupostos da teoria do adimplemento substancial: (a) o *inadimplemento não atinge a essência do contrato* (diga-se, de *natureza existencial*) de modo que a prestação *pecuniária* permanece útil ao credor (tanto interessa ao credor obter o pagamento que ele não busca a *resolução do contrato*, mas sim a *execução da garantia*); (b) o *inadimplemento é de baixa gravidade*, segundo todos os parâmetros listados na seção 4.2.2. acima: (i) pelo *critério quantitativo*, o inadimplemento é da ordem de apenas 3% do contrato; (ii) pelo *critério qualitativo*, (ii.a) o adimplemento parcial atende substancialmente aos *interesses do credor*, tanto que a tutela creditícia só é perseguida anos após o inadimplemento e apenas após o pagamento de todas as outras prestações; (ii.b) o adimplemento parcial satisfaz substancialmente a finalidade do contrato, preserva o equilíbrio funcional do negócio (particularmente tratando-se de *contrato existencial*); (ii.c) o comportamento do credor é de má-fé, na medida em que falseia os fatos, induzindo o Judiciário a erro; (ii.d) o comportamento do devedor é de boa-fé e denota sua intenção de satisfação do débito (antes da busca e apreensão, o devedor já havia buscado o credor para efetuar o pagamento); e (ii.e) há alternativas eficazes para o credor satisfazer o crédito pendente (inclusive nota promissória a garantir o crédito), não havendo qualquer evidência de se tratar de devedor insolvente (ao contrário, o pagamento das parcelas posteriores à inadimplida, sugerem exatamente o contrário).

De fato, como sustentou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, trata-se de *hipótese clássica de aplicação da teoria do adimplemento substancial*. Como se demonstrou ao longo deste trabalho, a aplicabilidade da teoria não se limita, de forma alguma, a impedir a resolução contratual. Tal interpretação, de todo equivocada, decorre tão somente dos problemas decorrentes de sua importação – especialmente a partir dá má interpretação e tropicalização do direito inglês e dos direitos italiano e português. No Brasil, a teoria do adimplemento substancial é *decorrência dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato* e, enquanto tal, são apresenta limitações predeterminadas. Serve, portanto, não apenas a limitar a resolução contratual injustificada, mas também o exercício abusivo de posições jurídicas. Pode – mais do que isso, deve – limitar o exercício da tutela creditícia, quando ela se mostrar incompatível com os primados da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Com a devida vênia, a afirmação de que a propositura da ação de busca e apreensão não seria abusiva simplesmente pelo fato de que "não pratica ato ilícito, quem age de acordo com a lei", prescinde de substrato jurídico. Para encontrar amparo no sistema jurídico brasileiro, tal expressão só pode ser tomada por verdadeira se a palavra "lei" não for interpretada como *sinônimo de uma única norma, ou de um único dispositivo legal* (no caso, "lei" não pode ser entendida como sinônimo de Decreto-Lei nº 911/1969); mas sim como sinônimo de *sistema de normas que regem determinada matéria* (no caso o *sistema de direito civil-constitucional brasileiro*). Nesse caso, quem age de acordo com a Lei, não age apenas em estrita conformidade com o Decreto-Lei nº 911/1969; age também em conformidade com os artigos 187, 421, 422 do Código Civil; em conformidade com o preâmbulo e artigos 1º, 3º, 5º e 6º da Constituição Federal; age, ainda, em conformidade com os princípios que regem nosso sistema. Como explica Eduardo Ferreira Jordão, um ato abusivo, nada mais é do que um "*ato ilícito perpetrado sob aparente titularidade de direit*o; ou, destrinchando esse conceito, é o *ato ilícito que, embora aparentemente tenha sido perpetrado no exercício de um direito, viola princípios gerais limitadores dos direitos subjetivos*"[1450]. Não há que se confundir *direito* com *aparência de direito*: direito é aquele que se exerce em conformidade com o *sistema de direito civil-constitucional brasileiro*.

A inexistência de unanimidade sobre o tema entre os Ministros da Corte levou o tema ao plenário da Segunda Seção do STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº1.622.555/MG, relatado pelo Ministro Marco Buzzi. Após votos longos e extremamente fundamentados, a Segunda Seção, por seis votos a dois, reafirmou a tese até então prevalecente na Terceira e na Quarta Turmas, de que "existiria interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento" [1451]. Conforme constou da ementa do acórdão, "a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial[1452]. E, embora boa parte dos argumentos defendidos pelos Ministros apenas reverberem aqueles já expressados por ocasião dos julgamentos anteriores, vale um relato, ainda que breve, dos principais votos.

[1450] JORDÃO, Eduardo Ferreira. Abuso de Direito, op. cit., p. 138.

[1451] STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017).

[1452] Ibidem.

O caso *sub judice* era o seguinte: o Sr. Gilvanil Monteiro havia celebrado com o Banco Volkswagen S.A. contrato de financiamento de veículo, protegido por alienação fiduciário, no valor total de R$14.739,17, para quitação em 48 parcelas de R$439,86 (já incluídas, nas parcelas, a taxa de juros). Após efetuar o pagamento pontual de 44 parcelas, o devedor fiduciante deixou de pagar, restando pendentes as quatro últimas prestações, perfazendo o valor total devido de R$2.052,36. Diante do inadimplemento, o credor fiduciário promoveu ação de busca e apreensão do veículo. O processo foi extinto, em primeiro grau, por carência de ação: o magistrado a quo entendeu que, estando adimplido substancialmente o contrato (91,66% das prestações haviam sido pagas), o credor teria de eleger outra via para a satisfação do seu crédito. Mantida em segundo grau, a decisão deu ensejo ao recurso especial.

Votaram vencidos os Ministros Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão (este último, optando por não declarar o voto). Em seu voto, o Ministro Marco Buzzi defendeu, diante do inadimplemento mínimo (da ordem de 8%) a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para o fim de "impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato". Assim sendo, como a propositura da busca e apreensão seria considerada abuso de direito, o Banco fiduciário seria, de fato, carecedor de ação, "por falta de interesse-adequação". Pontua o crédito remanescente poderia ser "alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado", já, diante de tão reduzido inadimplemento, a satisfação da dívida por meio da venda do veículo representaria *desequilíbrio contratual de grande monta*, "pois ficaria a financeira completamente satisfeita enquanto o consumidor, a despeito de cumprida a obrigação, remanesceria sem o bem e desprovido de quantia suficiente para a aquisição de outro"[1453].

O relator dedica, ainda, grande atenção ao fato de se tratar de contrato de consumo – *i.e.* contrato existencial – de modo que a jurisprudência deveria atuar com um "brio

[1453] O Ministro apresenta, ainda, em seu voto-vencido, o racional legal para a aplicação da teoria do adimplemento substancial ao caso: "O Código Civil de 2002 não previu, formalmente, o adimplemento substancial. Sua aplicação vem se realizando com base nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884). A boa-fé objetiva norteia as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV do CDC), servindo, o aludido princípio, como informativo à conduta a ser guardada e observada pelos contraentes, prévia, durante e posteriormente à conclusão do contrato" (STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017).

protecionista", "interpretando as controvérsias em proveito do consumidor, tutelando a parte mais frágil da relação obrigacional de maneira que o cumprimento do contrato seja o menos oneroso possível para o hipossuficiente". No caso concreto, o Ministro Buzzi identifica, ainda, que existiriam medidas eficazes para o credor satisfazer seu crédito, já que dispunha de cédula de crédito bancário, passível de execução. Assim, ainda que dispusesse da *faculdade legal* de promover a busca e apreensão, não poderia fazê-lo em contrariedade à boa-fé objetiva e à função social do contrato, sob pena de praticar abuso de direito[1454].

Por fim, acentua o Ministro Buzzi que o acolhimento pontual da teoria do adimplemento substancial, diante das peculiaridade do caso concreto, refletiria juízo de razoabilidade e proporcionalidade do Tribunal, e não afrontaria nem (a) "os ditames normativos regentes dos contratos garantidos por alienação fiduciária, vinculados ao Decreto-lei 911/69"; nem (b) "o entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior, em recurso repetitivo, acerca da inviabilidade de 'purgação da mora'" em contratos de alienação fiduciária. Não afrontaria, tampouco, a segurança jurídica, pois, afirma o Ministro:

> A razoabilidade, a proporcionalidade, o senso comum acerca do significativo adimplemento do ajuste pactuado são todos fatores que, a despeito de não serem aritméticos, são capazes o suficiente para, com plena segurança, informar a quem quer que seja e, especialmente ao juiz de direito, quando deva ser acolhida, com bom senso, a tese do adimplemento substancial do ajuste apresentado à jurisdição, tal como ocorre em milhares de demandas submetidas ao crivo do Judiciário, o que não denota fraqueza dos institutos jurídicos, dos órgãos julgadores ou eventual instabilidade de uniformização jurisprudencial, tampouco o encarecimento do crédito nos contratos de alienação fiduciária, mas sim a verdadeira força das relações bilaterais e de todo um sistema normativo voltado à consagração do princípio da boa-fé objetiva, da preservação da contratualidade e do equilíbrio entre os interesses de partes muitas vezes essencialmente díspares, culminando com a efetivação da função social dos contratos [1455].

De toda forma, o Ministro Buzzi opta por dar parcial provimento ao recurso, para o fim de autorizar a cobrança do valor inadimplido nos autos da mesma ação, "sem a necessidade de deflagração de nova ação", ação essa que deverá respeitar a ordem de

---

[1454] Voto vencido do Ministro Marco Buzzi (STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017).

[1455] Ibidem.

execução estabelecida pelo artigo 835 do Código de Processo Civil, respeitando, assim, o princípio da execução menos gravosa.

Venceu, contudo, o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze. De acordo com o Ministro Bellizze, a invocação da teoria do adimplemento substancial seria "absolutamente imprópria" para "afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência". Para suportar sua posição, o Ministro Bellizze reporta-se à estrutura do *negócio fiduciário* diante da legislação brasileira, argumentando que tais negócios devem ser *regidos por lei especial*, aplicando-se o Código Civil *apenas para suprimento de lacunas*. E, assim sendo, a teoria do adimplemento substancial "afigura-se *in totum* incompatível com os termos da lei especial, que é expressa (sem lacuna, portanto) em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida pendente, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante". De acordo com o Ministro, portanto, "desde que devidamente comprovada a mora ou o inadimplemento, ao credor fiduciário é dada a possibilidade de se valer da medida judicial de busca e apreensão para compelir o devedor fiduciante a cumprir a sua obrigação ajustada, sendo, para esse fim, irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento" [1456].

Particularmente acerca da teoria do adimplemento substancial, o Ministro Bellizze sustenta que "a teoria do adimplemento substancial, como corolário dos princípios da boa-fé contratual e da função social dos contratos, preceitua a impossibilidade de o credor extinguir o contrato estabelecido entre as partes", diante de inadimplemento ínfimo. A seu ver, portanto, a teoria se aplicaria apenas a limitar, em determinados casos, a propositura da ação de resolução contratual, nunca a de busca e apreensão, já esta última não visaria à extinção do contrato, mas sim à satisfação do crédito. Segundo o Ministro, portanto, "a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor – numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada" [1457]. Ao fim, dando provimento ao

[1456] Voto vencedor do Ministro Marco Aurélio Bellizze (STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017).
[1457] Ibidem.

recurso, o Ministro ressalta os supostos prejuízos econômicos do privilégio à teoria do adimplemento substancial às hipóteses de alienação fiduciária[1458].

Acompanhando o voto vencedor, o Ministro Antonio Carlos Ferreira reporta-se ao seu voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.581.505/SC (já relatado na seção 3.4.1.), bem como os fundamentos econômicos da alienação fiduciária, para sustentar que não estariam presentes os requisitos para aplicação da teoria do adimplemento substancial, em especial porque (a) o inadimplemento da ordem de 8% do valor do contrato não seria considerado de escassa importância; e (b) a busca e apreensão não teria, por essência, o "objetivo resolver a relação contratual havida entre as partes" [1459]. No mesmo sentido votaram os Ministros Moura Ribeiro (sem declarar voto) e Maria Isabel Gallotti, basicamente reiterando os argumentos de seus colegas e de seus julgamentos anteriores – e, consequentemente, afastando a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária.

Também a Ministra Nancy Andrighi acompanhou o voto vencedor, adotando, contudo, uma abordagem muito distinta da de seus colegas, estritamente voltada ao aspecto processual do caso. De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, tratando-se a busca e apreensão de medida expressamente prevista em lei, sua inadmissão, sem resolução do mérito, importaria "ofensa ao direito de acesso ao Poder Judiciário, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXXV, da Carta Magna". A Ministra deixa claro, contudo, que "não se pode descartar a possibilidade de ser aplicável aos contratos de alienação fiduciária em garantia submetidos à égide do Decreto-Lei nº 911/1969 a teoria do adimplemento substancial aliado a outros princípios orientadores de análise dos contratos"[1460]. No entanto, os elementos do caso concreto não permitiriam a simples inadmissão do feito, devendo a eventual aplicação da teoria ser apreciada após o regular

---

[1458] "Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, a prejudicar o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados. A própria indefinição do que seria adimplemento substancial, em termos percentuais, de inequívoca subjetividade, enseja, diante da elevação do risco de inadimplemento, sensível majoração dos juros cobrados em contratos dessa espécie. (...) De se concluir, por conseguinte, que a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial" (Voto vencedor do Ministro Marco Aurélio Bellizze - STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017).

[1459] Voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira (Ibidem).

[1460] Voto da Ministra Nancy Andrighi (Ibidem).

processamento da ação, mediante aplicação do artigo 805 do Código de Processo Civil[1461]. Como afirma a Ministra, "tudo dependerá das peculiaridades de cada hipótese em concreto" [1462].

É esta a posição atual do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema: a Segunda Seção do STJ, responsável por julgar temas de Direito Privado, firmou a jurisprudência da Corte no sentido de que *a teoria do adimplemento substancial seria incompatível com o regime da alienação fiduciária*. Após esse julgado, os recursos especiais que tratam da matéria têm sido rechaçados - via de regra por decisões monocráticas, em juízo de admissibilidade[1463] -, por aplicação da Súmula nº 83 do STJ, segundo a qual "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Além disso, a consolidação do entendimento no STJ tem reverberado para os diversos Tribunais brasileiros, que têm reiteradamente refutado ações que envolvem pleito de mesma natureza[1464].

[1461] Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.
Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

[1462] Voto da Ministra Nancy Andrighi (STJ, REsp nº 1622555/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/2/2017, publicado em 16/03/2017).

[1463] Mesmo quando vencem a barreira da admissibilidade, os recursos têm sido rechaçados pelas Turmas, seja por referência ao Recurso Especial nº 1.622.555/MG, seja por aplicação da própria Súmula STJ nº 83, p.ex.: (i) Agravo Interno no Pedido de Tutela Provisória nº 617/SP, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 6/2/2018, publicado em 16/2/2018; (ii) Agravo Interno no REsp nº 1698348/DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 1/3/2018, publicado em 14/3/2018; (iii) Agravo Interno no REsp nº 1711391/PR, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 24/4/2018, publicado em 2/5/2018; (iv) Agravo Interno no REsp nº 1764426/CE, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 29/4/2019, publicado em 6/5/2019; (v) Agravo Interno no Agravo Interno no REsp nº 665.909/DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/9/2019, publicado em 17/9/2019.

[1464] "Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Adimplemento substancial. Inaplicabilidade. 1. Conforme o mais recente modelo jurisdicional do STJ, é absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência. 2. Apelo conhecido e provido. Unanimidade" (TJMA, Ação Cível nº 00004672520158100090 MA 0230472019, Relator Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira, Quarta Câmara Cível, julgado em 29/10/2019, publicado em [2019]).
"Processo civil. Contrato de alienação fiduciária. Busca e apreensão. Inadimplemento do réu. Teoria do adimplemento substancial. Ação de busca e apreensão fundada em inadimplemento do Réu quanto às obrigações assumidas no contrato de alienação fiduciária julgada improcedente com arrimo na teoria do adimplemento substancial. A orientação jurisprudencial se consolidou no sentido de não aplicar a teoria do adimplemento substancial em contratos de alienação fiduciária, em vista da regulação do instituto por norma específica, que afasta a incidência do Código Civil. Se o decreto-lei nº 911/69 determina de forma expressa a liberação do devedor fiduciante exclusivamente com o pagamento integral da dívida, inviável adotar a teoria do inadimplemento substancial quando não quitado o mútuo. Precedentes da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido" (TJRJ, Apelação Cível nº 00160761120178190031, Relator Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, Quinta

A nosso ver a referida consolidação jurisprudencial presta verdadeiro desserviço ao direito privado brasileiro. Como constatou Cláudia Lima Marques, a jurisprudência sobre o tema "tem retrocedido e muito"[1465]. Com máxima vênia, parece-nos que o acórdão prolatado pela Segunda Seção do STJ não poderia ter a pretensão de buscar uma regra absoluta para a aplicação a teoria do adimplemento substancial aos contratos de alienação fiduciária. Analisar a teoria do adimplemento sob uma perspectiva generalizante é erro grave, de consequências extremamente deletérias ao direito privado brasileiro. Reiterando o pedido de vênia, parece-nos que, ao buscarem uma regra abstrata e geral para o tema, os votos representam muito mais *exercícios teóricos* do que efetivos *instrumentos de aplicação concreta do direito*.

Como se tem buscou demonstrar ao longo deste trabalho, a teoria do adimplemento substancial, enquanto decorrência do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, aplica-se, *ao menos em tese*, sobre todo o direito privado brasileiro. Assim sendo, o argumento tecido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze – de que a alienação fiduciária seria regida por legislação especial e que, por isso, as cláusulas gerais de boa-fé objetiva e função social do contrato a ela não se aplicariam –, com o devido respeito, não se coadunam com a noção contemporânea de um *sistema de direito civil-constitucional*. Como explica Pietro Perlingieri, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um sistema unitário, "um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar". Por mais complexo que seja, o ordenamento jurídico "só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes"[1466]. Particularmente no tocante ao princípio da boa-fé objetiva, a sugestão de que se trataria de princípio restrito às relações reguladas pelo Código Civil, é claramente equivocada, incompatível com a noção moderna de *relação obrigacional como um processo*, como uma *totalidade concreta*[1467].

Câmara Cível, julgado em 18/6/2019, publicado em [2019]).
"Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Adimplemento substancial. descabimento. É inaplicável a teoria do adimplemento substancial nos contratos de bens móveis onerados com alienação fiduciária. Nova redação ao art. 3º, § 2º, do Dec. Lei 911/69. Após o cumprimento da liminar expropriatória, o devedor fiduciante possui o prazo de cinco dias, contados da execução da medida liminar, para purgar a mora, realizando o pagamento integral da dívida, sob pena de consolidação da propriedade e da posse plena do bem no patrimônio do credor. Precedentes do STJ. Agravo de Instrumento desprovido". (TJRS, Agravo de Instrumento nº 70081748659, Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho, Décima Terceira Câmara Cível, julgado em 4/6/2019, publicado em 6/6/2019).

[1465] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa o Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 666.

[1466] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200-201.

[1467] LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, op. cit., t. 1, p. 37-38.

Note-se que, muito antes da positivação da boa-fé objetiva pelo Código Civil de 2002, já dizia Clóvis do Couto e Silva que, sua inexistência no direito positivo "não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta"[1468]. Judith Martins-Costa, por sua vez, em sua amplamente enaltecida tese sobre a boa-fé no direito privado, publicada antes da vigência do atual Código Civil, igualmente defendia a aplicação horizontal do princípio da boa-fé objetiva, enquanto "princípio inexpresso legislativamente"[1469].

Por sinal, justamente por se tratar de expressão do princípio da boa-fé objetiva, não há dúvida de que a teoria do adimplemento substancial não opera somente sobre a hipótese de *resolução contratual*. Tal raciocínio representaria verdadeiro contrassenso e levaria à conclusão de que a boa-fé objetiva operaria apenas sobre alguns direitos potestativos (como o direito à resolução contratual), mas não sobre outros (como o direito às tutelas creditícias). A boa-fé objetiva rege a integralidade do sistema de direito civil-constitucional brasileiro, não havendo que se falar em limitação simplesmente porque, em terminadas hipóteses, ela se expresse na *roupagem* da teoria do adimplemento substancial. Ao se expressar na teoria do adimplemento substancial, a boa-fé objetiva apenas ganha a companhia de outros princípios e regras (função social do contrato, vedação ao enriquecimento sem causa, razoabilidade, proporcionalidade) para regular um padrão fático específico.

Além disso, também não parece adequado o argumento de que a teoria do adimplemento substancial seria incompatível, sob uma perspectiva econômica, com o regime da alienação fiduciária. Parecem-nos demasiadamente fatalistas e inoportunas, as opiniões que associam o acolhimento da teoria a um risco de "efeito dominó de proporções nocivas à economia e ao próprio oferecimento de crédito no mercado"[1470]. E a razão é simples: não se prega um recurso desmedido da teoria, mas sim criterioso, para adequação de hipóteses em que a confiança excessiva nas tutelas conferidas ao credor fiduciário

[1468] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 33.
[1469] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado..., op. cit., p. 343.
[1470] "Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que uma decisão que afaste as prerrogativas executivas do credor fiduciário ostenta potencial de causar um efeito dominó de proporções nocivas à economia e ao próprio oferecimento de crédito no mercado. Há, portanto, além do interesse dos contratantes, um risco sistêmico para o sistema financeiro, 'que concede crédito após realizar criteriosa análise de risco na qual são levadas em consideração a qualidade das garantias ofertadas pelos tomadores de empréstimos'. Consequentemente, os bancos 'serão obrigados a reavaliar o risco de inadimplemento dos empréstimos que realizaram e, ante o incremento do risco, deverão aumentar a provisão dos créditos de realização duvidosa'. Assim, haverá maior dificuldade de acesso ao financiamento de bens, o que, em última medida ampliaria até mesmo a crise econômica" (FARIA, Mauro Teixeira. Notas sobre alienação fiduciária..., op. cit., p. 153).

mostrem-se desproporcionais diante das especificidades do caso concreto, a violar a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Os casos concretos objeto dos dois últimos Recursos Especiais acima relatados - Recurso Especial nº 1.255.179/RJ e Recurso Especial nº1.622.555/MG – deixam claro que o STJ andou mal ao buscar uma solução abstrata para a aplicação da referida teoria aos contratos de alienação fiduciária. No primeiro caso, como acima detalhado, é evidente que se encontram presentes todos os pressupostos para a aplicação da teoria. No segundo, contudo, a avaliação dos pressupostos é menos contundente: (a) não parece haver dúvida de que o *inadimplemento não atinge a essência do contrato* (especialmente em se tratando de *contrato existencial*), já que o débito pendente (de *natureza pecuniária*) permanece útil ao credor; (b) a *gravidade do inadimplemento, no entanto, é discutível*, uma vez que: (i) embora o *critério quantitativo* sugira um inadimplemento ínfimo, de apenas 8% do contrato; e (ii) alguns *parâmetros qualitativos* sugiram que o adimplemento parcial satisfez substancialmente a finalidade do contrato, preservando o equilíbrio funcional do negócio (particularmente tratando-se de *contrato existencial*); outros *parâmetros qualitativos* colocam em dúvida (iii) o comportamento do devedor, que instado a pagar, não teria demonstrado a intenção de fazê-lo (por meio, por meio, de ação consignatória); e (iv) o aparente comportamento de boa-fé do credor, que teria seguido atentamente aos procedimentos legais; e (v) não há, ao menos no acórdão, qualquer evidência de que haveria alternativas menos gravosas, e também eficazes, para o credor satisfazer o seu crédito pendente.

Enfim, fosse qual fosse a decisão do STJ, a decisão teria de ser *casuística*, *i.e.* voltada à *solução do caso concreto*[1471], sem pretensão de abstração e generalização, visando a editar uma regra demasiado abrangente, capaz de abarcar todos os contratos de alienação fiduciária em que possa ter havido adimplemento substancial. Ao caminhar nesse sentido, o STJ não apenas se equivocou num caso pontual – eventualmente aplicando mal a teoria do adimplemento substancial, diante dos elementos fornecidos pelo caso *sub judice* - como o fez para firmar a jurisprudência da Corte, com verdadeira *repercussão geral*[1472],

[1471] "Mediante a razoabilidade, o intérprete poderá aferir em que medida a disciplina individuada para certa hipótese fática, mesmo diante de regras aparentemente claras, se encontra consentânea com os princípios e valores do ordenamento, tendo-se em conta as especificidades dos interesses em questão. É papel do intérprete, portanto, em nome da razoabilidade, entrever as consequências da sua atividade interpretativa no caso concreto, em busca da solução razoável que, ao mesmo tempo, seja rigorosamente fiel aos valores do ordenamento jurídico" (TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 8, p. 6-8, abr./jun. 2016, p. 7).

[1472] Tomamos emprestada, com as devidas ressalvas e sem qualquer conteúdo técnico, a expressão utilizada para nomear o requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal

reverberando seus efeitos, de forma *quase vinculante*, para todos os Tribunais brasileiros[1473]. Os efeitos são deletérios, incompatíveis com o direito civil contemporâneo e, em última instância, contrários ao primado da *Justiça*.

4.3.3. Contratos de arrendamento mercantil financeiro

Tratamento semelhante tem sido dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça ao arrendamento mercantil financeiro, especialmente desde novembro de 2014, quando a Lei nº 13.043/2014 equiparou, em grande medida, os procedimentos de satisfação creditícia do arrendamento mercantil financeiro aos da alienação fiduciária.

Também conhecido por *leasing*, o *arrendamento mercantil* é um negócio jurídico de natureza complexa[1474], por meio do qual uma entidade financiadora (arrendador)

Federal.

[1473] Nesse sentido, é bastante representativo o embate travado entre STJ e TJMS, em caso que discutiu o tema. Em síntese, o STJ havia desconstituído acórdão do TJMS, que havia aplicado a teoria do adimplemento substancial a contrato de alienação fiduciária, determinando novo julgamento, com base na decisão proferida pela Corte, em sede de recurso repetitivo, envolvendo purgação da mora. Ao rever o tema, o TJMS assim se posicionou: "A aplicabilidade ou não da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária ainda não foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça com efeito repetitivo. Por isso, não é demais acrescentar que reanalisar e rever o acórdão desta Câmara para declarar o afastamento da teoria do adimplemento substancial nesta demanda extrapola os limites da devolutividade do art. 1.036 do NCPC". Em resposta, por ocasião de novo recurso, o Ministro Marco Buzzi, por meio de decisão monocrática, pontuou o seguinte: "Anoto que o acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do STJ que firmou o entendimento no sentido de que não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, e de que o referido decreto-lei é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado". Diante disso, assim decidiu: "Do exposto, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão proferido pelo Tribunal de origem e determinar que outro seja proferido, observando-se os parâmetros traçados pela jurisprudência desta Corte no julgamento da questão" (STJ, Decisão Monocrática em REsp nº 1837248/MS, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 9/12/2019, publicado em 11/12/2019).

[1474] "De acordo com os princípios fundamentais do instituto, define-se o mesmo como a operação financeira realizada por uma empresa arrendadora, constituída e atuando sob o controle do Banco Central do Brasil, tendo por objeto o arrendamento de bens móveis ou imóveis, adquiridos junto a terceiros, para fins de uso próprio da arrendatária (art. lº, parágrafo único da Lei nº 6.099). Ou é o contrato essencialmente complexo, visto encerrar uma promessa unilateral de venda, um mandato, uma promessa sinalagmática de locação de coisa, uma opção de compra e, no *leasing* operacional, mais uma prestação de serviços técnicos por parte da locadora, compondo, assim, obrigação contratual, como partes essenciais do negócio. Pela Lei nº 6.099, alterada pela Lei nº 7.132, de 21.10.1983, 'considera-se arrendamento mercantil, para efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta'. Não se trata de uma simples locação com promessa de venda, como à primeira vista pode parecer. Mas cuida-se de uma locação com uma consignação de promessa de compra. trazendo, porém, um elemento novo, que é o financiamento, numa operação específica que consiste na simbiose da locação, do financiamento e da venda. Em suma, é a figura em exame uma alternativa de financiamento para aquisição de qualquer tipo de veículo. máquina ou equipamento de fabricação nacional ou estrangeira, novo ou usado, incluindo, também, financiamento de imóveis" (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1239).

adquire um bem (móvel ou imóvel) em benefício de terceiro (arrendatário), conforme suas especificações e para seu uso. O arrendador, então, cede o bem em locação ao arrendatário, mediante o pagamento mensal de um determinado preço. Após o decurso do prazo preestabelecido, o arrendatário dispõe de três opções: devolver o bem, renovar o *leasing* ou exercer a opção de compra do bem, mediante pagamento do *Valor Residual Garantido (VRG)*[1475]. O VRG é uma quantia preestabelecida e pode ser paga no início do contrato, ao fim do contrato, ou diluído ao longo de sua execução[1476].

Duas são as modalidades de arrendamento mercantil mais amplamente reconhecidas[1477]: (a) o *leasing* bancário ou financeiro, modalidade mais conhecida e difundida de *leasing*, tem a participação ativa de uma *instituição financeira*, que atua como *adquirente* do bem perante o alienante e *arrendadora* ao seu destinatário final[1478]; e (b) o leasing *operacional*: modalidade em que *o próprio fornecedor do bem atua como efetivo arrendatário*[1479], ainda que mediante intermediação de uma instituição financeira[1480].

[1475] Como explica Roberto Freitas Filho, "conceitualmente, o contrato de leasing pressupõe a possibilidade da tríplice escolha, mas, como sabido, a prática de mercado das empresas arrendadoras é de que o consumidor opta antecipadamente pela compra do veículo" (FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*: o caso do *leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 49).

[1476] Por longo período, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o pagamento antecipado do VRG descaracterizaria o leasing, transformando-o em simples compra e venda a prestação. Esse entendimento chegou a ser sumulado pelo Tribunal (Súmula nº 263 do STJ: A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação). Contudo, por ocasião do julgamentos dos Recursos Especiais nºs 443.143/GO e 470.632/SP, na sessão de 27/8/2003, a Segunda Seção deliberou pelo cancelamento da referida, firmando o entendimento de que o VRG seria um mecanismo contratual típico dos contratos de arrendamento mercantil, que teria por intuito não apenas prefixar o valor de aquisição do bem, mas sim remunerar o capital do arrendador investido no bem arrendado (independentemente do eventual exercício da opção de compra pelo arrendatário, ao fim do contrato).

[1477] Arnoldo Wald fala, ainda, nas seguintes modalidades; "3) Leasing de intermediação – aquele em que a sociedade de leasing serve apenas de intermediária, recebendo uma comissão. A financeira é chamada agente de leasing (*leasing broker*). Como no *leasing* financeiro há execução de instruções do usuário, alguns o chamam de 'leasing de execução'. 4) *Leasing* simples – aquele em que a sociedade de *leasing* se limita a adquirir e alugar o material ('*net lease*'). 5) Leasing de manutenção – aquele em que, além do *leasing* comum, a financeira se obriga a prestar assistência técnica ou manutenção do material ('*maintenance lease*' ou '*gross lease*') (WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos, op. cit., p. 29).

[1478] Conforme constata Claudio Luiz Bueno de Godoy, nos casos de leasing financeiro, "tem-se mesmo a disponibilização de um crédito para acesso a um bem de consumo" (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Função Social do Contrato*,* op. cit., p. 190).

[1479] "Na segunda modalidade (*leasing* operacional), também conhecido como *renting*, como a aludida soma não pode ultrapassar 90% do custo do bem arrendado (Resolução n. 2.309/96 do Banco Central, com a alteração introduzida pela Resolução n. 2.465/98), o resíduo a ser pago pela arrendatária, no momento da opção de compra, tende a ser expressivo. O leasing operacional é feito pela proprietária do bem (fabricante ou fornecedor), mediante o pagamento de prestações determinadas e, muitas vezes, com a obrigação de prestar assistência ao arrendatário durante a vigência do contrato (caso das montadoras de veículos). É, portanto, a espécie de leasing em que o objeto já pertence à empresa arrendadora, que o aluga à arrendatária e assume os riscos da coisa, sofrendo a sua obsolescência" (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, v. 3, p. 698).

O Brasil reconhece, amplamente, o leasing *operacional*, embora sua regulamentação não se dê no plano da legislação federal, mas sim no âmbito do Banco Central do Brasil - em especial, por meio da Resolução BACEN nº 2.309/1996 (de acordo com a redação que lhe foi conferida pelas Resoluções BACEN nºs 2.465/1998 e 4.696/2018). O arrendamento mercantil *financeiro*, por sua vez, é regulado pela Lei nº 6.099/1974[1481], substancialmente revisada pela Lei nº 7.132/1983 e, mais recentemente, pela Lei nº 13.043/2014. Como explica Fernando Noronha, "o *arrendamento mercantil financeiro*, que é o verdadeiro *leasing*, é operação mais complexa, com bastante similitude com a alienação fiduciária em garantia; é somente ele que pode ser considerado uma modalidade nova de garantia, ligada ao financiamento de um determinado bem. Por isso é só ele que nos vai interessar"[1482]. Acrescentamos: também é só ele que nos vai interessar, porque foi apenas o arrendamento mercantil financeiro, especialmente aquele ligado à aquisição de veículos, que, em razão das alterações promovidas pela Lei nº 13.043/2014 ao Decreto nº 911/1969, teve os procedimentos de satisfação creditícia equiparados aos da alienação fiduciária.

De fato, há forte semelhança entre os dois institutos. Como sustenta Fernando Noronha, tanto na alienação fiduciária como no *leasing* financeiro há verdadeira "propriedade fiduciária em garantia"[1483], já que, tanto num quanto noutro, há efetivo contrato de financiamento, garantido pelo próprio bem[1484]. Estruturalmente, contudo, as

---

[1480] De acordo com a Resolução BACEN nº 2.309/1996 (de acordo com a redação que lhe foi conferida pelas Resoluções BACEN nºs 2.465/1998 e 4.696/2018), as operações de arrendamento mercantil operacional "são privativas dos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e das sociedades de arrendamento mercantil" (artigo 6º, §1º). Conforme explica Vera Helena de Mello Franco, "as sociedades de *Leasing* (Arrendamento Mercantil) integram, como entidade auxiliar, o sistema financeiro nacional e estão sujeitas às mesmas exigências, estabelecidas pela Lei nº 4.595/64 para as instituições financeiras, embora não sejam instituições financeiras" (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*: direito civil e empresarial, op. cit., p. 121).

[1481] A Lei nº 6.099/1974 não regula o *leasing* operacional, conforme previsto em seu artigo 2º.

[1482] O trecho foi extraído do seguinte contexto: "Em rigor essas duas modalidades são duas figuras jurídicas bem diferentes. O arrendamento mercantil operacional é negócio realizado diretamente entre o fornecedor de um bem (arrendador) e uma pessoa interessada em usá-lo (arrendatário), que fica pagando um aluguel e que em regra tem, no final do prazo estabelecido, uma opção de compra. Esta operação aproxima-se de uma simples locação, com opção de compra no final do prazo; aliás, nesta figura nem sequer é obrigatória a inclusão da cláusula de opção de compra do bem, no final do prazo. O *arrendamento mercantil financeiro*, que é o verdadeiro *leasing*, é operação mais complexa, com bastante similitude com a alienação fiduciária em garantia; é somente ele que pode ser considerado uma modalidade nova de garantia, ligada ao financiamento de um determinado bem. Por isso é só ele que nos vai interessar" (NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, op. cit., p. 231).

[1483] Ibidem, p. 232.

[1484] Na prática, as mais relevantes diferenças entre a *alienação fiduciária* e o *leasing financeiro* são de natureza *tributária* e *contábil*, já que, no primeiro caso, incide o IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) e o bem passa a integrar, contabilmente, o patrimônio do devedor fiduciário, desde a celebração do contrato; enquanto no segundo, incide o ISS (Imposto sobre Serviços), e a propriedade do bem continua contabilmente em titularidade da instituição financeira arrendadora (FRANCO, Vera

duas modalidades distinguem-se: (a) na *alienação fiduciária*, se estabelece *propriedade resolúvel* em favor do credor, permanecendo o devedor como *depositário* e *possuidor direto* do bem, até que se implemente a condição resolutiva; (b) no *arrendamento mercantil financeiro*, o credor é *pleno proprietário* do bem, cedendo o seu uso e gozo ao devedor, mediante retribuição, por prazo determinado, ao fim do qual o devedor pode ou não exercer opção de compra. Dada a natureza da relação de direito material, a lei prevê que, diante do inadimplemento do devedor, a *alienação fiduciária* justifica *ação de busca e apreensão* do bem; o *leasing financeiro*, justifica a *ação de reintegração de posse*[1485].

Diante de tais diferenças, e considerando que se encontravam sujeitos a diplomas legais distintos, até 2014, *alienação fiduciária* e *arrendamento mercantil* vinham recebendo tratamento diferenciado do Superior Tribunal de Justiça em temas considerados críticos, como a questão envolvendo a possibilidade de *purgação da mora*.

Como a Lei nº 6.099/1974 era omissa acerca do tema, a jurisprudência do STJ era uníssona acerca de sua possibilidade nos contratos de *arrendamento mercantil* (ora com base na regra geral do Código Civil, ora com apoio no CDC, ora invocando o art. 1.071 do antigo CPC, ora, ainda, aplicando por analogia o artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, em sua redação original). Por outro lado, conforme exposto na Seção anterior, diante da alteração sofrida pelo Decreto-Lei nº 911/1969, em 2004, a jurisprudência do STJ passou a, gradualmente, deixar de reconhecer a possibilidade de purgação da mora nos contratos de *alienação fiduciária*. Assim, a despeito de suas semelhanças, a jurisprudência do STJ conferiu, por um longo período, tratamento diferenciado a cada uma dessas modalidades contratuais[1486].

A situação persistiu até 2014/2015, quando três importantes eventos resultaram na equiparação das modalidades: (a) o já mencionado julgamento do Recurso Especial n° 1.418.593/MS[1487], que firmou o entendimento da Corte de que a Lei nº 10.931/2004

Helena de Mello. *Contratos*: direito civil e empresarial, op. cit., p. 122-123).

[1485] Citando entendimento jurisprudencial, Carlos Roberto Gonçalves explica que, mesmo antes da Lei nº 13.043/2014 (que incluiu no Decreto-Lei nº 911/1969 o artigo 2º, §15), a ação de reintegração de posse já era considerada a resposta adequada ao inadimplemento de contratos de arrendamento mercantil: "A retomada é feita por meio da ação de reintegração de posse. Confira-se: 'A retenção do bem após a rescisão do contrato de arrendamento mercantil, na modalidade *leasing*, em face da falta de pagamento de prestações, caracteriza o esbulho, autorizando a arrendadora a reaver a posse direta do bem através da ação de reintegração de posse'" (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais, op. cit., p. 698).

[1486] A evolução da jurisprudência do STJ acerca do tema, tanto em matéria de alienação fiduciária quanto de arrendamento mercantil, é tratada em detalhes pela Ministra Maria Isabel Gallotti, em voto proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1.381.832/PR, do qual foi relatora (STJ, REsp 1381832/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 5/11/2015, publicado em 24/11/2015).

[1487] STJ, REsp nº 1418593/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em

teria excluído do Decreto-Lei nº 911/1969 a possibilidade de purgação da mora; (b) a publicação da Lei nº 13.043/2014, que, ao incluir no Decreto-Lei nº 911/1969 os artigos 2º, §4º[1488] e 3º, §15[1489], expressamente submeteu os contratos de *leasing* – particularmente as ações de reintegração de posse de veículos – às normas procedimentais aplicáveis à alienação fiduciária; e (c) o julgamento do Recurso Especial nº 1.507.239/SP[1490], em março de 2015, que expressamente reconheceu, a partir da publicação da Lei nº 13.043/2014, a equiparação dos modelos contratuais e, consequentemente, a impossibilidade de purgação da mora nos contratos de arrendamento mercantil[1491].

Assim como aconteceu com relação à alienação fiduciária, foi natural que essa mudança interpretativa também operasse efeitos com relação à teoria do adimplemento substancial. Ainda que, assim como discutimos na Seção anterior, a possibilidade de *purgação da mora* não guarde relação direta com a possibilidade de aplicação da *teoria do adimplemento substancial*, o fato é que as inúmeras vezes citadas Leis nºs 10.931/2004 e 13.043/2014 foram interpretadas pelo STJ como medidas para ampliação da segurança dos credores, na concessão e persecução do crédito, não devendo ser limitadas pela atuação de

---

14/5/2014, publicado em 27/5/2014.

[1488] Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (...) § 4º Os procedimentos previstos no caput e no seu § 2º aplicam-se às operações de arrendamento mercantil previstas na forma da Lei no 6.099, de 12 de setembro de 1974.

[1489] Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (...) § 15. As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei no 6.099, de 12 de setembro de 1974.

[1490] STJ, REsp nº 1507239/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/3/2015, publicado em 11/3/2015.

[1491] "Recurso Especial. Arrendamento mercantil. Veículo. Inadimplemento. Pagamento da dívida. Integralidade. Resp Repetitivo nº 1.418.593/MS. Alienação fiduciária em garantia. Art. 3º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69. Aplicabilidade. Recurso Especial provido para julgar procedente a Reintegração de Posse do bem arrendado. 1. Aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil de bem móvel, o entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte Superior, segundo o qual, "nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão [no caso concreto, de reintegração de posse do bem arrendado], pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária". (REsp n. 1.418.593/MS, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 27/5/2014, julgado sob o rito dos recursos repetitivos). 2. Entendimento jurisprudencial que já vinha sendo acolhido por Ministros integrantes da Segunda Seção desta Corte Superior e que culminou com a edição da Lei n. 13.043/2014, a qual fez incluir o § 15 do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, autorizando expressamente a extensão das normas procedimentais previstas para a alienação fiduciária em garantia aos casos de reintegração de posse de veículos objetos de contrato de arrendamento mercantil (Lei n. 6.099/74). 3. Recurso especial provido para julgar procedente a reintegração de posse do bem arrendado" (STJ, REsp nº 1507239/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/3/2015, publicado em 11/3/2015).

princípios vistos como demasiado genéricos, como é o caso da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Como, na visão do STJ, seriam esses mesmos princípios a justificar, abstratamente, tanto a *purgação da mora* quanto a *teoria do adimplemento substancial*, a segunda não mereceria melhor sorte que a primeira.

Consequentemente, se em agosto de 2011, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.051.270/RS[1492], a Quarta Turma do STJ havia acolhido a teoria do adimplemento substancial para impedir a reintegração de posse promovida contra arrendatário que deixara de pagar apenas 14% de um *leasing* de automóvel; em setembro de 2019, a mesma Quarta Turma, ao julgar o Agravo em Recurso Especial nº 1.502.241/PR[1493], refutou a aplicação da mesma teoria, por entender ser "sólida a jurisprudência do STJ no sentido de que não se aplica a teoria do adimplemento substancial aos casos regidos pelo Decreto-Lei 911/69".

A regra geral abstrata adotada pela Corte para os contratos de alienação fiduciária, portanto, reverberou seus efeitos também para os contratos de arrendamento mercantil, de modo que, atualmente, também esses não se encontram sujeitos à aplicação da teoria do adimplemento substancial. Embora a posição do Tribunal seja coerente – afinal, tratam-se de modalidades contratuais muito semelhantes (e, desde 2014, sujeitas às mesmas normas procedimentais) -; é de se lamentar que tenha sido esse o caminho adotado pela Corte, tanto no caso da alienação fiduciária quanto no do arrendamento mercantil. Como se sustentou na Seção anterior, mais adequado aos fundamentos da teoria – bem como aos paradigmas do próprio direito privado contemporâneo – seria que a avaliação do Tribunal fosse realizada *in concreto*, operando os princípios, cláusulas gerais e regras que se lhe apresentam no ordenamento, tendo em vista a Justa solução do caso concreto[1494].

[1492] STJ, REsp nº 1051270/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/8/2011, publicado em 5/9/2011.

[1493] STJ, AgInt no AREsp nº 1502241/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/9/2019, publicado em 24/9/2019.

[1494] Vale a menção às palavras de Miguel Reale, em sua Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Código Civil: "Não procede a alegação de que uma Parte Geral, como a do Código Civil alemão, ou do nosso, de 1916, não representa mais que uma experiência acadêmica de distínguos conceituais, como fruto tardio da pandectística do século passado. Quando a Parte Geral, além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no presente Anteprojeto. Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético. Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre

4.3.4. Atraso na entrega de imóvel adquirido na planta

A aplicação da teoria do adimplemento substancial diante do inadimplemento do promitente comprador de imóvel na planta é amplamente reconhecida pelos Tribunais brasileiros[1495]. Em se tratando de inadimplemento proporcionalmente reduzido, os Tribunais brasileiros têm, inclusive, flexibilizado a aplicação de cláusulas contratuais que, respaldadas pelo artigo 63 da Lei nº 4.591/1964[1496], preveem o direito de a incorporadora resolver o contrato diante do inadimplemento de três prestações contratuais[1497]. Tais hipóteses, são, portanto, tratadas segundo as regras gerais discutidas no capítulo 3 deste trabalho.

O inadimplemento por parte do promitente vendedor, caracterizado pelo atraso na entrega da obra, contudo, tem recebido tratamento diferenciado da jurisprudência, em particular após o julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.729.742/SE[1498], primeiro caso da espécie a chegar a um órgão colegiado do Superior Tribunal de

---

configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada" (BRASIL. Novo Código Civil. Exposição de Motivos e Texto Sancionado, op. cit., p. 32-33).

[1495] "Todavia, caracterizado o adimplemento substancial do valor avençado o que, em princípio, afastaria a possibilidade de resolução do contrato razoável o deferimento da liminar para que a Construtora entregue as chaves aos compromissários compradores, no prazo de 10 dias, sob pena do pagamento de multa diária de R$ 500,00 por dia de descumprimento. Pondera-se que além do valor do financiamento bancário e do parcelamento do saldo com a construtora, os autores estão ainda pagando o aluguel do imóvel em que residem, existindo evidente prejuízo de ordem financeira com a não entrega das chaves. Ademais, a determinação da entrega das chaves não afastaria o direito da Construtora de cobrar o saldo devedor, evitando apenas que os consumidores sejam colocados em situação extremamente desfavorável, devendo ser ponderado que conseguindo afastar a obrigação locatícia, certamente conseguirão adimplir o valor ainda devido perante à construtora" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2067053-03.2019.8.26.0000, Relatora Desembargadora Silvia Maria Facchina Esposito Martinez, Décima Câmara de Direito Privado, julgado em 25/6/2019, publicado em 1/7/2019). Reconhecendo a aplicabilidade da teoria, mas negando sua incidência sobre o caso concreto, "pois a parte ré pagou 88 prestações, faltando, ainda, 38" (TJSP, Apelação Cível nº 1005356-78.2014.8.26.0224, Relator Desembargador Miguel Brandi, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 18/10/2017, publicado em 18/10/2017.

[1496] Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

[1497] TJSP, Apelação Cível nº 0195401-84.2007.8.26.0100, Relator Desembargador Francisco Loureiro, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 7/5/2019, publicado em 8/5/2019; TJSC, Apelação Cível nº 2011.045727-2, Relator Desembargador Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, julgado em 15/9/2011, publicado em [2011]; TJRS, Apelação Cível nº 70046894879 RS, Relatora Desembargadora Walda Maria Melo Pierro, Vigésima Câmara Cível, julgado em 7/3/2012, publicado em 14/3/2012.

[1498] STJ, AgInt no REsp nº 1729742/SE, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/5/2018, publicado em 28/5/2018.

Justiça[1499]. Trata-se de ação de resolução de compromisso de compra e venda de apartamento adquirido na planta e com atraso na entrega superior ao limite de 180 dias previsto em contrato. Em sua defesa, os incorporadores pleitearam a aplicação da teoria do adimplemento substancial, ao argumento de que, no momento do ajuizamento da ação, as obras já estariam 94,5% concluídas.

Confirmando o acórdão do Tribunal *a quo*[1500], a Terceira Turma do STJ entendeu por bem rejeitar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, a argumento de que, tratando-se "de resolução de contrato de compra e venda de imóvel por culpa exclusiva do promitente vendedor", a consequência jurídica decorreria automaticamente da Súmula 543/STJ, segundo a qual: "na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento".

Na visão dos Ministros, portanto, em se tratando de atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, não há que se fazer qualquer ponderação: o inadimplemento é considerado absoluto e incompatível com a teoria do adimplemento substancial. Tal entendimento, firme no STJ, já vinha sendo (e assim continua) repetidamente aplicado, por meio de decisões monocráticas, inclusive para casos sensivelmente distintos daqueles constantes do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.729.742/SE, em que se discutem as condições e, mais importante, a relevância do atraso (se longo ou curto). No Agravo em Recurso Especial nº 994.788/DF[1501], discutiu-se a hipótese de atraso de poucos dias além da margem prevista em contrato[1502], ao argumento de que tanto teria se dado em razão de

---

[1499] Embora o Tribunal já viesse se posicionando de forma semelhante anteriormente, por meio de decisões monocráticas.

[1500] "Não merece ser acolhida a tese do recorrente de que adimpliu substancialmente a obrigação em face de que no momento em que os autores ingressaram com a ação a obra já estaria 94,5% concluída. Isto pois, a obrigação do vendedor para com o adquirente não pode ser fracionada. É o tipo de obrigação que só pode ser adimplida em sua integralidade com a entrega do imóvel. De outra forma, não se pode falar em adimplemento substancial uma vez que o imóvel não é entregue por partes, mas sim, por completo. O fato da obra estar 94,5% concluída gera apenas um mera expectativa ao adquirente e não o cumprimento substancial da obrigação" (TJSE, Apelação Cível nº 201700713453, Relator Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto, Primeira Câmara Cível, julgado em 25/7/2017, publicado em 26/7/2017).

[1501] STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 994788/DF, Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 25/4/2017, publicado em 9/5/2017. Em sentido semelhante: STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 1426568/SC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/4/2017, publicado em 17/12/2019; STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 1065008/DF, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 14/3/2017, publicado em 23/3/2017.

[1502] "Recurso Especial. Civil. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Atraso da obra. Entrega após o prazo estimado. Cláusula de tolerância. Validade. Previsão legal. Peculiaridades da construção civil. Atenuação de riscos. Benefício aos contratantes. CDC. Aplicação subsidiária. Observância do dever

chuvas e greves ocorridas no período. Nada disso foi considerado pelo Tribunal como justificativa para afastar a aplicação da referida Súmula 543/STJ.

A nós, a situação se equipara aos casos analisados anteriormente, sendo inadequada a tentativa de definição de uma regra geral, abstrata, aplicável a inadimplementos de toda extensão e natureza. Melhor fariam os Tribunais – e, em particular, o STJ -, se optassem por avaliar as situações concretas à luz dos pressupostos enunciados neste trabalho: utilidade da prestação e gravidade do inadimplemento.

Haverá casos, acreditamos, em que, a despeito do atraso, a entrega do imóvel ainda será *objetivamente* útil, capaz de atender satisfatoriamente aos interesses *objetivos* do devedor, em especial porque a preservação do contrato não afasta a indenização devida ao comprador, em razão do atraso[1503]. Ocorrerá, a nosso ver, quando o atraso superar a margem contratual em poucos dias e o comprador ainda não tiver adotado medidas para aquisição de ou imóvel ou para qualquer destinação dos referidos recursos. Ainda que, na maior parte dos casos, a inutilidade da prestação venha a ser realmente confirmada, causa incômodo que tal solução seja imposta, de antemão, por decisão *in abstracto*. De toda forma, como a Súmula 543/STJ refere-se apenas a hipóteses em que há culpa do promitente vendedor, a modulação de efeitos do inadimplemento, em benefício do próprio vendedor, parece bastante improvável.

---

de informar. Prazo de prorrogação. Razoabilidade. (...) 2. A compra de um imóvel "na planta" com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil). 3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância. (...) 7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC)" (STJ, REsp nº 1582318/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/9/2017, publicado em 21/9/2017).

[1503] "Embargos de divergência em Recurso Especial. Compra e venda de imóvel. Atraso na entrega. Lucros cessantes. Prejuízo presumido. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o atraso na entrega do imóvel enseja pagamento de indenização por lucros cessantes durante o período de mora do promitente vendedor, sendo presumido o prejuízo do promitente comprador. 2. A citação é o marco inicial para a incidência dos juros de mora, no caso de responsabilidade contratual. Precedentes. 3. Embargos de divergência acolhidos" (STJ, EREsp nº 1341138/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 9/5/2018, publicado em 22/5/2018).

4.3.5. Contratos de seguro

O Código Civil de 1916, previa, em seu artigo 1.450, que o segurado estaria obrigado a "pagar os juros legais do prêmio atrasado, independentemente de interpelação do segurador, se a apólice ou os estatutos não estabelecerem maior taxa". Ao comentar tal dispositivo, Clóvis Bevilaqua afirmava que, "*do atraso no pagamento das prestações periódicas do prêmio não resulta, necessariamente, a perda dos direitos do segurado; mas o segurador pode estabelecer que a apólice caducará, se o prêmio não for pago dentro de certo prazo ou se ficar o segurado atrasado em determinado número de prestações*"[1504]. No mesmo sentido, João Manoel de Carvalho Santos defendia que, diante do referido dispositivo, e salvo convenção em sentido contrário, o atraso no pagamento no prêmio não implicaria a resolução contratual, mas na obrigação de o segurado arcar com os juros legais[1505].

Explica Pedro Alvim[1506] que, desconfortáveis com a majoração do risco que a mora do segurado poderia lhes impor, as seguradoras trataram de incluir em seus contratos, com base no artigo 1.449 do antigo Código, cláusulas que lhes fossem mais favoráveis, e que condicionassem a cobertura securitária ao pagamento do prêmio. Para trazer segurança ao setor, editou-se o Decreto-Lei nº 73/1966, que, em seu artigo 12 (ainda hoje vigente), previu expressamente que, diante da mora do segurado, estaria "suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos"[1507]. Publicado poucos meses depois para regular a norma anterior, o Decreto nº 60.459/1977 foi ainda mais longe, e previu - segundo Alvim, "extrapolando o diploma regulamentado" - que a falta de pagamento pontual do prêmio implicaria o cancelamento da apólice[1508].

Foi diante desse quadro normativo que chegou à apreciação do Superior Tribunal de Justiça o já mencionado Recurso Especial nº 76.362/MT, que deu origem ao primeiro acórdão da Corte a acolher a teoria do adimplemento substancial. Tratou-se, naquele caso,

---

[1504] BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, op. cit., p. 579.

[1505] SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 19, p. 329.

[1506] ALVIM, Pedro. *O seguro e o Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37.

[1507] Decreto-Lei nº 73/1966 – "Art 12. A obrigação do pagamento do prêmio pelo segurado vigerá a partir do dia previsto na apólice ou bilhete de seguro, ficando suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos.
Parágrafo único. Qualquer indenização decorrente do contrato de seguros dependerá de prova de pagamento do prêmio devido, antes da ocorrência do sinistro".

[1508] Decreto nº 60.459/1977 – "Art 6º A obrigação do pagamento do prêmio pelo segurado vigerá a partir do dia previsto na apólice ou bilhete de seguro, ficando suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos. (...) § 5º A falta do pagamento do prêmio no prazo previsto no parágrafo 1º dêste artigo determinará o cancelamento da apólice".

de negativa de cobertura securitária a segurado que havia atrasado o pagamento da última parcela do prêmio quando foi vítima de acidente automobilístico. Diante da negativa da seguradora, o segurado promoveu a competente demanda judicial, que foi rejeitada em primeira e segunda instâncias, ao argumento de que o pagamento pontual do prêmio seria condição absoluta para o pleito indenizatório, sob pena de resolução contratual por inadimplemento do devedor. Irresignados, os segurados interpuseram recurso especial, sustentando que a resolução contratual sem oportunidade para purgação da mora afrontaria o Código de Defesa do Consumidor; e que, diante das circunstâncias do caso (o atraso era de apenas uma parcela, e a seguradora já havia tolerado o atraso de parcelas anteriores).

Revertendo as decisões das instâncias inferiores, a Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado – acompanhado integralmente pelos Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro – reconheceu que, de fato, a resolução do contrato (ou, como queira, o cancelamento da apólice de seguros) em razão do descumprimento de uma parcela do prêmio, violaria o artigo 1.450 do Código Civil, bem como o Código de Defesa do Consumidor[1509]. A mora do consumidor apenas suspenderia o contrato, sendo admissível a purgação, estando o pagamento da indenização condicionado à quitação da parcela pendente do prêmio. Além disso, conforme abordado na Seção 3.4.1., "a falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pois a segurada havia cumprido substancialmente o contrato"[1510].

O tema voltou ao colegiado da Corte em outras oportunidades, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, sedimentando-se o entendimento de que o cancelamento automático da apólice, sem oportunidade do segurado para purgação da mora, com fundamento no artigo 12 do Decreto-Lei nº 73/1966 e no artigo 6º, §5º do Decreto nº 60.459/1977, seria abusivo, por afrontar o artigo 51, incisos IV e XI do Código de Defesa do Consumidor[1511], por ser incompatível com o artigo 1.450 do antigo Código Civil e por

---

[1509] Conforme explica Cláudia Lima Marques, "após a entrad em vigor do CDC, a própria noção de adimplemento nessas relações mudou, de forma a exigir um adimplemento total, com qualidade e adequação às expectativas legítimas dos fornecedores, e a reconhecer para os consumidores a figura do adimplemento substancial (*substantial performance*)" (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, op. cit., p. 539).

[1510] STJ, REsp nº 76.362/MT, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 11/12/1995, publicado em 1/4/1996.

[1511] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade; (...) XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor.

representar aplicação de Decreto que havia extrapolado sua função regulamentadora[1512]. Tratando-se, ainda, de inadimplemento de poucas prestações (há exemplos com uma ou duas parcelas do prêmio)[1513], entendia-se, ainda, que a resolução contratual seria limitada pela teoria do adimplemento substancial[1514].

Note-se que, mesmo ao apreciar hipótese de plano de pecúlio (equiparado pela Corte, para os fins do tema em análise, ao contrato de seguro de vida), o STJ entendeu que valeria a "jurisprudência pacífica da Segunda Seção", no sentido de que: (a) o contrato só poderia ser resolvido após abertura de oportunidade ao segurado (no caso, a ele ou, caso

---

[1512] "Não é este, porém, o entendimento dominante nesta C. Turma. Em primeiro lugar, não podia a seguradora furtar-se a requerer em Juízo a prévia resolução do contrato, uma vez verificado o atraso do segurado tocante ao pagamento das parcelas concernentes ao prêmio. Em consonância com a regra inserta no art. 1.092, § único, do Código Civil, "a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos". Além disso, uma outra norma, a do art. 1.450 do mesmo 'Codex' desautoriza o cancelamento automático e unilateral da apólice ao impor ao segurado em mora a obrigação de pagar os juros legais do prêmio atrasado. (...)Já por estes motivos, a indigitada cláusula de cancelamento automático não pode ser tida como válida em face do disposto nos supra citados arts. 1092, § único, e 1.450 do Código Civil Brasileiro. Há, além disso, a considerar a abusividade de tal disposição pactuai frente ao que enuncia o Código de Defesa do Consumidor. Trata-se na espécie - sem dúvida - de contrato de adesão e que se insere dentre as relações de consumo (arts. 2o e 3o, § 2o, da Lei n. ° 8.078, de 11.09.90). (...) Não fossem as razões anteriormente apontadas, a cláusula 5a das Condições Gerais da Apólice não tem como prevalecer. São nulas de pleno direito, na forma das preceituações acima mencionadas da legislação consumerista" (STJ, REsp nº 323.186/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 6/9/2001, publicado em 4/2/2002).

"De outra forma não poderia ser, pois, para o segurado, emitida a apólice, não teria porque temer os riscos segurados por documento idôneo emitido peta seguradora, e também não poderia ser prejudicado por falta de notificação da seguradora que o impediu de contratar outro seguro. PONTES DE MIRANDA leciona que: 'No direito brasileiro, não há o princípio da suspensão da eficácia do contrato de seguros se a apólice já foi entregue e, pois, tido por pago o prêmio inicial. Durante a mora do contrato, não há suspensão. Há a fluência dos juros, legais ou convencionais'. (Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo XLV, 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1972, § 4.919, n. 4, p. 314). O cancelamento automático de apólice de seguro, previsto no parágrafo 5 do art. 6 do Decreto n. 60.459/67, não tem acolhida no art. 1450 do CC, pois foi extrapolada a função regulamentadora do decreto" (STJ, REsp nº 236.469/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/12/2001, publicado em 25/2/2002).

[1513] "Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora (STJ, REsp nº 415.971/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/5/2002, publicado em 24/6/2002).

[1514] De acordo com o Relator Barros Monteiro: "Considerada que é ilícita a cláusula de cancelamento automático do contrato de seguro, a ação é de ser julgada procedente, tal como, aliás, ocorreu quando da análise do Resp n. ° 76.362-MT, ou seja, a seguradora responderá pelo pagamento da totalidade da indenização prevista para a hipótese de roubo, deduzindo-se desse "quantum" o valor correspondente às duas parcelas do prêmio não pagas, acrescido dos juros legais e da correção monetária". No mesmo sentido e o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha: "Srs. Ministros, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento, porque entendo que o inadimplemento de algumas parcelas referentes ao pagamento do prêmio do seguro não importa, nas características da hipótese, em rescisão automática do contrato" (STJ, REsp nº 323.186/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 6/9/2001, publicado em 4/2/2002).

tenha falecido, ao beneficiário do seguro) para purgar a mora[1515]; e (b) "incide a teoria do adimplemento substancial dos contratos, que visa a impedir o uso imoderado do direito de resolução pelo credor, quando o rompimento do pacto não se ajusta a exigências de índole social ou pautadas pela boa-fé objetiva" [1516].

O Código Civil de 2002, contudo, modificou substancialmente o texto do diploma anterior. Muito mais contundente, o artigo 763[1517] do Código Civil atual prevê que "não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação". Especificamente em relação ao seguro de vida individual[1518], o artigo 796[1519] prevê que a "falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago".

[1515] "Civil e Processual. Seguro. Automóvel. Atraso no pagamento de prestação. Ausência de prévia constituição em mora. Impossibilidade de automático cancelamento da avença pela seguradora. Dissídio jurisprudencial configurado. Cobertura devida. I. O mero atraso no pagamento de prestação do prêmio do seguro não importa em desfazimento automático do contrato, para o que se exige, ao menos, a prévia constituição em mora do contratante pela seguradora, mediante interpelação. II. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp nº 316.552/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 9/10/2002, 12/4/2004).

[1516] "Por essa ótica, a faculdade que o credor tem de simplesmente resolver o contrato, diante do inadimplemento do devedor, deve ser reconhecida com cautela, sobretudo quando evidente o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes, como no caso dos autos. Assim, deve o julgador ponderar quão grave foi o inadimplemento, a ponto de justificar a resolução da avença. Como bem assevera Athos Gusmão Carneiro, em um sistema de resolução judiciária dos contratos, a apreciação valorativa do inadimplemento contratual é alicerçada na análise global do contrato inexecutado, inclusive de sua natureza, e na consideração do comportamento total dos contraentes, desde o início da avença. Destarte, ante eventual adimplemento limitado ou inexato, a decisão judicial, ou pela resolução da avença ou pela simples condenação em perdas e danos, dependerá de uma avaliação da 'repercussão do incumprimento no equilíbrio sinalagmático do contrato' (Inadimplemento Contratual Grave - Discricionariedade do Juiz. In. Revista de Processo. Ano 20. Abril-Junho de 1.995, n. 78). Vale dizer que, para a resolução do contrato, inclusive pela via judicial, há de se considerar não só a inadimplência em si, mas também o adimplemento da avença durante a normalidade contratual. A partir desse cotejo, entre adimplemento e inadimplemento, é que deve o juiz aferir a legitimidade da resolução do contrato, de modo a realizar, por outro lado, os princípios da função social e da boa-fé objetiva. Nessa linha, a insuficiência obrigacional poderá ser relativizada com vistas à preservação da relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do pacto não responda satisfatoriamente a esses princípios. Essa é a essência da doutrina do adimplemento substancial do contrato" (STJ, REsp nº 877.965/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, publicado em 1/2/2012).

[1517] Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.

[1518] Ressalta Pedro Alvim que "em virtude da inflação, o seguro de vida individual praticamente desapareceu do mercado, substituído pelo seguro de vida em grupo, cujo prêmio é mais acessível e pago em períodos mensais, trimestrais, semestrais ou anuais. É contratado pelo estipulante a favor de pessoas aglutinadas num grupo qualquer, como por exemplo, membros da Ordem dos Advogados, filiados de uma associação esportiva etc." (ALVIM, Pedro. O seguro e o Novo Código Civil, op. cit., p. 180).

[1519] Art. 796. O prêmio, no seguro de vida, será conveniado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado.
Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao prêmio pago.

A despeito das alterações promovidas pelo novo Código Civil – talvez porque o texto do novo diploma seja tecnicamente próximo ao do artigo 12 do Decreto-Lei nº 73/1969 -, não houve qualquer mudança de posicionamento da Corte, consolidando-se o entendimento de "que a inadimplência do segurado não é causa, por si só, para que a seguradora se escuse do pagamento do capital segurado, cabendo a esta, antes da recusa, notificar o devedor para que possa purgar a mora"[1520]. Por sinal, o tema foi objeto do Enunciado nº 376, da IV Jornada de Direito Civil do CJF[1521]; e, em 2018, veio a ser sumulado pelo STJ[1522].

O mesmo comportamento tem sido adotado pela Corte com relação à teoria do adimplemento substancial – ainda que, muitas vezes, por via indireta: embora os Tribunais *a quo* apliquem a teoria do adimplemento substancial como *ratio decidendi*, em diversas ocasiões o STJ tem optado por, via decisão monocrática, ratificar tais decisões com base na posição consolidada da Corte acerca da necessidade de oportunidade para purgação da mora[1523]. Como, via de regra, o inadimplemento de baixa gravidade caminha junto com a falta de notificação, essa solução costuma ser suficiente (evitando que o recurso chegue aos órgãos colegiados).

Seja qual for o caminho, a teoria do adimplemento substancial tem sido amplamente admitida pelo STJ para regular contratos de seguro e foi, inclusive do Enunciado nº 371 da IV Jornadas de Direito Civil: "A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva". Também a doutrina[1524] tem apoiado, em grande medida, a prevalência teoria do

---

[1520] STJ, AgRg no Ag nº 1286276/RS, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/10/2016, publicado em 24/10/2016. No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EDcl no Ag nº 1007926/PR, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 2/6/2009, publicado em 16/6/2009.

[1521] Enunciado nº 376 do CEJ/CJF: "Para efeito de aplicação do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação".

[1522] Súmula nº 616/STJ: A indenização securitária é devida quando ausente a comunicação prévia do segurado acerca do atraso no pagamento do prêmio, por constituir requisito essencial para a suspensão ou resolução do contrato de seguro

[1523] STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 1154479/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26/9/2017, publicado em 4/10/2017; STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 435225/DF, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 23/10/2017, publicado em 7/11/2014; STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 485816/RS, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23/2/2018, publicado em 27/2/2018; STJ, Decisão Monocrática em REsp nº 1714847/PE, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 24/9/2018, publicado em 9/10/2018; STJ, Decisão Monocrática em Agravo em REsp nº 1140977/DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 28/8/2018, publicado em 30/8/2018.

[1524] "Por fim, vale menção à tese do adimplemento substancial, típica revelação do solidarismo na relação contratual, e mercê da qual se evita a resolução quando o contrato se tiver cumprido quase por inteiro, ou seja, quando suas prestações se tiverem adimplido quase de maneira perfeita, como, por exemplo, nas hipóteses em que apenas a última parcela do prêmio tenha sido inadimplida, preferindo-se, então, a

adimplemento substancial, mesmo ante a inovação legislativa. Como diz Jones Figueiredo Alves, na esteira da jurisprudência corrente do STJ, "é de entender cabível, mesmo com o advento do dispositivo em comento, a impossibilidade da resolução do contrato, quando reiterado o exercício da seguradora em receber as prestações com atraso e/ou reconhecida a insignificância do inadimplemento em cotejo da parte substancialmente atendida pelo segurado. De tal sorte, o direito de o segurado ser credor da prestação da cobertura securitária, preponderando, em seu favor, o princípio do adimplemento substancial e descabendo a resolução"[1525].

Essa posição parece-nos, de fato, acertada. O contrato de seguro, como diz Arnoldo Wald, é sobretudo um contrato que "se fundamenta na boa-fé das partes e na sua lealdade"[1526]. Curiosamente, contudo, costuma-se enxergar essa boa-fé de forma quase unilateral[1527]: o contrato de seguro fundar-se-ia na boa-fé, porque imporia ao segurado prestar declarações precisas e completas acerca do objeto do contrato, não omitir condições de saúde (no caso do seguro-saúde), detalhes de seu deslocamento cotidiano (no caso de seguro de automóvel)[1528]. É evidente que assim não deve ser. Se o contrato de seguro funda-se em patamares elevados da boa-fé objetiva, é natural que o seja para segurado mas também para segurador, que não pode, portanto, buscar proteção oportunística em inadimplementos de pequena monta (atrasos mínimos, de uma ou duas prestações) para fugir à cobertura contratada. E a observação bilateral da boa-fé impõe que a teoria do adimplemento substancial seja admitida abstratamente, condicionado sua efetiva aplicação à presença dos seus pressupostos de admissibilidade no caso concreto.

---

cobrança coativa, mas mantendo-se o ajuste (a matéria é examinada com mais detalhe, à luz da função social do contrato e de sua operatividade (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A função social do contrato, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007), o que vale também para o contrato de seguro cumprido em parcela significativa pelo segurado" (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 - Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. Barueri: Manole, 2019). No mesmo sentido: "Interpretação literal do mencionado dispositivo, entre-tanto, pode fazer com que, em contrato de seguro cujo prêmio tenha sido pago durante muitos anos, a mora de apenas um dia determine a perda da indenização – o que não é justo" (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Contratos e Atos Unilaterais, op. cit., p. 537); SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. *Extinção dos contratos*: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228-230; RIZZARDO, Arnaldo. Contratos, op. cit., p. 885).

[1525] ALVES, Jones Figueiredo. Comentário aos Arts. 757 a 839 do Código Civil. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

[1526] WALD, Arnoldo. Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos, op. cit., p. 495.

[1527] Salvo para a hipótese do artigo 773 do Código Civil (O segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado), à qual os autores costumam referir-se quando tratam da boa-fé do segurador (v. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Contratos no novo Código Civil..., op. cit., p. 275).

[1528] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil*. Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 4, p. 228.

4.3.6. Insuficiência do depósito realizado em ação consignatória.

Em outubro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça julgou o tema repetitivo nº 967, que dizia respeito aos efeitos da insuficiência do depósito ofertado na ação de consignação em pagamento. Tomou-se como paradigma o Recurso Especial nº 1.108.058/DF[1529], em que o consignante, alegando abusividade dos juros convencionais, promoveu ação de consignação em pagamento tomando por referências os juros legais. Afastada a alegada abusividade, discutia-se se, o depósito consignatório a menor teria como consequência (a) em linha com a jurisprudência até então predominante na Corte, a *procedência parcial do pedido*, com *extinção parcial da obrigação*, até o montante consignado; ou (b) revertendo a tese dominante, a *improcedência do pedido*, com *manutenção integral da obrigação* (ainda que o valor consignado, incontroverso e levantado pelo credor, seja abatido de futura execução, impedindo enriquecimento sem causa).

Prevaleceu o segundo entendimento, defendido pela Ministra Maria Isabel Gallotti, em longo e bem fundamentado voto. Em apertada síntese, sustentou a Ministra Gallotti, em muito amparada pelo eloquente artigo de André Luís Monteiro[1530], que a consignação em pagamento seria modalidade de extinção das obrigações admitida para a hipótese de *mora accipiendi* (artigo 335 do Código Civil), o que não ocorre quando o credor recusa pagamento inferior ao devido (artigos 313 e 314 do Código Civil). Assim sendo, demonstrada a *insuficiência do depósito consignatório*, seria de se reconhecer a legitimidade da recusa do pagamento e, consequentemente, a improcedência da ação consignatória[1531].

[1529] STJ, REsp nº 1108058/DF, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relatora para o Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, publicado em 23/10/2018.

[1530] MONTEIRO, André Luís. Ação de consignação em pagamento, depósito insuficiente e resultado do processo: uma reflexão a respeito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 415, p. 27-60, jan./jun. 2012.

[1531] "Com efeito, não havendo depósito, a sentença será de extinção do processo sem exame do mérito (CPC 2015, art. 542, parágrafo único). Havendo depósito insuficiente, terá sido justa a recusa do credor, que não pode ser obrigado a receber em parte a prestação, se tal não foi convencionado, e, portanto, o resultado coerente com o ordenamento jurídico será a improcedência e não a procedência parcial do pedido. A aceitação de qualquer depósito, de qualquer valor, como hipótese de procedência parcial do pedido, privaria de efeito a regra legal segundo a qual cessa para o devedor 'tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente' a consignação (CPC/73, art. 891, CPC/2015, art. 540); isso porque a ação seria sempre julgada parcialmente procedente, mesmo que manifestamente insuficiente o depósito para extinguir a obrigação, mesmo que justificada a recusa do credor, tendo o autor inadimplente dado causa ao ajuizamento da ação" (STJ, REsp nº 1108058/DF, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relatora para o Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, publicado em

Acompanhada pela maioria dos Ministros integrantes da Segunda Seção do STJ, restou assim fixada a tese: "Em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional"[1532].

Em junho de 2019, chegou à Terceira Turma o Recurso Especial nº 1.694.480/MG[1533], em que, novamente, discutia-se as consequências da insuficiência do depósito consignatório. O caso dizia respeito a consorciada que, alegando já ter pagado a parcela 62, não conseguia realizar o pagamento das seguintes, pois a administradora do consórcio, não identificando o pagamento da referida parcela, insistia em emitir boletos com a incidência de encargos moratórios. A consorciada, então, promoveu ação consignatória referente ao pagamento de quatro parcelas, alegando que, como a parcela 62 teria sido quitada, não haveria que se falar em encargos moratórios, haja vista a *mora accipiendi*.

O pleito consignatório foi repelido, em primeira e segunda instâncias, por se entender que a consignante não havia logrado comprovar o pagamento da referida parcela 62, o que justificaria a recusa da administradora em receber pagamentos sem encargos moratórios. O depósito consignatório foi, portanto, considerado insuficiente, incorrendo a consignante nos ônus de sua mora.

Em sede de recurso especial, a consignante, além de reiterar os argumentos anteriores, invocou a *teoria do adimplemento substancial*. Não é claro o fundamento utilizado para invocação da teoria, restringindo-se o acórdão a reportar que a consignante teria alegado que a ação também seria procedente "pois, ainda que não se considere quitada a prestação, deve ser aplicada a Teoria do Adimplemento"[1534]. Quer-nos crer que a consignante tenha argumentado que o valor do depósito recursal, ainda que tecnicamente *insuficiente*, seria *tão próximo do valor integral* que o adimplemento deveria ser considerado *substancial*, o que, em sua visão, resultaria na procedência da demanda.

Seja como for, fato é que o Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do feito, repeliu o argumento de forma categórica, reportando ao tema repetitivo julgado pela Segunda Seção do STJ, como se, a partir dele, tal conclusão fosse natural. Assim constou

---

23/10/2018).

[1532] STJ, REsp nº 1108058/DF, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relatora para o Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, publicado em 23/10/2018.

[1533] STJ, AgInt no REsp nº 1694480/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/6/2019, publicado em 13/6/2019.

[1534] Ibidem.

da ementa do acórdão: "A Segunda Seção do STJ, ao analisar o REsp repetitivo n. 1.108.058/DF, firmou a seguinte tese: em ação consignatória, a insuficiência do depósito realizado pelo devedor conduz ao julgamento de improcedência do pedido, pois o pagamento parcial da dívida não extingue o vínculo obrigacional. No caso, não sendo depositado integralmente o valor devido na ação consignatória, mostra-se descabida aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial"[1535].

Arriscando-nos soar repetitivo, mais uma vez nos parece que a decisão do STJ é demasiado ampla e, bem por isso, equivocada diante dos fundamentos que regem a teoria do adimplemento substancial. A nosso ver, a tese firmada pela Segunda Seção do STJ no Recurso Especial nº 1.108.058/DF não é incompatível, *tout court*, com a teoria do adimplemento substancial, de modo que tomar tal afirmação como absolutamente verdadeira pode representar grave afronta aos princípios e paradigmas atuais do direito privado.

A tese firmada no Recurso Especial nº 1.108.058/DF nada mais é do que a reafirmação do princípio da *pontualidade* (destrinchado, por parte da doutrina[1536], nos princípios da *identidade*, *exatidão* e *integralidade*), positivado nos artigos 313 e 314 do Código Civil, segundo o qual o cumprimento da obrigação deve se dar no tempo e forma previstos na lei ou na convenção. Acerca da *pontualidade* já falamos quando tratamos dos princípios do *adimplemento*, em especial na Seção 1.3., quando tivemos a oportunidade de inseri-lo no contexto obrigacional contemporâneo, em que se reconhece a *obrigação como processo*, *polarizada pelo adimplemento* e *pautada na boa-fé objetiva*.

Naquela oportunidade, sustentamos, com base na melhor doutrina, que, à luz do sistema do Código Civil brasileiro, o princípio da pontualidade não pode ser visto como absoluto, devendo ser ponderado pelo *princípio da boa-fé objetiva*. Conforme ensina Jorge Cesa Ferreira da Silva, cabe à boa-fé objetiva "dar conteúdo material ao adimplemento"[1537], mitigando formalismos extremos e limitando o *direito potestativo* do credor de repudiar prestações que capazes de atender seu *interesse objetivo*[1538]. Ainda que a lei preveja o direito do credor de recusar adimplementos parciais ou imperfeitos, tal direito, como qualquer outro, *não é absoluto*, devendo ser exercido, na forma dos artigos

[1535] STJ, AgInt no REsp nº 1694480/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/6/2019, publicado em 13/6/2019.
[1536] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, op. cit., v. 2, p. 166.
[1537] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Adimplemento e extinção das obrigações, op. cit., p. 62.
[1538] MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo código civil. Do direito das obrigações, op. cit., p. 130.

187 e 421 do Código Civil, em consonância com a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, sob pena de ser considerado ilegítimo.

A tese firmada no Recurso Especial nº 1.108.058/DF, no entanto, parte da *premissa absoluta* de que, nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, "o credor não é obrigado a aceitar o pagamento em termos diversos daqueles originalmente pactuados (arts. 313 e 314 do CC/02), de modo que, na hipótese de ser-lhe oferecido valor que não corresponda ao montante integral do crédito, a sua recusa ao *recebimento é justa*"[1539]. E completa a Ministra: "a atitude do credor que se recusa a receber o pagamento de forma diversa da contratada é *legítima*, revelando que a ele não se pode imputar a causa do ajuizamento da ação"[1540].

Assim sendo, parece-nos que, quando a recusa do credor ao adimplemento se der em ofensa à boa-fé objetiva e à função social do contrato – o que ocorrerá, evidentemente, diante do adimplemento substancial do devedor – não se aplica a tese firmada no Recurso Especial nº 1.108.058/DF, porque ausente uma de suas premissas fundamentais: a legitimidade da recusa do credor. Por isso, a teoria do adimplemento substancial não é intrinsecamente incompatível com a ação consignatória.

Entendimento contrário, parece, por sinal, bastante contraditório com a vasta jurisprudência da Corte favorável à incidência da teoria do adimplemento substancial. Ora, se o construtor de boa-fé que entrega a casa faltando as maçanetas das portas pode invocar a teoria do adimplemento substancial caso o credor lhe mova ação resolutória, ou mesmo caso lhe aplique elevada multa moratória ou cláusula penal; não parece haver razão para que esse mesmo construtor, caso o credor se recuse a receber a obra, promova ação de consignação, visando, se não a eliminar, ao menos a mitigar os efeitos da mora, diante da extinção parcial da obrigação. Tal medida poderá ser útil, por exemplo, quando o devedor, com fundamento no artigo 413 do Código Civil[1541], pretender mitigar os efeitos de cláusula penal de valor elevado, diante do cumprimento de parcela substancial da obrigação principal. Como sustenta Alexandre Guerra, "a possibilidade de redução judicial por

---

[1539] Voto da Ministra Nancy Andrighi (STJ, REsp nº 1108058/DF, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Relatora para o Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/10/2018, publicado em 23/10/2018).

[1540] Ibidem.

[1541] Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

equidade da cláusula penal faz entrever também o desejo do legislador de adimplemento do negócio jurídico, ainda que seja parcial, como também a sua preservação"[1542].

Assim como sustentamos nas seções anteriores, a definição de regras absolutas e abstratas não se adequada à natureza fluida da teoria do adimplemento substancial. Trata-se, a teoria, de expressão da boa-fé objeto e da função social do contrato, cláusulas gerais cuja concreção dependente da atividade jurisdicional construtiva, pautada nos elementos oferecidos pelo caso concreto. Em que pese a falta de elementos para uma avaliação pormenorizada, o caso discutido pelo Recurso Especial nº 1.694.480/MG parece, de fato, não ser daqueles que merecessem a proteção da teoria. A decisão equivoca-se, no entanto, ao não tratar dele *in concreto*, buscando enquadrá-lo em regra *abstrata*, de todo incompatível com o instituto.

4.3.7. Débitos de natureza alimentar

O artigo 5º, LXVII da Constituição Federal prevê que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Com fundamento nesse dispositivo legal, bem como no artigo 733 do antigo Código de Processo Civil[1543], no artigo 19 da Lei nº 5.478/1968[1544], e no artigo 201 da Lei nº 7.210/1984[1545], o Superior Tribunal de Justiça consolidou, ao longo dos anos, jurisprudência do no sentido de que (a) "o atraso de uma só prestação, desde que atual, ou seja, compreendida entre as três últimas devidas, já autoriza o pedido de prisão do devedor"[1546]; e (b) o pagamento parcial do débito não possuiria

---

[1542] GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos, op. cit., p. 247.

[1543] Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
§2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)
§3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

[1544] Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias.
§1º O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas.
§2º Da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento.
§3º A interposição do agravo não suspende a execução da ordem de prisão.

[1545] Art. 201. Na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública.

[1546] STJ, HC nº 180.099/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/8/2011, publicado em 29/8/2011. O entendimento deu origem à Súmula nº 309/STJ: "O débito alimentar que

efeito liberatório, sendo irrelevante para impedir a prisão do devedor[1547]. A firme jurisprudência do STJ, por sinal, serviu de base para o Código de Processo Civil, que regulou a prisão civil por dívida alimentar em seu artigo 528[1548], mais detalhadamente que o diploma anterior e em total conformidade com o posicionamento da Corte.

Foi diante desse quadro que, em agosto de 2018, chegou à Quarta Turma do STJ o Habeas Corpus nº 439.973/MG[1549], em que se discutia a manutenção de prisão civil de alimentante que, demandado, promovera a quitação de 95% das prestações em atraso. Ante a negativa do pleito liberatório pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e manifestação do Ministério Público favorável à concessão da ordem de *habeas corpus*, os autos chegaram ao relator, Ministro Luis Felipe Salomão, para decisão.

Em voto bem fundamentado, o Ministro Salomão sustenta que, embora a jurisprudência da Corte tenha se consolidado no sentido de não reconhecer o pagamento parcial da prestação alimentar como apto para impedir a prisão civil do alimentante, o caso *sub judice* apresentaria elementos que permitiriam a aplicação de teoria do adimplemento

---

autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

[1547] "Processual Civil e Civil. Habeas corpus. Ação de execução. Pensão alimentícia.
- É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo.
- O pagamento parcial do débito não afasta a possibilidade de prisão civil do alimentante executado.
- Inviável a apreciação de provas na via estreita do HC. - Ordem denegada. (STJ, HC nº 220.768/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/4/2012, publicado em 16/4/2012).

[1548] Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
§1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517 .
§2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.
§3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.
§4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.
§5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.
§6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.
§7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.
§8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.
§9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

[1549] STJ, HC nº 439.973/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/8/2018, publicado em 4/9/2018.

substancial, devendo ser a modulados os efeitos do inadimplemento e inadmitida a prisão civil.

De acordo com o Ministro Salomão, embora a teoria tenha sido concebida para impedir "o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor", ela teria "seu substrato de incidência nos princípios, tais como a função social do contrato, a equivalência das obrigações, a vedação ao abuso, a eticidade, a razoabilidade, a proporcionalidade e, principalmente, a boa-fé objetiva"[1550]. Assim sendo, a despeito das inegáveis peculiaridades dos débitos de natureza alimentar (que possuem base constitucional, amparada no princípio da solidariedade), haveria situações concretas em que a teoria do adimplemento substancial seria passível de aplicação, para evitar patente injustiça.

Explica o Ministro que, que pelas regras constitucional e processual, a prisão civil seria medida de *ultima ratio*, decorrente apenas de conduta *voluntária* e *inescusável* do alimentante devedor, "sendo empregada apenas em casos de derradeira contumácia e obstinação do devedor que, embora possua condições para saldar a dívida, se vale de todos os meios para protelar o seu pagamento". Por isso, e considerando as diretrizes de *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade* trazidas pelo Código Civil brasileiro, bem como os princípios da boa-fé objetiva, da função social, da vedação ao abuso de direito e da dignidade humana, reconhece o Ministro Salomão que, "de forma extremamente excepcional", seria possível o reconhecimento do adimplemento substancial do devedor de boa-fé (aquele que "demonstra seu intento de saldar a obrigação"), impedindo sua prisão "quando houver cumprimento de parcela extremamente significativa de sua obrigação", que não implique prejuízo relevante ao alimentado. Nessa hipótese, "o aprisionamento poderá ser tido como extremamente gravoso em face de tão insignificante inadimplemento"[1551], permanecendo o devedor obrigado a pagar, pelas vias de execução menos gravosas, que se mostrem eficazes.

Contudo, o voto que prevaleceu foi proferido pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, absolutamente contrário à aplicação da teoria do adimplemento substancial aos *vínculos jurídicos familiares*, por entender que a teoria encontraria "um estreito espaço de aplicação no direito contratual - exclusivamente nas hipóteses em que o inadimplemento revela-se de escassa importância quando cotejado com a obrigação como um todo, ao lado

---

[1550] STJ, HC nº 439.973/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/8/2018, publicado em 4/9/2018.
[1551] Ibidem.

de elementos outros cuja análise demanda uma avaliação qualitativa, casuística e aprofundada da avença". De acordo com o Ministro Ferreira, a teoria encontraria amparo, no direito brasileiro, em princípios "típicos das relações jurídicas de natureza contratual" [1552], portanto inaplicáveis às obrigações alimentares, que possuiriam estatura constitucional.

Ademais, sustenta o Ministro, os alimentos "guardam consigo a presunção de que o valor econômico neles contido traduz o mínimo existencial do alimentando, de modo que a subtração de qualquer parcela dessa quantia pode ensejar severos prejuízos a sua própria manutenção". Contudo, em sinal de que essa seria uma presunção *iuris tantum*, o Ministro indica que, a teor do artigo 528 do CPC, o devedor poderá justificar ao magistrado o inadimplemento, antes da decretação da prisão, "sendo essa a seara apropriada para a discussão sobre eventual irrelevância da fração inadimplida" [1553].

Em novembro de 2018, o tema chegou a Corte uma vez mais, agora à Terceira Turma, no Recurso em Habeas Corpus nº 104.119/RJ. Em votação unânime, a Turma negou provimento ao recurso, por entender que (a) o pagamento parcial da obrigação alimentar não afastaria a possibilidade da prisão civil; e (b) a capacidade financeira do paciente, bem como a justificativa para o inadimplemento, não poderiam ser verificadas em sede de *habeas corpus*. Consequentemente, não haveria sequer espeço para discussão da teoria do adimplemento substancial, igualmente não reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O tema em questão foge aos limites deste trabalho, não apenas por envolver obrigação de natureza alimentar, que possui fundamentos próprios e, em muitos aspectos, distintos daqueles que amparam o direito obrigacional; mas também porque sua discussão adentra a matéria processual e suas diversas particularidades. Uma avaliação inicial, contudo, não parece sugerir incompatibilidades irreconciliáveis entre a teoria do adimplemento substancial e os débitos de natureza alimentar.

Conforme mencionamos diversas vezes ao longo deste estudo, a teoria do adimplemento substancial é expressão de princípios de elevado conteúdo axiológico e ampla abrangência. Isso quer dizer que a teoria do adimplemento substancial representa a interpretação sistemática desses princípios jurídicos, visando à limitação de uma hipótese

---

[1552] Voto vencedor do Ministro Antonio Carlos Ferreira (STJ, HC nº 439.973/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para o Acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/8/2018, publicado em 4/9/2018).

[1553] Ibidem.

específica do que Menezes Cordeiro chama de "desequilíbrio no exercício de direitos"[1554]: a hipótese de *exercício abusivo dos direitos potestativos à resolução contratual e à tutela do crédito*. Dessa afirmação, duas são as conclusões.

A primeira, de que tratando-se a *tutela do crédito alimentar*, de uma hipótese de *tutela de crédito*, não haveria razão para não incidência, *tout court*, da teoria do adimplemento substancial. Evidentemente que a hipótese teria de ser tratada segundo suas especificidades, mediante desenvolvimento de parâmetros específicos para avaliação dos pressupostos de incidência da teoria. Tratando-se o débito alimentar de direito de natureza existencial[1555], evidente que ele mereça atenção especial sendo mais elevados os parâmetros para admissão da teoria. Mas, ainda assim, seria de se discutir os parâmetros de aplicação da teoria e não a viabilidade de seu acolhimento, em abstrato.

A segunda, de que, ainda que se rejeite a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não parece haver obstáculos para a *aplicação direta dos princípios que lhe servem de fundamento*. Princípios esses que podem ser, como ressaltou o próprio Ministro Luis Felipe Salomão, reinterpretados e combinados com outros (como o princípio da dignidade da pessoa humana), gerando novos microssistemas, que visem a *limitação de desequilíbrios no exercício de outros direitos*, como é o caso do direito ao crédito alimentar. Como sustenta Menezes Cordeiro, requer-se, qualquer que seja o direito, "ainda que dotados de legitimidade formal, o atender redobrado às dimensões sinépicas implicadas, como forma privilegiada de controlar, em toda a sua extensão e não, apenas, a nível constitutivo, da compatibilidade dos exercícios, com a ordem jurídica no seu todo"[1556]. Assim sendo, parece-nos que, ao menos pela incidência direta dos princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, a relevância do débito alimentar pode sim ser apurada, com vistas a impedir a medida extremamente gravosa da prisão civil.

A escassa doutrina existente acerca do tema parece apontar nesse sentido. Rafael Calmon, por exemplo, defende que a teoria do adimplemento substancial seria aplicável aos débitos alimentares, "não como forma de liberar o alimentante da obrigação, é claro, mas apenas como um dos meios de se racionalizar o uso da prisão civil, coibindo-se o abuso do direito processual, prestigiando-se a boa-fé objetiva e adaptando-se o procedimento e suas técnicas à efetiva tutela do caso concreto"[1557]. Edmilson Cruz Júnior,

---

[1554] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 853.
[1555] SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 326.
[1556] CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa-fé no direito civil, op. cit., p. 853.
[1557] CALMON, Rafael. A prisão civil em perspectiva comparatista: e o que podemos aprender com isso. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 27, p. 59-80, mai./jun. 2018, p. 78.

por sua vez, destaca que a decretação de prisão civil diante de hipótese de adimplemento substancial "respalda o abuso do direito de crédito do alimentando, notadamente quando permite a utilização desta medida coercitiva, em flagrante desproporcionalidade em relação ao dano provocado pelo inadimplemento"[1558]. Andeirson da Matta Barbosa, por sua vez, sustenta que "a recepção da teoria do adimplemento substancial, no direito de família, está em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que teria o condão de privar o devedor de alimentos do cerceamento de sua liberdade em razão de dívida insignificante"[1559], servindo, assim, para refrear "a voracidade da prisão civil"[1560].

A jurisprudência, por sua vez, mesmo contrariando a posição inicial do Superior Tribunal de Justiça, também tem se inclinado favoravelmente[1561] à possibilidade de acolhimento da teoria do adimplemento substancial em sede de execução alimentar, em geral a utilizando como elemento para fundamentar a *escusabilidade* do inadimplemento parcial, prevista no artigo 528, caput e §3º do Código de Processo Civil. Nesse sentido já se manifestaram, por exemplo, os Tribunais de Justiça de Santa Catarina[1562], Distrito Federal[1563], Paraná[1564], Bahia[1565] e São Paulo[1566].

[1558] CRUZ JÚNIOR, Edmilson, A aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em matéria de dívida alimentar e o princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, p. 251-274, 2017, p. 267.

[1559] BARBOSA, Andeirson da Matta. A teoria do adimplemento substancial e da teoria dos jogos no cumprimento de obrigação alimentar. *Revista De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Belo Horizonte*, v. 15, p. 151-168, 2016, p. 158.

[1560] BARBOSA, Andeirson da Matta. A teoria do adimplemento substancial..., op. cit., p. 155.

[1561] Não se está a falar, evidentemente, de unanimidade. Em sentido contrário, por exemplo, posicionou-se o Tribunal de Justiça de Goiás: "Habeas Corpus Preventivo. Prisão civil. Execução de alimentos. Revogação. Ausência de comprovação da quitação integral das parcelas devidas durante a execução. Constrangimento ilegal não configurado. 1) Não se há falar em ilegalidade da prisão quando não comprovada a plena quitação integral das devidas após o ajuizamento da ação de execução de alimentos e, bem assim, do saldo remanescente, pois o pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes. Súmula 309 do STJ. 2) A Teoria do Adimplemento Substancial não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar. 3) Ordem Conhecida e Denegada. (TJGO, Habeas Corpus nº 01581821220198090000, Relator Desembargador Nicomedes Domingos Borges, Primeira Câmara Criminal, julgado em 9/7/2019, publicado em 9/7/2019).

[1562] "Habeas Corpus Preventivo. Execução de alimentos. Prisão civil decretada. Medida excepcional oposta ao inadimplente de obrigação alimentícia. Dívida vencida parcialmente quitada pelo executado. Adimplemento substancial das prestações mensais vencidas ao longo da execução. Boa-fé e intenção de quitação do saldo devedor evidenciadas. Sobrevivência do alimentando garantida. Urgência da medida prisional afastada. Ausência do estado de miserabilidade e penúria do alimentando. Medida constritiva que deve ter caráter excepcional. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. (TJSC, Habeas Corpus nº 4015523-77.2019.8.24.0000, Relatora Desembargadora Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 16/7/2019, publicado em [2019]).

[1563] "Habeas corpus. Prisão civil. Alimentos. Ilegalidade. Abuso de poder. Débito alimentar. Três meses anteriores ao ajuizamento da ação. Adimplemento substancial. Comprovação. Ordem concedida. (...) 4. Restando demonstrado o adimplemento substancial do débito exequendo por meio de comprovantes de depósitos bancários na conta do credor, do que resulta não persistir débito alimentar em montante/lapso temporal suficiente para manter a decretação da prisão, deve ser concedida a ordem, com a determinação

A expansão da teoria do adimplemento substancial a novas áreas do direito parece, de fato ser uma tendência. E, frise-se, não apenas a novas áreas do direito civil. Já há quem defenda a aplicação da teoria no âmbito do direito processual civil[1567], no âmbito do direito administrativo[1568], e até mesmo no âmbito do direito penal[1569]. Esse movimento, por sinal, parece bastante natural, sendo a boa-fé não apenas um princípio do direito obrigacional, mas um princípio geral de direito, a reger todas as relações sociais.

---

de soltura do devedor. 5. Ordem concedida" (TJDF, Habeas Corpus nº 0719518-02.2019.8.07.0000, Relatora Desembargadora Ana Cantarino, Quinta Turma Cível, julgado em 4/12/2019, publicado em 10/12/2019).

"Habeas Corpus. Execução de alimentos. Inadimplência voluntária e inescusável não configurada. Adimplemento substancial. Ordem concedida. 1. A prisão civil constitui medida drástica a ser decretada quando ocorrer inadimplemento voluntário e inescusável do alimentante. 2. Diante de justificativa válida, bem como a inequívoca demonstração de esforços tendentes à quitação do débito, concede-se habeas corpus. 3. Ordem concedida. (TJDF, Habeas Corpus nº 0712106-88.2017.8.07.0000, Relator Mario-Zam Belmiro, Oitava Turma Cível, julgado em 9/11/2017, publicado em 30/11/2017).

[1564] "Habeas Corpus - Execução De Alimentos (Artigo 733 do Código de Processo Civil) - Obrigação Alimentar devida à filha - Decretação da prisão civil - Justificativa de pagamento substancial da dívida – Alegação corroborada por prova documental pré-constituída - Dúvida acerca do efetivo valor do débito - Impossibilidade de verificação da existência de saldo devedor remanescente - Necessidade da apresentação de planilha atualizada - Ilegalidade do decreto prisional configurada - Ordem Concedida. 1. Resta pacífico o entendimento jurisprudencial quanto ao caráter excepcional do decreto prisional nos casos de dívida alimentar, medida extrema a qual somente pode ser adotada em caso de inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia. 2. 'In casu', tendo o Executado apresentado justificativa de pagamento substancial do encargo e existindo dúvida acerca do correto valor do débito, em razão da ausência de planilha atualizada, impõe-se a concessão da ordem de Habeas Corpus. (TJPR, Habeas Corpus nº 0773298-7, Relator Desembargador Clayton Camargo, Décima Segunda Câmara Cível, julgado em 1/6/2011, publicado em [2011]).

[1565] "Agravo de Instrumento. Execução de alimentos. Prisão civil decretada. Retirada dos autos em carga pelo patrono da agravante durante prazo aberto ao agravado. Situação que obstou conhecimento do valor corrigido do débito. Depósito substancial e alegação de ofensa a ampla defesa e contraditório que justificam a revogação da prisão civil. Ausência de fumus boni juris. Decisão com fundamento em razoabilidade. Após determinada a prisão civil do agravado, considerando débito na prestação alimentícia, não se mostra razoável que a parte contrária proceda em carga dos autos, obstando a ampla defesa e obstando o conhecimento do valor total do débito executado. In casu, a revogação da *ultima ratio* se impõe, seja pela atuação inescusável da agravante, seja pelo adimplemento substancial do débito. (...) Por outro lado, ainda que não tivesse vista dos autos e acesso à planilha do débito, tem-se que o agravado promoveu depósito dos valores principais discutidos, com isso promovendo adimplemento substancial que autoriza a revogação da prisão civil (TJBA, Agravo de Instrumento nº 0162626-81.2016.8.05.0909, Relatora Desembargadora Joanice Maria Guimarães de Jesus, Terceira Câmara Cível, julgado em 7/3/2017, publicado em 7/3/2017).

[1566] Embora denegando a ordem, diante das particularidades do caso concreto, mas admitindo a possibilidade teórica de aplicação da teoria: "Prisão civil - Alimentos - Habeas corpus - Inexistência de ilegalidade - Não comprovação de adimplemento substancial do débito alimentar - Impossibilidade de apreciação das condições materiais do alimentante - Ordem denegada. (...) O depósito realizado em 4.7.2008 é parcial e, em princípio, não afasta a prisão. Atente-se, no caso, para o fato de ser impossível saber, à falta de prova documental idônea, o quanto o montante depositado representa, em percentual, do débito exequendo" (TJSP, Habeas Corpus nº 5866064500-SP, Relator Desembargador Piva Rodrigues, julgado em 18/11/2008, Nona Câmara de Direito Privado, publicado em 6/1/2009).

[1567] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 176, p. 335-340, 2009.

[1568] BUSSATA, Eduardo Luiz. A aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos administrativos. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p. 67-82, set./dez. 2016.

[1569] SOUZA, Bruno Preti de. A teoria do adimplemento substancial no Direito Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 54, p. 43-64, jun./jul. 2013.

CONCLUSÃO

Como afirmou o lendário Justice Cardozo, em um dos julgamentos precursores da *doctrine of substantial performance*, em território norte-americano, "*those who think more of symmetry and logic in the development of legal rules than of practical adaptation to the attainment of a just result will be troubled by a classification where the lines of division are so wavering and blurred*"[1570]. A teoria do adimplemento substancial, expressão que é de princípios vagos e imprecisos, realmente impõe ao operador do direito uma perspectiva muito distinta daquela consagrada pela teoria clássica dos contratos.

A teoria do adimplemento substancial decorre de uma visão fluida do direito, apegada à concreção, à produção de resultados práticos que sejam mais justos e coerentes com os valores prevalecentes na sociedade contemporânea. De sua inegável fluidez, contudo, não decorre a ausência de rigor metodológico, ou a inexistência de paradigmas e pressupostos concretos de aplicação, capazes de garantir-lhe solidez e estabilidade. Não se tratam, evidentemente, de paradigmas e pressupostos estáticos, imutáveis, mas sim adaptáveis, móveis, tal qual o sistema do qual fazem parte.

O objetivo deste trabalho foi exatamente revisitar as bases teórica do instituto, à luz dos elementos fornecidos pelo direito interno e pelo direito estrangeiro, a fim de entender qual a *visão atual da teoria*. As conclusões atingidas pelo trabalho podem ser sintetizadas em quatro pontos principais.

1. *A obrigação é um processo, polarizado pelo adimplemento e orientado pela boa-fé objetiva. Assim também é o adimplemento, um processo orientado pela boa-fé objetiva.*

O conceito clássico romanístico de relação obrigacional traz consigo uma ideia de *vínculo débito-crédito de conteúdo linear, transitório, simples e pessoal*. O credor tem direito a uma prestação; o devedor, tem o dever de prestá-la. Essa relação possui conteúdo fechado, que deve ser respeitado de forma estrita, pois *pacta sunt servanda*.

A insuficiência do conceito clássico foi constatada, sobretudo, pela doutrina alemã. Em muito estimulados pela releitura proposta pelo BGB ao sistema de direito privado alemão - em particular pela inovadora cláusula geral da boa-fé objetiva (§242) -,

[1570] *Jacob Youngs, Inc v. Kent*, 230 N.Y. 239 (N.Y. 1921).

juristas alemães como Fritz Litten, Peter Klein, Heinrich Sieber e Karl Larenz, reconstruíram, ao longo da primeira metade do século XX, a noção de relação obrigacional, reconhecendo nela a ideia de "organismo", de "totalidade concreta", de "conjunto", ou, como ficou mais conhecido no Brasil – principalmente pelo trabalho de Clóvis do Couto e Silva -, de "processo".

A relação obrigacional, de fato, envolve situações jurídicas muito mais complexas, mais conectadas e menos temporárias do que o conceito clássico poderia admitir. Particularmente pela ação da boa-fé objetiva, que sedimentou seu conteúdo finalístico[1571], a relação obrigacional ganhou dimensões antes inimagináveis. Em sua função criadora de direitos, a boa-fé objetiva acrescentou à obrigação deveres laterais – implícitos, mas igualmente exigíveis -, como os deveres de informar, de proteger, de colaborar. Em sua função limitadora de direitos, a boa-fé objetiva restringiu direitos formativos e impôs às partes o dever de se abster da prática de comportamentos danosos e desleais. Em sua função interpretativa, a boa-fé objetiva deu conteúdo às disposições convencionais, interpretando-as à luz da lealdade e da confiança. É impossível, diante desse novo cenário, resumir a relação obrigacional ao vínculo débito-crédito, tal como o fazia o conceito clássico.

A *obrigação como processo* mudou substancialmente a noção clássica de *adimplemento*. Sob a perspectiva do *devedor*, o adimplemento não pode mais ser considerado uma simples prestação pontual (em tempo, lugar e forma previstos pelas partes); o adimplemento também é um *processo*, que se expressa durante toda a existência da relação obrigacional (até mesmo antes e depois de sua formalização) e engloba deveres expressos e implícitos. Sob a perspectiva do *credor*, o adimplemento, emoldurado pela boa-fé objetiva, tampouco mantém sua aparência rígida e absolutamente sujeita à potestividade do credor; o adimplemento passa a ser visto a partir de outro *topos*, o *topos* da utilidade objetiva da prestação, do interesse objetivo do credor.

2. *A teoria do adimplemento substancial é resultado do processo de funcionalização dos direitos subjetivos. O direito formativo à resolução contratual encontra limites na boa-fé objetiva e na função social do contrato.*

[1571] "[O]brigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor" (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. A obrigação como processo, op. cit., p. 168).

Contratos, como diz Enzo Roppo, representam a instrumentalização jurídica da atividade econômica de uma sociedade[1572]. Reflexo dessa constatação é fato de que os paradigmas contratuais modificaram-se bruscamente ao longo do tempo, em sintonia com as importantes transformações sofridas pela sociedade.

Estruturado como instrumento de combate a privilégios e ao intervencionismo estatal, o contrato do Estado Liberal sedimentou-se, em bases extremamente individualistas, sob o *princípio da autonomia da vontade*. Em torno da autonomia da vontade orbitavam os valores liberais da igualdade formal, do voluntarismo, da garantia da propriedade privada e do livre exercício da atividade econômica.

O Estado liberal, contudo, entrou em decadência no pós-Guerra, dando gradualmente lugar ao Estado Social, que desafiou a ficção da igualdade formal e redefiniu os paradigmas contratuais anteriores sob a ideia da igualdade real, do coletivismo e da socialidade. No plano do direito público, esses novos paradigmas deram origem aos direitos sociais que, ao longo do século XX, foram incorporados às constituições federais dos mais diversos países. No plano do direito privado, esses novos paradigmas promoveram a superação da autonomia da vontade pela *autonomia privada*, princípio de escopo mais limitado que o anterior[1573].

Sob a égide da autonomia privada, a liberdade de contratar subordinou-se a princípios de elevado conteúdo axiológico, notadamente à *boa-fé objetiva* (em suas funções interpretativa, criadora e limitadora) e à *função social do contrato* (assim entendida como elemento instrumentalizador da atividade econômica, mitigador do princípio da relatividade, promotor de solidarismo nas relações privadas e de controle da utilidade social).

A *autonomia privada* foi consagrada pelo Código Civil brasileiro de 2002, por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados que conferiram ao sistema de direito privado brasileiro a característica da *mobilidade*[1574]. Foi por meio dessas cláusulas abertas e desses conceitos indeterminados que a teoria do adimplemento substancial foi efetivamente integrada ao direito civil brasileiro. Trazida ao Brasil em meados da década de 1970, por iniciativa de Clóvis do Couto e Silva, e introduzida no plano jurisprudencial pela atividade de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a teoria do adimplemento substancial ganhou efetivo substrato jurídico no direito

[1572] ROPPO, Enzo. O contrato, op. cit., p. 26.
[1573] PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil, op. cit., p. 17.
[1574] MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, op. cit., p. 13.

pátrio com o advento do Código Civil de 2002, quando se tornou matéria de destaque na academia e nos diversos Tribunais brasileiros, inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

A teoria do adimplemento substancial, portanto, é fruto do processo de funcionalização dos direitos subjetivos, que se consolidou no Brasil no final da segunda metade do século XX, mas teve seu apogeu com a edição do Código Civil de 2002, não à toa apresentado, nas palavras de seu idealizador, Miguel Reale, como um diploma *ético*, *social* e *operável*.

3. *A visão atual da teoria do adimplemento substancial impõe uma abordagem dúplice: a teoria do inadimplemento substancial e a teria do adimplemento substancial (estrito senso).*

Diante da noção contemporânea de *obrigação como processo*, o descumprimento contratual não pode ser entendido como um evento único, como algo pontual, de identificação simples e una. Mais correto dizer é que o inadimplemento contratual envolve um verdadeiro *espectro de adimplementos imperfeitos*, no qual se insere uma infinita gama de possibilidades de cumprimentos que gravitam entre um extremo (o *adimplemento perfeito*) e o outro (o *inadimplemento absoluto*).

O Código Civil brasileiro trata desse *espectro de adimplementos imperfeitos* dentro de um *sistema escalonado de inadimplementos*: *i.e.* descumprida a obrigação, há mora; agravada (algumas vezes por sua simples manutenção alongada), a ponto de causar a *inutilidade da prestação*, a mora converte-se em inadimplemento absoluto, restando ao credor a possibilidade de satisfação do seu crédito por equivalente. Como explica Cristino de Sousa Zanetti, "no Direito brasileiro, a disciplina do inadimplemento das obrigações é caracterizada por uma distinção central, a contrapor, de um lado, a mora, e, de outro, o inadimplemento absoluto"[1575].

O sistema de inadimplemento obrigacional estabelecido pelo Código Civil de 2002 é necessariamente escalonado, porque os artigos 389, 394, 395 (*caput* e parágrafo único) e 475 do Código Civil *devem* ser interpretados à luz dos artigos 187, 421 e 422 do mesmo diploma, dispositivos esses que impõe a observância da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Assim sendo, uma situação de *inadimplemento absoluto* só se verifica quando reunidas duas condições: (a) a *impossibilidade* da prestação, por parte do devedor;

[1575] ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor, op. cit., p. 766.

e (b) a *inutilidade* da prestação, por parte do credor - inutilidade essa que, em razão do parágrafo único do artigo 385 do Código Civil e das cláusulas gerais de boa-fé objetiva e função social dos contratos, deve ser aferida com base no *interesse objetivo* do credor.

Desse contexto, extrai-se a *primeira conclusão* deste ponto: diante do atual Código Civil brasileiro, a teoria do adimplemento substancial deve ser interpretada mais largamente, traduzindo-se em verdadeira *teoria do inadimplemento substancial*. Isso porque, interpretado à luz da boa-fé objetiva e da função social do contrato, *o cumprimento imperfeito capaz de autorizar a resolução do contrato somente pode ser aquele que venha a extinguir o interesse objetivo do credor* à prestação, ou seja, quando configurar *inadimplemento substancial* – assim entendido aquele *inadimplemento capaz de atingir a essência do contrato*. Trata-se do *fundamental breach* do direito internacional (insculpido no artigo 25 da Convenção de Viena; no artigo 7.3.1. dos Princípios UNIDROIT; no artigo 8.103 dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos; e no artigo 3:502 da Minuta de Quadro Comum de Referência).

Contudo, o inadimplemento de pequena gravidade – que, em razão da importação imprópria dos institutos estrangeiros da *doctrine of substancial performance* e do *inadempimento di non scarsa importanza*, atualmente tem servido apenas a impedir a resolução contratual - parece, de fato, merecer tratamento diferenciado.

Eis a *segunda conclusão* deste ponto: como não é *justo*, leal ou equânime que situações extremamente distantes sujeitem-se aos mesmos efeitos legais, os princípios da boa-fé objetiva, da razoabilidade e de proporcionalidade impõem que o *adimplemento substancial (ou, como queira, o inadimplemento de pequena gravidade) seja visto como hipótese de modulação dos efeitos da mora* e *das medidas colocadas à disposição do credor para a tutela do crédito remanescente.* A tal hipótese de modulação de efeitos da mora e das tutelas creditícias, chamamos de *teoria do adimplemento substancial (estrito senso)*.

4. *A teoria do adimplemento substancial não implica, tout court, prejuízo à segurança jurídica. A aplicação segura da teoria, contudo, impõe a atuação criteriosa do juiz, fundada em pressupostos e parâmetros robustos.*

O princípio da segurança jurídica tem como finalidade garantir a acessibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do Direito. Tais finalidades, contudo, não importam uma visão estática do Direito, desapegada da realidade e da sua natural evolução. Bem por isso,

reconhecendo ser o Direito verdadeiro fenômeno social – e, portanto, dinâmico - a doutrina contemporânea costuma definir a estabilidade do Direito em função de sua confiabilidade, reconhecendo-se que, para ser confiável, o Direito deve *mudar gradual e racionalmente*[1576].

Entendida sobre essas bases, a segurança jurídica encontra no sistema de direito privado brasileiro desafio importante, haja vista tratar-se de sistema aberto, móvel, e, portanto, amplamente propenso à evolução. A teoria do adimplemento substancial, como dito, encontra base teórica justamente nessa operabilidade. Isso não significa, contudo, que a aplicação da teoria do adimplemento substancial não possa ocorrer sem prejuízo à segurança jurídica.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial deve se dar mediante criterioso trabalho de concretização pelo magistrado. O trabalho deve envolver um processo metodológico de sopesamento de princípios e de aferição dos pressupostos de incidência da teoria, diante dos elementos do caso concreto. O trabalho do juiz deve ser detalhadamente motivado, de forma a esclarecer seu processo decisório e aclarar as escolhas realizadas.

A aplicação segura da teoria do adimplemento substancial (*lato senso*) envolve, portanto, a avaliação de ao menos dois pressupostos: (a) a preservação da *utilidade da prestação* (que deve ser aferida a partir de parâmetros diversos, como o interesse objetivo do credor, a finalidade do contrato, a natureza do objeto da prestação, o modelo de negócio); e (b) a baixa *gravidade do inadimplemento* (que deve ser aferida a partir de critérios quantitativos e qualitativos, como o grau de satisfação do credor, as alternativa disponíveis ao credor para a satisfação do seu crédito; e o comportamento das partes).

A busca por esses pressupostos deve conferir ao operador do direito a possibilidade de ponderar se, no caso concreto, estão presentes as condições para aplicação da *teoria do inadimplemento substancial* (hipótese em que será admitida a resolução contratual); ou se, caracterizada a mora, estão presentes as condições para aplicação da *teoria do adimplemento substancial (estrito senso)* (hipótese em que será permitida a modulação dos efeito da mora e da tutela creditícia).

A teoria do adimplemento substancial cumpriu importante função quando de sua entrada no direito brasileiro, servindo como fundamentação jurídica para a flexibilização do rigoroso sistema de inadimplemento obrigacional até vigente, que interpretava a

[1576] ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, op. cit., p. 142.

resolução contratual como resultado do exercício de um direito formativo absoluto, sujeito única e exclusivamente à opção de seu titular. Contudo, diante do contexto atual, em que impera um sistema de direito privado-constitucional móvel, orientado pela boa-fé objetiva, pela função social do contrato, pela razoabilidade e pela proporcionalidade, parece claro que a teoria está pronta para dar seu próximo passo.

Suas bases teóricas merecem revisão, seus pressupostos merecem aprofundamento, e seu escopo deve ser alargado, visando à definitiva releitura da disciplina do inadimplemento obrigacional concebida pelo Código Civil de 2002, a luz do conteúdo axiológico que dá vida ao ainda novo diploma. Como disse John Fitzgerald Kennedy, "a mudança é a lei da vida. E aqueles que apenas olham para o passado ou para o presente irão com certeza perder o futuro"[1577].

[1577] "*Change is the law of life. And those who look only to the past or the present are certain to miss the future*". Discurso realizado no Plenário da Igreja de São Paulo (*Paulskirche*), em Frankfurt, em 25/6/1963.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

ACHILLE, Davide. Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo. *Rivista di diritto civile*, p. 155-186, jan./fev. 2017.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris*, v. 13, n. 52, p. 167-187, jul. 1991.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*: da extinção do contrato. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6. t. 2.

_____. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

_____. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais.* São Paulo: Saraiva, p. 415-458, 2007.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

ALEIXO, Celso Quintella. Pagamento. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 275-302, 2005. v. 1.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. *El contrato en general*: principios y problemas. Breña: Instituto Pacífico, 2015.

ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de Obligaciones*: Civiles y Comerciales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial ("substancial performance") do negócio jurídico como elemento impediente ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz (Coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007.

_____. Comentário aos Arts. 757 a 839 do Código Civil. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. rev. corr. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

AMADIO, Giuseppe. Inattuazione e risoluzione: la fattispecie. In: ROPPO, Vincenzo (Coord.). *Trattato del contratto*. Rimedi. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. v. 5.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 10. ed. rev. modif. São Paulo: Saraiva, 2018.

AMARAL, Luiz Fernando Prudente do. *Contrato e Teoria do Adimplemento Substancial*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

ANDERSON, Eric G. A New Look at Material Breach in the Law of Contracts. *U.C. Davis Law Review*, v. 21, n. 4, p. 1073-1140, summer 1988.

ANDRADE, Cristiano José. Dirigismo contratual. *Revista Justitia*, São Paulo, Justitia, v. 43, p. 21-32, 1963.

ANTUNES VARELA, João de Matos. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de dezembro de 1981. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, n. 3731, mai. 1985 / abr. 1986.

_____. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

_____. *Das obrigações em geral.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. v. 2.

_____; LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código civil anotado*. 2. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. v. 2.

APARICIO, Juan Manuel. *Contratos*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2016. v. 2.

ARMINJON, Pierre; NOLDE, Baron Boris; WOLFF, Martin. *Traité de droit comparé*. Paris: LGDJ, 1950. t. 1.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ATIYAH, P. S. *An Introduction to The Law of Contract*. 5. ed. Oxford: Clarendon, 1996.

_____. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon, 2003.

AULETTA, Giuseppe Giacomo. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1942.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.

_____. *Curso de Direito Civil*. Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.

_____. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 299-308, abr./jun. 2008.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, jan./mar. 2000, p. 3-12, 2000.

_____. *Negócio Jurídico*: existência, validade, eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

_____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARBOSA, Andeirson da Matta. A teoria do adimplemento substancial e da teoria dos jogos no cumprimento de obrigação alimentar. *Revista De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Belo Horizonte*, v. 15, p. 151-168, 2016.

BARDAJÍ, María Dolores Díaz-Ambrona. *El negocio jurídico "per relationem"*. 1982. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Complutense de Madrid, 1982. Disponível em: <https://eprints.ucm.es/54077/>. Data de acesso: 23 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAXTER, Richard Reeve. International Law in “Her Infinite Variety”. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 29, p. 549-566, 1980.

BDINE JR., Hamid Charaf. Arts. 233 a 420 - Obrigações. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 13. ed. Barueri: Manole, 2019.

BECK, Anthony. *The doctrine of substantial performance: conditions and conditions precedent.* The Modern Law Review, v. 38, p. 413-428, 1975.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

_____. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, p. 68-78, out./dez. 1994.

BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15. ed. Paris: LGDJ, 2016.

BENETI, Sidnei; BENETI FILHO, Sidnei. Teoria do adimplemento substancial do contrato na atualidade. *Revista do Advogado*, ano XXXVI, n. 131, p. 224-238, out. 2016.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNITZ, Ulf. What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future. In: WAHLGREN, Peter (Org.). *What is Scandinavian Law?.* Scandinavian Studies in Law. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, p. 13-30, 2007. v. 50.

BERTEA, Stefano. *Certezza del Diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Manelli: Rubbertino, 2002.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Negozio giuridico. *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, v. 11, 1968.

_____. *Teoria Geral das Obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 4.

_____. *Direito das Obrigações*. 5. ed. rev. acres. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1940.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*: Il contratto. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 3.

_____. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. *Rivista di diritto civile*, ano XXIX, primiera parte, 1983.

BIAZI, João Pedro de Oliveira. *A exceção de contrato não cumprido no direito privado brasileiro*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

BIJL, Maartje. Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts. *European Journal of Commercial Contract Law*, v. 1, n. 1, p. 19-28, jan. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função.* Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007.

_____. La certezza del Diritto e un mito?. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 28, p. 150-151, 1951.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes. *Uniform Law Review*, v. 1, n. 2, p. 229-246, 1996.

BORDA, Guilhermo Alejandro. *Manual de contratos*. 20. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

BRASIL. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf >. Data de acesso: 4 dez. 2019.

_____. *VII Jornada de Direito Civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015. Disponível em: < www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publi cacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf >. Data de acesso: 4 dez. 2019.

BURTON, Steven J. More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers. *Iowa Law Review*, v. 69, p. 497-512, 1984.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. A aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos administrativos. *Revista Fórum de Direito Civil*, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p. 67-82, set./dez. 2016.

_____. Princípio da Conservação dos Contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 147-169, 2007.

_____. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. *Ajuris*, v. 24, n. 71, p. 108–153, nov. 1997.

CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en Droit Allemand, Communautaire et Français*. Paris: Dalloz, 2001.

CALMON, Rafael. A prisão civil em perspectiva comparatista: e o que podemos aprender com isso. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 27, p. 59-80, mai./jun. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*. Padova: Cedam, 2003.

_____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2016.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil.* Paris: Presses Universitaires de France, 2004. t. 2.

CARCATERRA, Antonio. *Intorno ai bonae fidei iudicia*. Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari. Napoli: Jovene, 1964. v. 12.

CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano.* Napoli: Morano Editore, s.d.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de rescisão contratual. Doutrina da gravidade suficiente do inadimplemento. Faculdade discricionária do juiz. *Revista Forense,* ano 91, v. 329, p. 171-178, jan./mar. 1995.

CARTER, J. W.; HODGEKISS, C. Conditions and Warranties: Forebears and Descendants. *Sydney Law Review*, v. 8, p. 31-37, 1977.

CARVALHO, Beatriz Veiga. *O "dever de mitigar danos" na responsabilidade contratual*: a perspectiva do direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. *Revista da AMDE*, v. 1, p. 1-11, jan. 2009.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no Direito*. São Paulo: RT, 1964.

CAVALLI, Cássio. *Mora e utilidade: os standards da utilidade no modelo jurídico da mora do devedor*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

CHABAS, Cécile. *Inexécution licite du contrat*. Paris: LGDJ, 2002.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária*: negócio fiduciário. 6. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

CHEVALLIER, Jacques. Doctrine juridique et science juridique. *Droit et Société*, n. 50, p. 103-119, 2002.

_____. *L'État de Droit*. 5. ed. Paris: Montchestien, 2010.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COLLURA, Giorgio. *Importanza dell'inadempimento nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

CORBIN, Arthur. *Conditions in the law of contract*. Faculty Scholarship Series. New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1919.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2017.

_____. Tratado de Direito Civil. *Direito das Obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. 6.

_____. Tratado de Direito Civil. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 9.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. atual. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-58, 1997.

CRUZ JÚNIOR, Edmilson. A aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em matéria de dívida alimentar e o princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, p. 251-274, 2017.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DELLACASA, Mateo. Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto de vista sulla giurisprudenza. *Danno e responsabilità*, n. 3, p. 261-277, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*: Leçon inaugurale prononcée le jeudi 20 mars 2003. Paris: Collège de France, 2003.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial.* Las particulares relaciones obligatorias*.* 5. ed. Madrid: *Civitas*, 1996. v. 2.

_____. *La doctrina de los propios actos*. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1962.

_____; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. El contrato en general. La relación obligatoria. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2018. v. 2. t. 1.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. Notas sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 176, p. 335-340, 2009.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das obrigações e a cláusula resolutória no código civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2005.

DIMATTEO, Larry A.; DHOOGE, Lucien; GREENE, Stephanie; MAURER, Virginia; PAGNATTARO; Marisa. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 24, n. 2, p. 299-440, winter 2004.

DI ROBILANT, Anna. Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law. *Hastings Law Journal*, n. 61, p. 687-748, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1977.

DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez. Un nuevo derecho de obligaciones: la reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Ministerio de la Justicia, fasc. 3, p. 1133-1227, jul./sept. 2002. t. 55.

DOUET, Frédéric. *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en Droit interne français*. Paris: LGDJ, 1997.

DUBROFF, Harold. The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic. *St. John's Law Review,* v. 80, n. 2, p. 559-620, 2006.

EISENBERG, Melvin E. Why there is no law of relational contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 805-822, 1999-2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

FAGES. Bertrand. *Droit des obligations*. 8. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2018.

_____. *Le comportement du contractant*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille - Faculté de Droit et de Science Politique, 1997.

FARIA, Mauro Teixeira. Notas sobre alienação fiduciária: aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contratos garantidos. Flexibilização com base na função social do contrato?. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 18, v. 83, p. 139-157, nov. 2017.

FARRAJOTA, Joana. *A resolução do contrato sem fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança Jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

FERREIRA, Antonio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 6, v. 18, p. 35-60, jan./mar. 2019.

FONSECA, Patrícia Bezerra de M. Galindo da. O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 341, p. 193–211, jan./mar. 1998.

FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato o artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, v. 11, p. 55-66, 1996.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos*: direito civil e empresarial. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria Geral do Contrato*: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. Nova York: Anchor Books, 1963.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*: o caso do leasing. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n. 1, p. 1-24, 1989.

FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 104, n. 395, p.173-208, jan./fev. 2008.

FURMSTON, Michael P. *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contracts*. 16. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*: soft law, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 10. ed. Thompson Reuters, 2014.

GATSI, Jean. *Le contrat-cadre*. Paris: LGDJ, 1996.

GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution.* Paris: LGDJ, 2007.

_____; DESHAYES, Olivier; LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Paris: LexisNexis, 2016.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*: partes general y especial. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998. t. 1.

GILSON, Bernard. *Inexécution et résolution en droit anglais*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1969.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Adimplemento e extinção das obrigações. Pagamento. Noção. Aspectos subjetivos. De quem deve pagar. Daqueles a quem se deve pagar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, p. 294 - 320, 2011.

_____. Arts. 653 a 853 - Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. Barueri: Manole, 2019.

_____. *Função Social do Contrato*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O princípio da boa-fé objetiva. In: ALVES, José Carlos Moreira; GOZZO, Déborah; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 55-72, 2006.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, p. 967-1024, 1983.

GOMES, Josiane Araújo. Dos contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 217-234, out./dez. 2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, sob a coordenação de Edvaldo Brito. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Obrigações.* Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, ano 12, n. 45, jan./mar. 2011.

GOMETZ, Gianmarco. *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3.

GONZÁLEZ-REGUERAL, M. Angeles Fernándes. *La resolución por incumplimiento em las obligaciones bilaterales: doctrina y jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 1998.

GRAFFI, Leonardo. Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention. *Revue de droit des affaires internationales - International Business Law Journal*, Paris, n. 3, p. 338-349, 2003.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos Relacionais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, p. 321-333, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 96, p. 423-433, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais. São Paulo: Almedina, 2016.

HAICAL, Gustavo Luis da Cruz. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 99, n. 900, p. 45-84, out. 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HECK, Philipp. *A interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo: Saraiva, 1947.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 41-80, 2007.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos*. O breve século XX (1914-1991). 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IBÁNEZ, Carlos Miguel. *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

IMBETT, Carlos Alberto Chinchilla. La excepción de incumplimiento contractual en la reforma del Código Civil francés: un análisis a partir de los límites a la excepción.

Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: < http://civilistica.com/la-excepcion-de-incumplimiento-contractual/ >. Data de acesso: 17 ago. 2019.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____. *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1978.

JABBOUR, Rita. *La bonne foi dans l'exécution du contrat.* Bibliothèque de droit privé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016. t. 573.

JHERING, Rudolph von. *A Evolução do Direito*. Lisboa: José Bastos & Ca, s.d.

_____. *O Espírito do Direito Romano*: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Abuso de Direito*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 17, n. 5, p. 337-351, out./dez. 2018.

_____. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927.

_____. Tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 36, p. 1-30, 1937.

JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Textos selecionados. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Editorial Comares, 2002.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

_____. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. 2.

_____. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. *Revista Direito GV,* v. 2, n. 1, p. 55-64, jan./jun. 2006.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso de direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Teoria do adimplemento substancial e ativismo judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 88, p. 5-31, jan./fev. 2019.

LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 55-75, 2001.

LIMA, Clarissa Costa de. A resolução do contrato na nova teoria contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55, p. 85-105, jul./set. 2005.

LINZER, Peter. On the Amorality of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and the Second Restatement. *Columbia Law Review*, v. 81, n. 1, p. 111-139, 1981.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Altas, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 20-80, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. t. 1.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no novo Código Civil*: teoria geral e contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

LOWISCH, Manfred. New Law of Obligations in Germany. *Ritsumeikan Law Review*, n. 20, p. 141-156, 2003.

LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podivm, 2019.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, João Baptista. Pressupostos da resolução por incumprimento. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, n. especial 2jjtr, p. 343-411, 1979.

MACNEIL, Ian Roderick. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1978.

_____. *Contracts, East Africa: Instruments for social cooperation*. South Hackensack: Fred B Rothman, 1968.

_____. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*, v. 68, n. 5, p. 947-969, 1982.

_____. Many futures of contracts. *Southern California Law Review*, v. 47, n. 3, p. 691-816, 1974.

_____. Reflections on relational contract. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Heildelberg, Alemanha, Editora Mohr Siebeck, Bd. 141, H. 4, p. 541-546, dez. 1985.

_____. Relational contract: What we do and do not know. *Wisconsin Law Review*, n. 3, 483-526, 1985.

_____. Relational contract theory: challenges and queries. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 877-908, 2000.

_____. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980.

_____. Values in contract: internal and external. *Northwestern University Law Review*, v. 78, n. 2, p. 340-418, 1983-1984.

MANN, Richard; ROBERTS, Barry S. *Business law and the regulation of business*. 6. ed. United States: South-Western College Publishing, 1999.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, p. 409-431, 2011.

MARINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, Inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 2011.

MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract*. A Comparative Treatise. 2. ed. Oregon: Hart Publishing, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 13/14, p. 71-97, 1997.

_____. *Contratos no Código de Defesa o Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Cumprimento defeituoso.* Em especial na compra e venda e na empreitada. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 25, p. 229-284, 2003.

_____. Adimplemento e inadimplemento. *Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil"*, parte I, p. 95-113, fev./jun. 2002.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 22, p. 228-258, 2002.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

_____. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, ano XVI, n. 45, p. 213-244, mar. 1989.

_____. *Comentários ao novo código civil*. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Arts. 304 a 388. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5. t. 1.

_____. *Comentários ao novo código civil*. Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. t. II.

_____. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético solidarista. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, p. 331-359, 2003.

_____. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

_____. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v.2, n. 4, p. 575-639, 2004.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.1, n.1, p. 44-66, mai. 2005.

MAZZEI, Rodrigo. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 189-222, 2007.

MEORO, Mario E. Clemente. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIQUEL, Juan Luis. *Resolución de los contratos por incumplimiento*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV.

_____. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI.

_____. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXIX.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.

MONTEIRO, André Luís. Ação de consignação em pagamento, depósito insuficiente e resultado do processo: uma reflexão a respeito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 415, p. 27-60, jan./jun. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 4.

_____. *Das modalidades de obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1959.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 95-119, 2005.

MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (Org.). *Estudos em homenagem a Clóvis Bevilácqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, p. 527-546, 2018. v. 2.

MOSCO, Luigi. *La risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Eugenio Jovene, 1950.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil.* Contratos. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

_____. *Curso de Direito Civil*. Direito das Coisas. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 4. *E-book.*

NALIN, Paulo; MARINHUK, Leticia. A CISG e as mutações do sistema doméstico de inadimplemento: da essencialidade da violação como justificativa para a resolução do contrato. In: FILHO, Napoleão Casado; QUINTÃO, Luisa; SIMÃO, Camila (Coords.). *Direito Internacional e Arbitragem*. Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio Finkelstein. São Paulo: Quartier Latin, p. 491-508, 2019.

_____. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, p. 97-138, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Org.). *Temas relevantes do direito civil*

contemporâneo: reflexões sobre os 5 anos do Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, p. 283-321, 2008.

NAZ, Raoul. *Dictionnaire de droit canonique: contenant tous les termes du droit canonique avec un sommaire de l'histoire et des institutions et de l'état actuel de la discipline.* Paris: Letouzey et Ané, 1937. v. 2. t. 12.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Novos Paradigmas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil*: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, p. 398-444, 2003.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (Verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NOCERA, Ivan Libero. Clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva tra autonomia contrattuale e automatismo della risoluzione. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Cedam, ano XXVI, n. 3, p. 239-248, mar. 2010.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

_____. *Curso de Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NÖRR, Dieter. *La "Fides" en el Derecho Internacional Romano*. Madrid: Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Álvarez", 1996.

NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridade jurídica em matéria tributaria.* Madrid: Marcial Pons, 2000.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil*. Obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, James Eduardo C. M. A cláusula resolutiva expressa. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, n. 46/47, p. 9-17, set. 1994/abr. 1995.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de. *Princípios de Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLSON, Robert D. Substantial Performance under the Uniform Commercial Code. *Wyoming Law Journal*, v. 16, 1962.

PARDY, Bruce. Disabusing the common law of "abuse of rights": the only legitimate rule redux. *Supreme Court Law Review*, (2d) 84, p. 201-222, 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). *Faculdade de direito: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 109-135, 1997.

PEEL, Edwin. *The Law of Contract (Treitel)*. 14. ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Teoria das Obrigações. 23. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.

_____. *Instituições de Direito Civil.* Contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

_____. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERILLO, Joseph M. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the black letter text and a review. *Fordham Law Review*, v. 63, n. 2, p. 281-344, nov. 1994.

PERLINGIERI, Pietro. *Codice Civile Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*: delle obbligazioni. Bologna: Zanichelli, 1991. t. 1.

_____. Constitutional Norms and Civil Law Relationships. *The Italian Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 17-50, 2015.

_____. *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis de Direito Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PICARD ET PRUD'HOMME. La Résolution Judiciaire des Contrats pour Inexécution des Obligations. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1912.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2000.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil*. Do enquadramento e do regime. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1982.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

RAMÍREZ, Federico Arcos. *La seguridad jurídica: una teoría formal.* Madrid: Dykinson, 2000.

RANDALL, John. Express Termination Clauses in Contracts. *Cambridge Law Journal*, v. 73, n. 1, p. 113-141, 2014.

REALE, Miguel. A sanção da lei que instituiu o novo Código Civil. Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da "Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil". In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, p. 17-19, 2003.

_____. O Código Civil após um ano de vigência. In: ALVES, José Carlos Moreira; GOZZO, Déborah; REALE, Miguel (Coords.). *Principais controvérsias no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 1-8, 2006.

_____. *O Direito como Experiência.* Introdução à Epistemologia Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REITER, Barry J. Good Faith in Contract. *Valparaiso University Law Review*, v. 17, n. 4, p. 705-734, 1983.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Os conceitos indeterminados no Direito Tributário. *Revista Dialética do Direito Tributário*, n. 149, p. 63-76, fev. 2008.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

_____. *Les forces créatrices du Droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1955.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. *MPMG Jurídico*, Minas Gerais, ano 2, n. 9, p. 10-20, abr./jun. 2007.

_____. Arts. 421 a 480 - Contratos (geral). In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 13. ed. Barueri: Manole, 2019.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 19.

SANTOS, Murilo Rezende dos. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 204-263, abr./jun. 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 457-488, 2005. v. 1.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 91, p. 141-159, 1996.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 571-605, fev. 1987.

SCHIMPERNA, Pamela. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. *Giustizia Civile: Rivista Mensile di Giurisprudenza,* Milano, Giuffrè, v. 35, n. 10, p. 497-514, out. 1985.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, p. 125-146, 2007.

_____. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. A tríplice transformação do adimplemento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 32, p. 3-27, out. 2007.

_____. *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHULZ, Alexandre Buono. *Os contratos comerciais internacionais na sociedade pós-industrial*: reflexões sobre a nova *lex mercatoria*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. São Paulo: Almedina, 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1989. v. 2.

SERRA, Adriano Vaz. Anotação ao Acordão do S.T.J., de 18 de Novembro de 1975. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 110, p. 332-344, 1977.

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

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

_____. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Luis Alberto da. Dirigismo contratual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 5, p. 116-151, 1965.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira. *Extinção dos contratos*: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 165-181, 2013.

SITZIA, Luca. Importanza dell'inadempimento. *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, UTET Giuridica, agg. X, p. 301-335, 2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Bruno Preti de. A teoria do adimplemento substancial no Direito Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 54, p. 43-64, jun./jul. 2013.

SPALLAROSSA, Maria Rosa. Importanza dell'inadempimento nella risoluzione del contratto. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, n. 5, p. 453-480, 1972.

SPEIDEL, Richard E. The characteristics and challenges of relational contracts. *Northwestern University Law Review*, v. 94, n. 3, p. 823-846, 2000.

STOLJAR, Samuel Jacob. *A History of Contract at Common Law*. Canberra: Australian National University Press, 1975.

_____. Dependent and Independent Promises: a study in the history of contract. *Sydney Law Review*, v. 2, p. 217-252, 1957.

STONE, Richard. *The modern law of contract*. 5. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2002.

SUMMERS, Robert S. Good faith in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, v. 54, n. 2, p. 195-267, mar. 1968.

TABBAH, Bichara. La trilogie: sécurité, justice et progrès social. In: ROUBIER, Paul (Org.). *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier:* théorie générale du droit et droit transitoire. Paris: Librairie Dalloz & Sirey, p. 459-468, 1961. t. 1.

TARTUCE, Flávio. *A "Lei da Liberdade Econômica" (Lei n. 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil.* Segunda parte. Mudanças no âmbito do direito contratual. Disponível em: < http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/a77b7-lei-liberdade-economica-2_revisado.doc >. Data de acesso: 29 nov. 2019.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TENENBAUM, Aline; CHAINAIS, Cécile; GUILLAUME, Ghislain. Good Faith. In: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (Orgs.). *European Contract Law*. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding principles, Model Rules. München: Sellier, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 8, p. 6-8, abr./jun. 2016.

_____. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. 1.

_____. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

_____; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Obrigações*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 29-44, 2005. v. 1.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 105, p. 181-205, set./out. 2015.

_____. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no Resp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Efeitos externos do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO NETO, Humberto. *O contrato e sua função social*. A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no código civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETARI, Christiano (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, p. 308-323, 2013.

TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010.

UNITED NATIONS. United Nations Commission on International Trade Law. *Digest of case law on the United Nations convention on contracts for the international sale of goods*. Viena: United Nations, 2016.

USTÁRROZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez, v. 304, n. 36, 2003.

_____. As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, jan. 2003.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VANOSSI, José Reinaldo A. *Teoria constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1975.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil.* Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

VIVANTE, Cesare. La risoluzione della vendita commerciale e il termine essenziale. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, v. 17, p. 646-652, 1919.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munique: Sellier European Law Publishers, 2009. v. 2.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Obrigações e contratos. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direito civil*. Introdução e parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WESTERMANN, Harm Peter. *Curso de Direito Civil Alemão*. Direito das Obrigações. Parte Geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Prólogo de Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1977.

_____. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILHELMSSON, Thomas. Need-Rationality in Private Law?. In: WILHELMSSON, Thomas (Coord.). *Twelve Essays on Consumer Law and Policy*. Helsinki: Publications of the Department of Private Law of the University of Helsinki, p. 223-231, 1996.

_____. Regulação de cláusulas contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 9-22, jun. 1996.

WILL, Michael. Article 25. In: BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim (Coords.). *Commentary on the International Sales Law*: the 1980 Vienna Sales Convention. Milano: Giuffrè, p. 205-221, 1987.

WILLISTON, Samuel. *A selection of cases on the law of contracts*. Boston: Little, Brown and Company, 1904. v. 2.

WOLFF, Max J. Substantial Performance of Contracts in New York. *Cornell Law Review*, v. 16, p. 180-200, fev. 1931.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.). *Direito, Cultura, Método*. Leitura da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, p. 765-787, 2019.

_____. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, n. 942, p. 117-139, abr. 2014.

LISTA DE CASOS

INGLATERRA

Bettini v Gye (1876) 1 Q.B.D 183.

Bolton v. Mahadeva (1972) 1 W.L.R. 1009.

Boone v. Eyre (1777) 1 H. Bl. 273n.

Campbell v. Jones (1796) 6 T.R. 570.

Cehave N.V. v. Bremer (1976) 1 Q.B. 44.

Cutter v Powell (1795) 101 E.R 573.

Davidson v. Gwyne (1810) 12 East 381.

Decro-Wall International S.A. v. Practitioners in Marketing Ltd. (1971) 1 W.L.R. 361.

Duke of St. Albans v. Shore (1789) 1 H. Bl. 270.

Graves v. Leggs (1854) 9 Exch. 709.

Hayes v. Bickerstaff (1675) 1 Freem. 194, 2 Mod. 34, Vaugh. 118.

H. Dakin & Co. Ltd. v. Lee (1916) 1 K.B. 566.

Hoenig v. Isaacs (1952) 2 All E.R. 176.

Hongkong fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. (1962) 2 Q.B. 26.

Hunlock v. Blacklowe (1670) 1 Mod. 64, 1 Sid. 464, 2 Keb. 674.

Kingston v. Preston (1773) 2 Doug. 689.

Lomas v. JFB Firth Rixson Inc. et all (2012) E.W.C.A. Civ 419.

Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau Handel G.m.b.H (1971) 1 Q.B. 164.

Parkin v. Thorold (1852) 16 Beav. 59.

Pinnel's Case (1602) 5 Co. Rep. 117a.

Rice v Great Yarmouth Borough Council (2000) All E.R. (D) 902.

Schroeder Music Publishing Co Lts v Macaulay (1974) 1 W.L.R. 1308.

Sumpter v. Hedges (1898) 1 Q.B. 673.

Telford Homes (Creekside) Ltd v Ampurius Nu Home Holdings (2013) E.W.C.A. Civ 577.

The Hansa Nord Case (1976) Q.B. 44.

Valilas v. Januzaj (2015) 1 All. E.R. Comm 1047.

Wickman Machine Tool Sales Ltd. v. L. Schuler A.G. (1972) 2 All. E.R. 1173.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Andre v. Maguire, 305 Mass. 515, 516 (Mass. 1940).

Cookson v. Western Oil Fields, Inc., 465 F.2d 460 (10th Cir. 1972).

DeJesus v. Cat Auto Tech Corp., 161 Misc. 2d 723 (N.Y. Misc. 1994).

Della Ratta, Inc. v. American Better Community Developers, Inc., 38 Md. App. 119 (1977).

Dixon v. Nelson, 79 S.D. 44 (S.D. 1961).

Drost et al. v. Professional Bldg. Serv. Corp., 153 Ind. App. 273 (Ind. Ct. App. 1972).

Dubaldo Electric v. Montagno Construction, 2008 Ct. Sup. 2365 (2008).

Gillespie Tool Co. v. Wilson, 123 Pa. 19, 16 A. 36 (1888).

Haywood v. Leonard, 7 Pick. 181 (Mass. 1828).

Jacob & Youngs, Inc. v. Kent, 230 N.Y. 239 (1921).

Jardine Estates v. Donna Brook Corp., 42 N.J. Super. 332, 338 (N.J. Super. 1956).

Jones Hotchkiss Co. v. Davenport, 74 Conn. 418, 420-21 (Conn. 1902).

Joseph Freed, Inc. v. Cassinelli Apparel, 23 Ohio St. 3d 94, 97-98 (Ohio 1986).

Kelley v. Hance, 108 Conn. 186 (Conn. 1928).

Kirke La Shelle Company v. The Paul Armstrong Company et al. (1933) 263 N.Y. 79.

Loggins v. Gates, 301 S.W.2d 525 (Tex. App. 1957).

Mackey v. Eva, 80 Idaho 260, 262 (Idaho 1958).

Martin v. Karsh, 142 Cal.App.2d 468, 470 (Cal. Ct. App. 1956).

Meckelway v. Armour, 10 N.J. Eq. 115 (1854).

Newcomb v. Schaeffler, 131 Colo. 56 (Colo. 1955).

Norrington v. Wright, 115 U.S. 188 (1885).

Pomerantz Paper v. New Comm. Corp., 207 N.J. 344 (N.J. 2011).

Pullman v. Corning, 9 N.Y. 93 (1853).

Reynolds v. Armstead, 166 Colo. 372, 375-76 (Colo. 1968).

Spence v. Ham, 163 N.Y. 220 (N.Y. 1900).

Stillwell & Bierce Mfg. Co. v. Phelps, 130 U.S. 520 (1889).

Tortolani v. Diwinsky, 89 R.I. 283 (R.I. 1959).

ITÁLIA

Cass., 31-7-1987, n. 6643. *Il Foro Italiano*, v. 111, Parte Prima: Giurisprudenza Costituzionale e Civile, p. 138-143, 1988.

Cass., 29-5-2006, n. 12801.

Cass., 18-2-2008, n. 3954.

PORTUGAL

Ac. STJ de 03/07/1997, SJ199707030009162, Rel. Miranda Gusmão.

Ac. Rel. Pt. de 20/02/2006, RP200602200554796, Rel. Marques Pereira.

Ac. Rel. Co. de 12/02/2008, 1283/06.8TBAGD.C1, Rel. Hélder Roque.

Ac. STJ de 09/09/2008, SJ200809090019221, Rel. Alves Velho.

Ac. STJ de 17/01/2012, STJ201247306.8TVLSB.L1.S1.4ª, Rel. Alves Velho.

Ac. STJ de 15/01/2015, 473/12.9TVLSB.L1.S1, Rel. Tavares de Paiva.

Ac. STJ de 24/02/2015, STJ20151227128TVLSB.L1.S1.49, Rel. Ana Paula Boularot.

Ac. STJ de 07/05/2015, 62/11.5TBACN.C1.S1, Rel. Lopes do Rego.

Ac. STJ de 06/09/2016, 6514/12.2TCLRS.L1.S1, Rel. Garcia Calejo.

Ac. STJ de 12/09/2019, 50/17.8T8LRA.C1.S1, Rel. Oliveira Abreu.