

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Nova Lima
2010

LEONARDO AUGUSTO ALENCAR RENAULT

ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior.

Nova Lima
2010

R396 a	<p>RENAULT, Leonardo Augusto Alencar Adimplemento substancial no direito brasileiro./ Leonardo Augusto Alencar Renault - Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, FDMC, 2010.</p>
	<p>165 f. enc.</p>
	<p>Orientador: Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior.</p>
	<p>Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.</p>
	<p>Bibliografia: f. 152 -165</p>
	<p>1. Função social do contrato. 2. Da boa-fé objetiva. 3. Norma de conduta. 4. Direito subjetivo. I. Sampaio Junior, Rodolpho Barreto. II. Faculdade de Milton Campos III. Título.</p>
	<p>CDU 347.44(043)</p>



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “*Adimplemento substancial no direito brasileiro*”, de autoria do mestrando Leonardo Augusto Alencar Renault, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, 06 de dezembro de 2010

“Vulgar é o ler, raro o reflectir. O saber não está na sciencia alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.” (Rui Barbosa)

AGRADECIMENTOS

Em especial a todos os que, de colegas e professores, passaram também a amigos.

Ao meu orientador, Rodolpho Barreto Sampaio Junior, pela amizade, os conselhos e a paciência.

Aos meus colegas de escritório, pelo interesse e pela ajuda, ainda por entenderem os períodos de maior “aperto”. Entre estes, devo especial gratidão ao meu tio João Henrique, pelas discussões e por franquear-me o acesso a sua biblioteca pessoal, de grande valia.

RESUMO

A adoção de técnica legislativa mista pelo legislador do Código Civil de 2002, notadamente com o emprego das chamadas cláusulas gerais, tem por objetivo conferir maior dinâmica à legislação em questão, protegendo-a da obsolescência. A técnica legislativa adotada no Código confere ao juiz, nesse sentido, uma maior autonomia na composição de eventuais litígios, permitindo-lhe mesmo recurso a fontes que não sejam jurídicas e o ativismo judicial. Entre as cláusulas gerais presentes no Código Civil de 2002, encontram-se as da função social do contrato e da boa-fé objetiva, esta com facetas interpretativa, de norma de conduta e de limitação ao exercício de posições jurídicas ou de direitos subjetivos. Como consequência da adoção das cláusulas gerais, vistas por parte da doutrina como verdadeira panaceia na seara privada, aventa-se a aplicabilidade, no Direito pátrio, da chamada doutrina do adimplemento substancial, como limite ao exercício, pelo credor, de direitos como o de resolução contratual, na hipótese de a obrigação do devedor não ser implementada em parte mínima. A discussão acerca da aplicabilidade ou não da teoria referida envolve o estudo e o entendimento das cláusulas gerais citadas, tendo-se em vista que o adimplemento substancial não foi positivado no Código Civil vigente, bem como a compreensão de que, em nome da segurança jurídica, aquela não pode ser adotada de forma assistemática. A discussão demanda, ainda, a percepção de que as relações civis, sob a égide do Código Civil, travam-se em ambiente de pressuposta igualdade entre os diferentes coatores, que lhes permite o efetivo exercício da liberdade quando das contratações. Em ambientes tais, a intervenção do Estado no contrato, no que foi idealizado pelas partes no plano contratual, só se justifica quando da ocorrência de um efetivo desequilíbrio, sendo estas hipóteses previstas na própria legislação civil. É necessário, também, o entendimento de que a resolução contratual não é uma pena imposta por uma parte à outra, mas, antes, uma solução para uma situação desequilibrada, diante do inadimplemento do devedor, de forma a preservar os interesses do credor. Neste contexto, a doutrina do adimplemento substancial só deve ter aplicação na hipótese de, objetivamente, poder-se constatar que os interesses do credor, a despeito do inadimplemento do devedor, foram atendidos na relação contratual. Do contrário, estar-se-ia dando ensejo, por meio de desmedida

intervenção judicial nos contratos, a insegurança, com impactos negativos para o tráfico econômico e jurídico e mesmo o potencial alijamento de parcela dos atores sociais do universo dos possíveis “contratantes”.

Palavras – Chave: Direito. Civil. Contrato. Adimplemento. Substancial.

ABSTRACT

The adoption of legislative technique mixed by the legislature of the Civil Code of 2002, notably with the utilization of the so-called general clauses, aims at giving greater impetus to the legislation in question, protecting it from obsolescence. The legislative technique adopted in the Code gives the judge, accordingly, greater autonomy in the composition of any disputes, allowing the use of sources which are not juridical and also allowing judicial activism. Among the general clauses present in the civil code of 2002, are the contract social function and the objective good faith, with this facet of interpretation, the standard of conduct and of limitation to the exercise of legal views or of subjective rights. As a result of the adoption of general clauses, seen by the doctrine as a true panacea in the private harvest, we can consider the applicability in the national Law, of the so-called doctrine of substantial due performance, as the limitation to the performance, by the creditor, of rights as the ones of the contractual resolution, assuming that the obligation of the debtor not be implemented in minimum part. The discussion about the applicability or not, of the theory that involves the study and understanding of the general clauses cited, bearing in mind that the substantial due performance was not positivised in the Civil Code, as well as the understanding that, on behalf of legal certainty, that one can not be applied unsystematically. The discussion also demands the perception that the civil relations, under the aegis of the Civil Code, occur in an environment of assumed equality between the different co actors, allowing them the effective exercise of freedom when contracting. In such environments, the state intervention in the contract, which was designed by the parties in the contractual plan, is justified only when an actual imbalance occurs, and these hypotheses were foreseen by civil legislation. It is also necessary the understanding that the contractual resolution is not a penalty imposed by one party on the other, but rather a solution to an unbalanced position in front of a default by the debtor in order to preserve the interests of the creditor. In this context, the doctrine of substantial due performance should only be applied in the event that, objectively, could be seen that the interests of the creditor, despite the default of the debtor, were seen in the contractual relationship. Otherwise, it would be giving rise, through excessive judicial intervention in contracts, the uncertainty, with negative impacts on the economic and legal traffic

and even the potential jettisoning of part of the social actors in the universe of possible "contractors".

Keywords: Contract. Civil Law. Contract. Substantial Performance.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	EVOLUÇÃO DA ORDEM OBRIGACIONAL E CONTRATUAL	16
3	A BOA-FÉ OBJETIVA	41
4	ADIMPLEMENTO - INADIMPLEMENTO.....	61
5	ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	83
6	ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO	95
7	CONCLUSÃO	149
	REFERÊNCIAS.....	152

1 INTRODUÇÃO

Os contratos, que consubstanciam negócios jurídicos e são a principal fonte das obrigações, sempre se marcaram, na esfera privada, pela autonomia da vontade (ou autonomia privada), entendida como tal a possibilidade de determinação pelas partes das cláusulas a que deveriam sujeitar-se em um determinado negócio, imperando nesta seara, por conseguinte, a liberdade como meio para a devida expressão da vontade. As relações oriundas dos contratos eram vistas, basicamente, como instantâneas, de satisfação imediata, equivalendo-se as obrigações e os direitos das partes, que tinham posições antagônicas nas relações de que participavam. A visão era de que, através do negócio, as partes naturalmente deveriam buscar extrair, umas das outras, aquilo que lhes fosse mais vantajoso, entendida esta postura como legítima, não despertando qualquer reação ou restrição por parte do Estado. A equivalência das prestações, o sinalagma, era intrínseco aos negócios bilaterais. O controle exercido pelo Estado sobre as contratações, em verdade, limitava-se a proibir os negócios que fossem contrários à “ordem pública” e aos “bons costumes”, materializado este controle em regras como as que diziam respeito à capacidade de contratar.

A concepção clássica de contrato, resultante do liberalismo e do individualismo, teve seu apogeu no século XIX, como bem o demonstra a positivação, no Código Civil francês (art. 1.134), da máxima de que o contrato faz lei entre as partes.

Também no Brasil, no Código Civil de 1916, teve lugar a aplicação da doutrina clássica acerca dos contratos, os quais se marcavam, assim, pela autonomia da vontade e por sua, em regra, intangibilidade. Aqui, como nas legislações que inspiraram o diploma de 1916, partia-se da ideia de que as partes de um contrato, ao discutirem as respectivas cláusulas, encontravam-se em igualdade de condições, o que justificava o império da vontade, que resultava, teoricamente, em um equilíbrio contratual.

Ocorre que, desde a revolução industrial e em especial após a segunda guerra mundial, mudanças na forma de produção (de cunho econômico) e no Estado redundaram em uma crise na doutrina clássica dos contratos, insuficiente para regular a nova realidade econômica e, ao mesmo tempo, para garantir os fins

objetivados por um Estado que visa o bem-estar social. O preceito de que havia a igualdade (entre as partes) na discussão das cláusulas contratuais já não mais se sustentava, cedia em tempos marcados pelo consumo de - ou em - massa, nos quais surgiram figuras como os contratos coativos, os contratos necessários, os contratos coletivos, os contratos típicos e os chamados “contratos de adesão” (figuras estas nas quais, embora se aplique o regime dos contratos, não se têm presentes os elementos de formação dos ajustes da espécie, notadamente a discussão das cláusulas pelos contratantes). De igual sorte, a sujeição de uma parte à vontade da outra, em ambiente em que era marcante o desequilíbrio econômico, não concorria para a consecução dos objetivos do Estado, notadamente a garantia aos cidadãos dos chamados “direitos de segunda geração”.

Nesse contexto, o Estado passou à intervenção na esfera privada, com o fito de proteger o economicamente mais fraco e de forma a assegurar a realização de seus próprios objetivos (fins).

No Brasil, em que o Código Civil de 1916 bebeu da fonte clássica, “oitocentista”, esta mudança teve início, timidamente, na doutrina e na jurisprudência. Em verdade, foi necessária a positivação de alguns princípios, inicialmente no Código de Defesa do Consumidor e, após, no vigente Código Civil, para que a questão da mudança da concepção acerca das obrigações fosse discutida mais profundamente, notadamente no ambiente do Código Civil. O instrumento utilizado para tanto, no último diploma falado, foi erigir a chamada boa-fé objetiva, ao lado de outras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ao nível do direito positivo (em que pese o fato de que, existindo aquela, boa-fé objetiva, como princípio, já permeava parte da doutrina e tímida jurisprudência, anteriores aos diplomas citados). A “boa-fé” que o direito positivo nacional conhecia a fundo, até então (tirantes em discussões acerca de alguns dispositivos isolados, como o art. 1.443, do CCB/16, bem como disposições do Código Comercial), era a subjetiva, que traduz um estado de ignorância do agente, um sentir de ação em consonância com o direito. A boa-fé objetiva, de outro lado, constitui uma cláusula geral, caracteriza-se como norma de comportamento, a qual passa a ser imposta também àqueles que contratam, de quem se reclama, com base no preceito, agir com lisura, observando determinados padrões sociais e respeitando a confiança da outra parte.

Desde então, os contratos e as obrigações destes defluentes deixaram, na visão de maciça doutrina, de ser vistos como relações simples e imediatas, expressas simplesmente em um dever de prestar em contraposição a um direito ou em um crédito em contraposição a um débito, passando a ter, por desdobramento, uma acepção complexa. Passou-se a reconhecer que, para assegurar o cumprimento da “obrigação primária” ou do “dever primário”, deve-se impor às partes outra sorte de deveres ou obrigações (secundários), decorrentes da boa-fé objetiva, do dever de cooperação e da confiança, de forma a assegurar seja alcançado o fim contratual. O contrato ou a relação contratual passou a ser visto, por conseguinte, como um processo complexo, uma gama de obrigações de uma parte frente à outra, sendo várias dessas obrigações, como ressaltado do exposto, não escritas, mas decorrentes da dita boa-fé objetiva.

Em razão de as cláusulas contratuais não serem mais a única fonte das obrigações decorrentes de um ajuste, como não o seria, no contexto, a vontade das partes, existindo as obrigações secundárias ou acessórias, no mais das vezes não escritas, ganhou em relevância a fase pré-contratual, estendida a tutela da relação, também, à fase pós-contratual.

Em decorrência de toda a mudança ocorrida no tratamento das relações contratuais, partindo do pressuposto de que a contratação deve dar-se em razão e nos limites da função social do contrato, sendo a função social em si outra cláusula geral, parte da doutrina e da jurisprudência vem entendendo, por fim, ter aplicação no direito pátrio a chamada doutrina do adimplemento substancial (*substantial performance*) ou inadimplemento mínimo. Figura de origem inglesa, em apertada síntese, esta traduz uma exceção ao direito de resolução contratual ou de exercício da exceção do contrato não cumprido, decorrentes da não observância da regra do perfeito cumprimento das obrigações contratuais, do inadimplemento. O descumprimento seria de tal ordem, afastando-se tão pouco o que foi cumprido do que foi contratado (da prestação a que obrigado o contratante), que estaria desautorizado o desfazimento (resolução) do contrato pela outra parte ou o manejo da exceção falada, assistindo a esta, simplesmente, direito de indenização em razão de a prestação entregue dezoar, ainda que minimamente, da contratada.

A aplicação da teoria falada, pelos tribunais, e sua aceitação, por parte da doutrina, têm por base o fato de que o Código Civil de 2002, ao abarcar as cláusulas gerais e “novos” princípios incidentes no Direito dos contratos, teria dado início a um

movimento de solidarização do Direito Privado, que seria permeado por outros valores contidos no sistema, especialmente na Constituição, e fora deste (valores extra e metajurídicos). Assim, princípios como os da relatividade dos efeitos dos contratos, da obrigatoriedade e mesmo da autonomia privada comportariam uma releitura, à luz dos novos valores de que sofreria influxo o Direito Privado.

Fruto desta releitura seria a conclusão de que as partes em um contrato, embora estejam em posições opostas na relação, não mais teriam interesses antagônicos.

O presente trabalho objetiva a verificação da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, tal qual concebida, à luz do Direito brasileiro, investigando os fundamentos para tanto, a extensão desta aplicação, notadamente os limites a esta aplicação impostos, também suas consequências.

Para tanto, e para que se descreva o cenário em que a matéria é discutida, discorrer-se-á, inicialmente, sobre o que se chama, no Capítulo 1, de “nova ordem contratual”, com o estudo dos princípios clássicos que regem as obrigações e os contratos, bem como a releitura destes princípios ao longo do tempo, em razão da evolução social e econômica, abordando-se os princípios trazidos pelo vigente Código Civil, o alcance destes e seus efeitos, buscando-se, a seguir, a harmonização entre os princípios clássicos e os modernos incidentes sobre o direito contratual e obrigacional, apontando-se, por fim, os efeitos desta, nas referidas esferas contratual e obrigacional.

A seguir, no Capítulo 2, discorrer-se-á sobre a chamada boa-fé objetiva, suas implicações e desdobramentos, dentro do próprio Código Civil e da relação contratual. No terceiro capítulo, será abordada a teoria do adimplemento, em contraposição ao inadimplemento, para, após, no capítulo seguinte, abordar-se o chamado adimplemento substancial, o surgimento da teoria, sua formulação inicial e evolução, passando-se, a seguir, à identificação de ordenamentos da tradição romano-germânica que expressamente contemplem o instituto, identificando as bases e fundamentação deste nas legislações perscrutadas.

Igualmente, buscar-se-á também a identificação e fundamentação do adimplemento substancial em instrumentos de direito internacional, notadamente tratados, convenções e contratos.

No Capítulo seguinte, serão analisadas, com escopo também no já delineado anteriormente, os dispositivos que regem os contratos no sistema do Direito Privado

pátrio, com especial atenção ao regramento da extinção dos ajustes por adimplemento, da mora, das violações e perturbações dos contratos, e do inadimplemento, tudo sob o influxo da boa-fé objetiva.

Por fim, com arrimo no assentado nos capítulos anteriores, buscar-se-á, então, situar a doutrina do adimplemento substancial em face do ordenamento nacional, apontando-se, no capítulo seguinte, as conclusões acerca de sua aplicabilidade ou não, no Brasil, e, com arrimo em todo o constatado ao longo do trabalho, critérios para a sua eventual aplicação.

Como pano de fundo para toda a discussão, analisar-se-á ao longo do presente trabalho o papel do Estado “pós-moderno” diante das relações entre particulares, bem como os instrumentos do Direito para a consecução de seus fins nessas mesmas relações, sem que seja perturbada a segurança jurídica, que é valor constitucional. Não se perderá de vista, de igual sorte, a função precípua dos contratos, como instrumento para a circulação de riquezas, para o tráfico econômico (função social do contrato em sentido amplo) (TOMASEVICIUS FILHO *apud* CUNHA, 2006, p. 191-217). Por fim, ter-se-á em mente que não se pode tolerar, dentro de um sistema jurídico, a existência de eventuais antinomias, sejam elas materializadas em conflitos entre regras, entre regras e princípios ou entre normas dessa natureza (FREITAS, 2002, p. 26), buscando-se, sempre, a solução daqueles verificados ao longo do trabalho.

2 EVOLUÇÃO DA ORDEM OBRIGACIONAL E CONTRATUAL

Conforme Orlando Gomes, citando Josserand, o “Direito das obrigações constitui a base, não somente do Direito Civil, senão de todo o Direito: o Direito Comercial, o Direito Administrativo, o Direito Internacional, privado ou público, funcionam à base de relações obrigacionais que tendem a adaptar interesses mui diversos, mais ou menos especializados, cabendo dizer, sem exagero, que o conceito de obrigação constitui a armadura e o substrato do Direito, e, ainda, de modo geral, de todas as ciências sociais” (GOMES, 1967, p. 2). Em que pese fazer restrição a certo exagero que a observação possa conter, o autor constata que, de fato, toda pessoa vive em um emaranhado de relações obrigacionais, sendo impossível qualquer estatística que vise a quantificar as relações da espécie.

As obrigações são de tal importância que o atual Código Civil (CCB)¹, como o fez o Código anterior (CCB/16)², dedica a elas extenso capítulo (o título 1, do *Codex*), que compreende os artigos (arts.) 233 a 965, normas estas aplicáveis às relações de Direito Civil ou Empresarial, secundadas entretanto por microssistemas de normas, a que de toda forma aquelas se aplicam subsidiariamente, como o Código de Defesa do Consumidor. É em virtude desta importância que o Direito das Obrigações constitui afinal um capítulo autônomo dentro do Direito Civil³.

Trata-se, o Direito das Obrigações, da parte do Direito Civil “relativa aos vínculos jurídicos, de natureza patrimonial, que se formam entre sujeitos determinados para a satisfação de interesses tutelados pela lei, se acha sistematizada num conjunto de noções, princípios e regras” (GOMES, 1967, p. 5), englobando, pois, direitos de cunho subjetivo, pessoal e patrimonial. O Direito das Obrigações pode ser tomado nas acepções de regulação desta matéria e na de estudo da mesma. Trata-se de um dos quatro ramos em que os pandectistas, secundados por autores de diferentes nacionalidades, fracionaram o Direito Civil

¹ Ver Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

² Ver Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que dedicava à matéria seu Livro III, compreendendo os arts. 863 a 1553.

³ Conforme VARELA, 1977, p. 9; GOMES, 2006, p. 5.

(VARELA, 1977, p. 16), ao lado do Direito das Coisas (reais), do Direito de Família e do Direito de Sucessões⁴.

Em que pese possam ter diversas origens imediatas, as obrigações têm sempre na lei a sua origem mediata. É porque a lei confere efeitos a certos atos, afinal, que se pode reclamar do Estado que lhes dê cumprimento, pois é o Direito em seu sentido objetivo, nos dizeres de Orlando Gomes (1976, p. 36), a “causa eficiente” de todas as relações jurídicas.

Esclarece o autor citado, entretanto, que, entre a lei que prevê abstratamente a obrigação e as pessoas que por esta se vinculam, é necessária a mediação de um determinado fato jurídico ou de uma situação, que dá ensejo a que aquela, a lei, opere concretamente na relação havida entre os indivíduos. O fato jurídico ou a situação em questão constitui a fonte imediata das obrigações⁵. A importância do estudo das fontes imediatas das obrigações, desta forma, está em que, sendo estas sistematizadas, é possível determinar se certo ato ou situação preenche os requisitos aptos a suscitar os efeitos das obrigações, previstos em lei. A capacidade que se exige dos sujeitos no ato negocial, para que possam contrair uma obrigação, por exemplo, não é requisito para aquela (obrigação), fixado em lei, para a hipótese da prática de um ato ilícito.

⁴ Opõem-se à partição, ainda na lição de Varela (1977, p. 16-18) argumentos como a falta de critério uniforme que sirva à classificação, bem como a incapacidade do esquema conceitual de refletir alguns aspectos dos direitos reais e dos direitos de crédito.

⁵ Não se confunde a noção de obrigação, entretanto, com a de dever jurídico. Conforme adverte Antunes Varela (1999, p. 54): “O dever jurídico é toda a necessidade, imposta ou sancionada pelo Direito (objetivo), de as pessoas observarem determinada conduta. É o dever de não matar, não injuriar, não furtar, de não danificar coisa alheia, de pagar o que se deve.

A necessidade corresponde a uma ordem, a um comando, a uma injunção endereçada à inteligência e à vontade das pessoas. Não se trata de uma pura exortação, advertência ou conselho que a lei dirija aos indivíduos. A exigência da conduta é normalmente secundada pela cominação de algum ou alguns dos meios coercitivos (sanções) próprios da disciplina jurídica.

Quando a ordem jurídica confere às pessoas, por virtude das quais o dever é estatuído, o poder de disporem dos meios coercitivos destinados a assegurar a conduta exigida dos outros, diz-se que estas pessoa têm um direito subjetivo. É o caso do proprietário, do usufrutuário, do possuidor, do credor, dos cônjuges, dos pais através do pátrio poder.

O direito subjetivo é, assim, o poder conferido a certa pessoa de exigir de outrem determinada conduta, para satisfação de um interesse próprio ou alheio.

O conceito de dever jurídico é mais amplo do que o de obrigação, porquanto abrange, além dos deveres de prestar nascidos das relações de crédito, os deveres resultantes dos direitos reais, dos direitos familiares e dos direitos de personalidade, bem como os deveres pelo Direito constitucional, pelo Direito administrativo, pelo Direito penal, pelo Direito fiscal e por todos os outros ramos do direito público.”

⁵ De acordo com Antonio Gomes e Antunes Varela, no Direito Romano, entendiam-se como quatro as fontes das obrigações, os contratos, os delitos, os quase-contratos e os quase-delitos. Pela falta de rigor técnico, entretanto, a classificação em questão é de menor interesse na atualidade.

Pois bem. O vigente Código Civil brasileiro não dedicou um capítulo à identificação das fontes imediatas das obrigações. Mas o diploma, de toda forma, dedica dois títulos (“Dos contratos em geral” e “Das várias espécies de contratos”), aos contratos, bem como outro aos atos unilaterais (em que cuida do enriquecimento sem causa, da gestão de negócios e do pagamento indevido), um aos títulos de crédito e mais outro à responsabilidade civil, englobando aí os atos ilícitos. Antunes Varela (1977, p. 118), descartando os títulos de crédito, “que interessam especialmente ao direito comercial”, adota, no mais, como fontes das obrigações, os contratos, os atos unilaterais e os atos ilícitos (responsabilidade civil). Orlando Gomes (1976, p. 42), de sua feita, entende que a divisão faz-se em negócios jurídicos, que abrangem também os atos unilaterais, e atos ilícitos, estes que abrangem a figura do abuso de direito (1976, p. 44).

A importância do Direito das Obrigações está em que são comuníssimas, na vida diária, as relações de cunho obrigacional, as quais são fundamentais, por exemplo, ao tráfico econômico. É por meio de contratos, com efeito, que circulam os bens e valores, as riquezas, prestam-se os serviços etc., tendo este campo do Direito, por conseguinte, importância capital para todas as comunidades. Em todas as etapas da produção, até o consumo, são inúmeras as relações obrigacionais que se travam, do contrato de trabalho ao escoamento final dos produtos, a intermediação destinada ao consumo etc. Também é o Direito das Obrigações que, cuidando da violação dos direitos subjetivos alheios, sejam eles de cunho moral ou patrimonial, regula, por meio do instituto da responsabilidade civil, a reparação, a cargo do lesante, do prejuízo sofrido pelo lesado.

Decorre não só de sua importância prática a necessidade do estudo teórico das obrigações, campo que, ao contrário do que ocorre com a família e as sucessões – e mesmo nos direitos reais -, apresenta certa neutralidade ideológica, sendo, neste aspecto, relativamente uniforme no tempo e no espaço. Advém disto que os estudos de autores de diferentes nacionalidades constituem esforços comuns em proveito do desenvolvimento de matéria que, dada a uniformidade verificada, possibilita a interação entre povos de origens distintas. A isto e ao notável desenvolvimento dado ao instituto da *obligatio* pelos romanos (VARELLA, 1977, p. 24-25), deve-se o avançado estágio em que se encontram os estudos das obrigações e dos contratos.

Os conceitos advindos do Direito das Obrigações, das relações de crédito, por serem eles que se destinam ao tráfico econômico, têm impacto direto em outros ramos do Direito, que de alguma forma lhe são afins, como o Direito Tributário e o Direito do Trabalho, por exemplo.

A despeito da relativa estabilidade dos direitos obrigacionais, acima enunciada, o que se tem é que, hodiernamente, a matéria vem experimentando certas modificações, notadamente em razão do modo de vida moderno (ou “pós-moderno”), decorrente das revoluções Francesa e Industrial. Seja no campo da responsabilidade civil, da infortunística, em que se verifica a objetivação da responsabilidade e a adoção da teoria do risco, ou, no que importa ao presente trabalho, no campo dos contratos, o que se tem é que certos dogmas clássicos vêm sendo modificados, surgindo, quanto a esta última matéria, uma concepção cunhada a partir da observação das relações que ocorrem na prática, menos centrada na liberdade de contratar, que pressupõe uma igualdade ideal entre as partes contratantes, reconhecendo-se ainda que os contratos exercem uma função social e produzem mesmo efeitos para terceiros, reclamando as relações por meio deles travadas, assim, regulação objetivando não sejam cometidos determinados abusos.

Classicamente, os contratos marcaram-se, na esfera privada, pela autonomia da vontade, voluntarismo, entendida como tal a possibilidade de determinação pelas partes das cláusulas a que deveriam sujeitar-se em um determinado negócio, imperando nesta seara, por conseguinte, a liberdade, terreno apto à expressão da vontade. As relações oriundas dos contratos eram vistas nesta acepção clássica, basicamente, como instantâneas, de satisfação imediata, equivalendo as obrigações e direitos das partes, que tinham posições antagônicas na relação de que participavam. A visão era de que, através do negócio, os contratantes, naturalmente, deveriam buscar extrair, uns dos outros, aquilo que lhes fosse mais vantajoso, tomada esta postura como legítima, não despertando qualquer reação ou restrição por parte do Estado, ainda que as partes encontrassem-se em posições distintas, em que, na verdade, uma impunha à outra a sua vontade. O controle exercido pelo Estado sobre as contratações, falou-se na introdução ao presente trabalho, limitava-se a proibir os negócios que fossem contrários à “ordem pública” e aos “bons costumes”, materializado este controle em regras como as que diziam respeito à capacidade de contratar.

A concepção clássica de contrato, resultante do ideário iluminista com esteio nos preceitos filosófico da escola estoica (Fonseca, 1995, p. 11-24), teve seu apogeu no século XIX, como bem o demonstra a positivação, no Código Civil francês (art. 1.134), da máxima de que o contrato faz lei entre as partes. O *Code*, ao lado do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), influenciou os legisladores de todos os demais países seguidores da tradição romano-germânica.

Também no Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916, teve lugar a aplicação da doutrina clássica acerca dos contratos, marcados, assim, pela autonomia da vontade⁶ e por sua, em regra, intangibilidade e relatividade. Aqui, como acolá, partia-se da ideia de que as partes de um contrato, ao discutirem as respectivas cláusulas, encontravam-se em uma situação ideal de igualdade de condições, o que justificava o império da vontade, que tinha expressão no contrato.

Ocorre que, a despeito do disposto no Direito positivo, desde a Revolução Industrial e em especial após a segunda guerra mundial, mudanças na forma de produção (de cunho econômico) e no Estado redundaram em uma dita “crise” na doutrina clássica dos contratos, insuficiente para aplicar-se à nova realidade econômica e, ao mesmo tempo, para garantia dos fins objetivados por um Estado que visa ao bem-estar social. A ideia de que havia, sempre, a igualdade (entre as partes) na discussão das cláusulas contratuais já não mais se sustentava, cedia em tempos marcados pelo consumo em massa, nos quais surgiram não só os chamados “contratos de adesão” (em que as cláusulas contratuais são elaboradas por uma das partes, com estreito campo para discussão com a outra), como também os “contratos necessários”, os “contratos coativos” e os “contratos tipo” (GOMES, 1967, p. 19). De igual sorte, a sujeição de uma parte à vontade da outra, em ambiente em que era marcante o desequilíbrio econômico, dava margem a abusos e não concorria para a consecução dos objetivos do Estado, notadamente a garantia aos cidadãos dos chamados “direitos de segunda geração ou dimensão”⁷.

Neste contexto, o Estado passa à intervenção na esfera privada, com o fito de proteger o economicamente mais fraco e de forma a assegurar a realização de seus próprios objetivos.

⁶ Citando Pontes de Miranda (Tratado de direito privado, t. 3, p. 56), Paulo Luiz Neto Lobo (1991, p. 10) esclarece que as expressões autonomia da vontade e autonomia privada são sinônimas.

⁷ Direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, inseridos nas constituições de diversos estados sociais.

No Brasil, em que imperava doutrina clássica acerca de contratos e obrigações, a mudança de concepção com relação às matérias, em que pese a existência, então, de seleto grupo de doutrinadores que já apontavam para a necessidade de uma releitura dos princípios que as regem⁸, foi necessária intervenção legislativa e posituação de (“novos”) princípios incidentes na matéria, para que se verificasse, na prática, uma efetiva mudança em seu tratamento. Esta mudança acabou positivada, inicialmente no Código de Defesa do Consumidor e, após, no vigente Código Civil. O instrumento utilizado para tanto foi erigir a chamada “boa-fé objetiva”, a “função social do contrato” e o “equilíbrio contratual” ao nível do direito positivo (ressalte-se mais uma vez que, existindo aqueles como princípios, já permeavam parte da doutrina e da jurisprudência anteriores aos diplomas citados).

Notadamente quanto à “boa-fé”, a que o direito positivo pátrio conhecia expressamente até então (tirantes alguns dispositivos isolados, como o art. 1.443, do CCB/16⁹), era a subjetiva, que traduz um estado de ignorância do agente. A “boa-fé objetiva”, diferentemente, caracteriza-se como norma de comportamento, a qual passa a ser imposta também àqueles que contratam, de quem se reclama, com base no preceito, agir com lisura, observando determinados padrões sociais e respeitando a confiança da outra parte. Para usar expressão da já madura doutrina italiana acerca da questão (cf. Theodoro Júnior, 2004, p. 51), lembrando sempre o Código Civil italiano de 1942 serviu de inspiração ao legislador do vigente Código Civil pátrio, trata-se de um dever de *correttezza* (TRABUCHI, 1999, p. 534).

Neste mesmo diapasão, os contratos e as obrigações destes defluentes deixaram de ser vistos como relações simples e imediatas, expressas simplesmente em um dever em contraposição a um direito ou em um crédito em contraposição a um débito, passando a ter, por desdobramento, uma acepção complexa. Passou-se a reconhecer que, para assegurar o cumprimento da “obrigação primária” ou do “dever primário”, deve-se impor às partes outra sorte de deveres ou obrigações (secundários, acessórios), decorrentes da boa-fé objetiva, da cooperação e da confiança, de forma a assegurar seja alcançado, da melhor forma, o fim contratual,

⁸ Citando-se entre estes, a título meramente ilustrativo, Orlando Gomes, Antunes Varela, Clóvis J. do Couto e Silva.

⁹ “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

realizando-se o melhor adimplemento. O contrato ou a relação contratual passou a ser visto, por conseguinte, como um processo complexo, uma gama de obrigações de uma parte frente à outra, sendo várias destas obrigações, deflui do exposto, não escritas, mas decorrentes da dita “boa-fé objetiva”.

Em razão de as cláusulas contratuais não serem mais, no universo dos contratos¹⁰, a única fonte das obrigações decorrentes de um ajuste, como não o seria, no contexto, a vontade das partes, existindo as obrigações secundárias ou acessórias, no mais das vezes não escritas, ganhou em relevância a fase pré-contratual, estendida a tutela da relação, também, à fase pós-contratual.

É certo que a reforma legislativa operada, a despeito de todo o exposto, não é vista pela doutrina¹¹, a priori, como suficientemente ampla, talvez até como tímida¹². À leitura do novo Código, com efeito, o intérprete poderia, de acordo com os que o dizem tímido, ser levado à conclusão de que a legislação ainda contempla apenas a relação de crédito e débito de outrora, relação obrigacional simples, fazendo vista grossa para as relações complexas que a evolução econômica e social fez surgir. Entretanto, não se deve ater e interpretar as leis somente em sua literalidade. Com efeito, conforme Antunes Varela,

A primeira tarefa do jurista, na ordem prática da vida e na própria construção teórica do Direito, consiste na descoberta das soluções ditadas pela ordem jurídica para as situações concretas da vida social merecedoras da sua tutela. Uma boa parte dessas soluções encontra-se diretamente formulada, pela via normativa própria dos sistemas jurídicos de tipo continental, nos códigos e na legislação extravagante que os alterou ou completou. E é possível captá-las mediante interpretação e aplicação dos textos legais vigentes. Outra parte, muito vasta em qualquer das zonas do Direito, mas muito mais numerosa em setores tão complexos como os do direito civil, escapa à capacidade de regulamentação e de previsão do

¹⁰ Eis que as fontes imediatas das obrigações podem ser várias, como já referido, sendo-o, por exemplo, as declarações unilaterais de vontade (como as promessas de recompensa) e o ato ilícito (englobado no conceito o abuso de direito).

¹¹ Curiosamente, já que esta mesma doutrina, em sua maioria, fechava os olhos para o fato de que o Código Civil revogado, de 1916, continha o arcabouço necessário à aplicação da moderna doutrina dos contratos, como será cuidado mais abaixo no presente trabalho.

¹² De acordo com Eduardo Luiz Bussata (2008, p. 11-12), “O Código Civil, na parte que trata da Teoria Geral das Obrigações, parece desconhecer a relação complexa, na medida em que disciplina unicamente relações singulares. Tanto é assim, que nada diz a respeito de deveres acessórios, regulando cada prestação principal de per si, bem como é omissa quanto à cessão de posição contratual, que pressupõe relação complexa, disciplinando somente a cessão de crédito, que se baseia na linearidade da relação de crédito-débito. Somente na parte que trata das relações contratuais é que avulta a noção de relação complexa. Porém, essa noção é mais fortemente sentida nas leis especiais que disciplinam certas modalidades contratuais. Exemplo claro é a Lei 8.245, de 18-10-1991 (Lei do Inquilinato), ao estabelecer, nos arts. 22 e 23, um leque bastante extenso de obrigações das partes, indo muito além da cessão de uso e gozo imposta ao locador e ao pagamento dos alugueres pelo locatário”.

legislador e só pode ser obtida através da integração das lacunas da lei. Os processos de integração a que o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942) e o art. 126 do Código de Processo Civil mandam recorrer para o efeito são, por ordem sucessiva de aplicação, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Some-se a isto, ainda, que o legislador do Código Civil de 2002, rompendo parcialmente com a clássica tradição da técnica de legislação casuística, subsuntiva¹³, em que presente a pretensão de esgotamento, em via legislativa, do tratamento das questões da vida, adotou modelo em que, em que pese não ocorra o abandono da subsunção, não prevalece mais a ideia de completude do Código, que deixa de ser igualmente hermético, atribuindo-se ao mesmo uma certa vagueza, fluidez e porosidade, com a adoção dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” e de “cláusulas gerais”.

Abandona-se, assim, uma concepção mais positivista¹⁴ do Direito Civil (mas não totalmente no que concerne ao Direito nacional, como se vê das prescrições já referidas da Lei de Introdução ao Código Civil, que possibilitam o recurso do jurista a outros valores que não a lei escrita), revelada pela técnica puramente casuística, para uma aproximação maior com as escolas sociológicas do Direito, com a pretensão de assegurar-se às normas maior longevidade, eis que estas passam a ser adaptáveis, por permeáveis mesmo a conceitos extra e metajurídicos, sensíveis, pois, às mudanças nos valores sociais.

Sendo a legislação civil de agora reconhecidamente incompleta, o que se tem é que os valores constantes do próprio sistema jurídico ganham em relevo, pois é ao jurista (e ao juiz), então, que cabe, diante do caso concreto, encontrar, por meio de juízo axiológico, as normas que se prestarão à composição de dado litígio ou à solução de certa questão, com recurso inclusive a valores não constantes da lei escrita. É o que se vê, nesse sentido, de Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, p. 37):

¹³ Neste sentido, conforme Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, p. 12 e 16), a Escola Pandectista germânica e a Escola da Exegese francesa.

¹⁴ De acordo com Norberto Bobbio (2008, p. 60-61), para o positivismo, notadamente no que concerne a Hobbes, “a validade de uma norma jurídica e a justiça dessa norma não se distinguem, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, isto é, juntas com a validade. Enquanto se permanece no estado de natureza não há direito válido, mas tampouco há justiça; quando surge o Estado nasce a justiça, mas esta nasce ao mesmo tempo que o direito positivo, de modo que, onde não há o direito não há também justiça, e onde há justiça, significa que há um sistema constituído de direito positivo”.

A despeito da boa fé objetiva permitir que fatores metajurídicos influenciem nas decisões, a solução proferida com suporte nela é jurídica, não sendo pura aplicação da moral. As decisões segundo a boa-fé objetiva apresentam-se como de direito estrito, justificadas dogmaticamente e sistematicamente, bem como suscetíveis de controle. O juiz vai encontrar esteio para solucionar as causas em valores, princípios e regras que se acham inseridas no sistema, conquanto esse sistema, como já se frisou, afigure-se aberto, em contínua renovação, afim de acolher os problemas que se renovam. Em outras palavras, a boa-fé funciona dentro do sistema, 'no sentido de que nele encontra sua fundamentação e dele retira o caráter juridicamente normativo de seu enunciado.

Para o estudo de matéria que atine notadamente ao direito contratual, como o é a teoria do adimplemento substancial, convém, pois, a visitação à principologia que é aplicável àquele. É a partir do estabelecimento e entendimento destes princípios, afinal, que se estabelece um pano de fundo e um norte para a interpretação das normas que regem a matéria, de maneira a que não subsistam, como fruto da atividade interpretativa, antinomias ou conflitos. Dos princípios extrai-se, em suma, os valores e as finalidades de dado sistema, donde se chega ao sentido das regras que o compõem.

Segundo Humberto Ávila, “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Daí, concluí o autor, “se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

O importante, assevera, “é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2007, p. 30).

O autor esclarece, pois, que há dispositivos legais que não contêm norma nenhuma, ao passo que outros dispositivos contêm mais de uma norma, sendo certo que, de um conjunto de dispositivos por vezes extrai-se apenas uma norma. A dificuldade que existe para o intérprete, continua, encontra-se na extração das normas dos dispositivos legais, pois esta é uma tarefa árdua, seja em decorrência da variação do significado das palavras no tempo e no espaço, seja pela dificuldade de estabelecimento da intenção do autor do dispositivo legal (afinal, o processo legislativo é complexo). Portanto, a interpretação não se resume a estabelecer ou extrair um significado previamente dado ao dispositivo legal, do qual se extrairia(m)

a(s) norma(s), mas a um processo complexo objetivando a construção do significado e dos sentidos do texto submetido ao intérprete.

Entretanto, o autor adverte que a atividade do intérprete não é absolutamente livre. Há, com efeito, traços de significado, ainda que mínimos, em todo dispositivo legal, oriundos (os traços) do uso técnico ou ordinário da linguagem. Há significados dos dispositivos que ressaem do simples uso da linguagem e que constituem, por conseguinte, limites à atividade do intérprete, que, assim, não construiria ou descreveria o sentido do dispositivo, mas, dentro dos limites postos, reconstruiria esse mesmo sentido ou significado, no processo de obtenção da(s) norma(s).

Enfim, conclui, “é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio” (ÁVILA, 2007, p. 34). É ao intérprete que cabe estabelecer, tendo como ponto de partida os fins, os objetivos estabelecidos pela legislação, e através de conexões axiológicas, valorativas, os significados dos dispositivos legais, resultando dessa atividade a obtenção de normas, que podem constituir-se em regras ou princípios.

A distinção entre regras e princípios fica clara na conceituação do doutrinador aqui tratado, sendo as primeiras “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”, sendo os últimos, por seu turno, “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2007, p. 78-79).

Os princípios, vê-se da conceituação, estabelecem fins e, com estes, a necessidade da observância de certos comportamentos, que possibilitem sejam aqueles (fins) efetivamente alcançados.

Sendo fato que normas atuam sobre outras normas dentro de um mesmo ordenamento, definindo-lhes o valor e o sentido, o que se tem é que os princípios, ao estabelecerem fins e, pois, a necessidade da adoção de comportamentos que

àqueles dirijam, balizam a interpretação das demais normas jurídicas, notadamente das regras, cujo sentido é obtido à luz daqueles.

Sobre o importante papel dos princípios na construção do sentido das regras e na aplicação destas, a partir da constatação de que normas atuam hierarquicamente sobre outras normas, em um dado sistema, cite-se Freitas (2002, p. 26):

Observa-se na vivência diuturna, sobremaneira no campo decisório, uma constante superação da vontade do legislador por aquela que se poderia denominar vontade axiológica do sistema, reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete, consubstanciando insofismável ultrapassagem do paradigma da subsunção formal, adotado, com sérias e fundas implicações, o modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização.

O estudo dos princípios que regem determinada matéria, extraídos dos dispositivos legais, de acordo com o asseverado, é importante para que se possibilite a interpretação das regras que regem esta mesma matéria.

Considerando a evolução econômica e social experimentada nos últimos séculos, a evolução do estado liberal ao estado democrático de direito, passando pelo estado do bem-estar social, deve-se buscar identificar e descrever, para os fins do presente trabalho, os princípios que regiam os contratos sob a concepção clássica, e os reflexos sobre estes das novas concepções acerca da matéria, com influência legislativa, no Brasil, a partir da edição de diplomas como a Lei de Locações¹⁵ (Lei 8.245/91), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil de 2002, decorrentes da falada evolução, de forma a facilitar a tarefa de interpretação das regras que regem a matéria.

Com efeito, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, foram introduzidas sensíveis alterações no que concerne à forma de contratação, aos deveres das partes e à extinção dos ajustes¹⁶ travados no mercado de consumo, entre fornecedores e consumidores.

¹⁵ Deste diploma retira-se claramente a ideia de relação jurídica complexa de um contrato, sendo vários os deveres acessórios, para locador e locatário, descritos no mesmo, notadamente em seus arts. 22 e 23.

¹⁶ Embora, para muitos, não sejam tão sensíveis essas alterações. Sette (2007, p. 19), assevera que “O Código de Defesa do Consumidor, apesar da escandalosa propaganda deflagrada, nada, ou muito pouco, acresceu ao direito dos contratos (em que pesem relevantes avanços em outras áreas do Direito), pois apenas positivou seus princípios fundamentais: autonomia da vontade, boa-fé e justiça contratual, ajustando-os a algumas peculiaridades das relações de consumo”.

Muito se discutiu, desde então, acerca da autonomia do direito consumerista como disciplina e em relação aos demais ramos do chamado Direito Privado, sendo certo, de toda forma, que as mais autorizadas opiniões indicavam, como indicam, não existir tal autonomia, didática ou científica, embora esta se verifique no campo legislativo.

Em verdade, o que ocorria e certamente suscitou a querela referida acima, é que o Código de Defesa do Consumidor era, e é, peça legislativa que se contrapunha e contrapõe-se, no que se refere aos contratos, à chamada doutrina clássica, tendo positivado princípios que, se antes poderiam harmonizar-se com o Direito nacional, por muitos ainda não eram aceitos, certamente em decorrência da cultura positivista, ou legislativa, nacional.

A melhor explicação para o que foi dito acima requer uma breve passagem pela história. Afinal, é nas revoluções Francesa e Industrial, com recurso a escolas filosóficas, que se encontram os fundamentos da dogmática contratual clássica que ainda imperava quando da edição do Código de Defesa do Consumidor e em relação à qual o CDC trouxe alterações.

As revoluções citadas, sabe-se, foram movimentos marcados antes de qualquer coisa por motivações econômicas e sociais¹⁷. Embora se esteja falando, ao relembrar essas revoluções, do Século XVIII, determinadas características do feudalismo ainda estavam presentes nas sociedades européias da época. Notadamente na França revolucionária, o clero (primeiro estado) e os nobres (segundo estado) cobravam dos integrantes do chamado terceiro estado (o resto da população, ou seja, 95% desta), mesmo então, taxas e tributos remanescentes do período feudal. O Estado, perdulário e corrupto, não fazia seus gastos em função do que arrecadava; ao contrário, arrecadava em função do que gastava.

Ocorre que, entre os integrantes do mencionado terceiro estado, encontravam-se algumas pessoas com melhores condições culturais e econômicas,

¹⁷ Quanto à Revolução Francesa, anota Huberman (1986, p. 150): “A oportunidade chegou porque a França estava em tamanho caos que já não era possível as coisas continuarem como antes. Com isso concordava até um membro da nobreza, o conde de Calonne. Sua posição no importante posto de ministro das Finanças permitia-lhe ver claramente a situação. “A França é um reino composto de Estados e países separados com administrações mistas, cujas províncias nada sabem umas das outras, onde certos distritos estão completamente livres de fardos cujo peso total recai sobre outros, onde a classe mais rica é a que menos imposto paga, onde o privilégio perturbou todo o equilíbrio, onde é impossível ter um governo constante ou uma vontade unânime: é um reino muito imperfeito, cheio de abusos e, na sua condição presente, impossível de governar”.

uma nascente classe média, a burguesia, que via nas práticas mercantilistas então vigentes, limitadoras de suas atividades, também no Estado perdulário e taxador, um estorvo àquelas mesmas atividades. Ao caldo de cultura (insatisfação do terceiro estado, como um todo), uniu-se o ideário fisiocrata de Adam Smith (“A riqueza das nações”, de 1756), além das ideias sociais de Voltaire, Diderot e dos enciclopedistas (HUBERMAN, 1986, p. 144 et seq.).

Fato é que, com o dinheiro e as ideias da burguesia, ainda com a força do restante da população, a revolução acabou por ser levada a efeito, tomado o poder por uma classe que proclamava o ideário acima referido, englobado o *laissez-faire*, sendo o espírito revolucionário reduzido ao mote “igualdade, liberdade, fraternidade”.

Pois bem. O Direito, sabe-se, é fenômeno social, sendo, a um só tempo, produto da e requisito para a vida em sociedade. É através dele, Direito (em que pesem todas as discussões existentes acerca da Democracia e da representatividade, mesmo da legitimidade das normas jurídicas), que a sociedade expressa e busca alcançar seus objetivos. Sobre o tema, é o que ensina Caio Mario da Silva Pereira, após discorrer acerca da dificuldade de conceituação do Direito (PEREIRA, 1959, p. 5):

[...] limitemo-nos a dizer que o direito é o princípio de adequação do homem à vida social. Está na lei, como exteriorização do comando do Estado; integra-se na consciência do indivíduo que pauta sua conduta pelo espiritualismo do seu elevado grau de moralidade; está no anseio de justiça, como ideal eterno do homem; está imanente na necessidade de contenção para a coexistência. Princípio de inspiração divina para uns, princípio de inspiração à regra moral para outros, princípio que o poder público reveste de sanção e possibilita a convivência grupal, para outros ainda. Sem ele, não seria possível estabelecer o comportamento na sociedade; sem esta, não haveria nem a necessidade nem a possibilidade do jurídico, já que para a vivência individual ninguém teria o poder de exigir uma limitação da atividade alheia, nem teria a necessidade de suportar a restrição à própria conduta. Na afirmativa de um princípio, aceitamos o dado técnico que não é incompatível com aspiração do dever ser; com a adequação à vida social situamos a realidade jurídica dentro do único meio em que pode viger, já que *ubi societas, ibi ius*, o que permite a dedução contrária, *nisi societas, nec ius*, somente no meio social haverá direito.

O ideário da revolução francesa, refletindo as aspirações da burguesia que se encarregou de tomar-lhe o comando, prevaleceu no Código Napoleônico que seguiu a mesma, espalhada não só a chama revolucionária por ocasião das conquistas do imperador, como também os ideais e princípios da revolução, a que, diga-se, estava

sempre receptiva a burguesia dos países conquistados ou invadidos. Estando Portugal entre os países então tomados pelo exército francês (comemorou-se no ano de 2008 o ducentésimo aniversário da fuga de D. João VI para o Brasil, egresso da “capital” em fuga do exército napoleônico) e sendo o Brasil colônia portuguesa, é fácil a conclusão de que também por aqui tiveram impacto das motivações da revolução, que inspiraram mesmo movimentos revolucionários que àquele tempo ocorreram em solo pátrio.

Huberman (1986, p. 151 e 153) mais uma vez sintetiza bem o escopo das normas francesas defluentes da revolução, notadamente as constantes do Código Napoleônico:

Depois que a revolução acabou, foi a burguesia quem ficou com o poder político na França. O privilégio de nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou o seu lugar. ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ foi uma frase popular gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar.

O exame do código napoleônico deixa isso bem claro. Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesa. O código tem cerca de 2000 artigos, dos quais apenas 7 tratam do trabalho e cerca de 800 da propriedade privada. Os sindicatos e as greves são proibidos, mas as associações de empregadores permitidas. Numa disputa judicial sobre salários, o código determina que o depoimento do patrão, e não do empregado, é que deve ser levado em conta. O código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade e para a proteção da propriedade. [...]

[...] Na Inglaterra, em 1689, e na França, em 1789, a luta pela liberdade do mercado resultou numa vitória da classe média. O ano de 1789 bem pode ser considerado como o fim da Idade Média, pois foi nele que a Revolução Francesa deu o golpe mortal no feudalismo. Dentro da estrutura da sociedade feudal de sacerdotes, surgira um grupo da classe média. Através dos anos, ela foi ganhando força. Havia empreendido uma luta longa e dura contra o feudalismo, marcada particularmente por três batalhas decisivas. A primeira foi a Reforma protestante, a segunda a Gloriosa Revolução na Inglaterra, e a terceira, a Revolução Francesa. No fim do século XVIII era pelo menos bastante forte para destruir a velha ordem feudal. Em lugar do feudalismo, um sistema social diferente, baseado na livre troca de mercadorias com o objetivo primordial de obter lucro, foi introduzido pela burguesia.

A este sistema chamamos – capitalismo.

O Código Civil brasileiro de 1916 inspirou-se nos diplomas dos “países continentais” europeus, terminando por espelhar-se nos princípios que informaram o Código Napoleônico (cujas paternidade é atribuída a Pothier), além dos códigos civis de países como Portugal e Espanha.

O Código Civil brasileiro, assim, partiu de uma concepção individualista, que enxergou, em um ambiente ideal (e o Direito efetivamente deve servir-se de

abstrações como esta, para que possa opor-se a todos), a igualdade objetiva entre todos os coatores da vida social (igualdade esta vista como a ausência de privilégios) (SAMPAIO, 2004, p. 11).

Desta forma, pelo Código Civil de 1916 e tendo-se em conta as suas inspirações, tinha-se, em sua interpretação, a noção de que existia uma liberdade quase absoluta de contratação, com limites apenas na ordem pública e nos bons costumes, ou seja, aqueles estritamente necessários à não perturbação da convivência social. A esta liberdade quase absoluta se chamou autonomia da vontade. A vontade livre, aliás e de acordo com o princípio do consensualismo (ou consensualista), era o fundamento e a razão dos contratos, decorrendo disto a intangibilidade dos ajustes, que não poderiam ser, em hipótese alguma, modificados.

Outros princípios presentes na chamada concepção oitocentista, prevalente na interpretação das normas do diploma de 1916, foram os da relatividade dos contratos, pelo qual se entende que o contrato faz lei entre as partes (o que é dito literalmente pelo Código de Napoleão – *Code*, art. 1.134), limitando-se a elas os seus efeitos, e o da obrigatoriedade dos ajustes, corolário dos demais.

A própria ordem de coisas decorrente não só da revolução francesa, como da industrial, serviu a fomentar a economia e a intensificar as relações entre os particulares, de tal sorte a viver-se hoje em uma espécie de mundo dos contratos. Verificaram-se, após os movimentos falados, a urbanização e a industrialização. Enfim, massificaram-se as relações, assim como os contratos, em especial após as duas grandes guerras mundiais.

Com a eclosão e o final das duas grandes guerras mundiais, na primeira metade do Século XX, observou-se que o modelo do Estado liberal era incapaz de solucionar as mazelas advindas dos conflitos. Decorreu daí, afinal, o início da intervenção estatal na esfera econômica e social, exigindo-se do Estado as providências necessárias à retomada da ordem e do desenvolvimento.

Surge daí o chamado Estado Social, dotado de instrumentos de intervenção na ordem privada, notadamente na social e na econômica, sendo as constituições então promulgadas prenes de normas programáticas e de cunho intervencionista. Nasce então o dirigismo contratual.

O que é certo é que a concepção liberal e individual outrora prevalente não se harmonizava com essa nova ordem, como observa Sette (2007, p. 25):

Toda essa revolução mexe com a principologia do direito, inclusive com a do direito dos contratos. Os fundamentos da vinculatividade dos contratos não podem mais se centrar exclusivamente na vontade, segundo o paradigma liberal individualista. Nasce a teoria preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos valem, não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas conseqüências econômicas e sociais; bem como a teoria normativa, pela qual o contrato é fonte criadora de normas jurídicas, as quais devem, portanto, amoldar-se ao ordenamento jurídico. Este processo de interferência do Estado foi chamado de dirigismo contratual. Chegou-se, por conseqüência, à conclusão de que a autonomia da vontade (ou liberdade contratual) teria limites de ordem pública, que foram erigidos em um outro princípio fundamental do Direito dos Contratos: o princípio da supremacia da ordem pública. Lado outro, e em conseqüência da supremacia do interesse público em relação ao particular (ou seja, em relação ao pactuado no contrato), a vinculatividade dos contratos sofreu restrições, também de ordem pública, desenvolvidas gradativamente, como a teoria da imprevisão e a resolução por onerosidade excessiva. Surge, então, a doutrina moderna, que reestrutura a questão principológica dos contratos, de acordo com a concepção de ordem pública então emergente. Assim, os contratos estariam sujeitos a três princípios (todos de ordem pública), a saber: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual [...].

O início da mudança, no direito positivo pátrio, deu-se, como já anotado, por meio de doutrina tímida. Efetivamente, apenas com a intervenção legislativa é que se instaurou efetivamente uma “nova ordem contratual”, erigindo-se ao nível positivo o que, por princípio, já se deveria aplicar ao direito contratual. Esta positivação iniciou-se de fato com a edição do Código de Defesa do Consumidor, sendo a nova principologia (tirante o que de específico há nesse microssistema), apenas após, adotada expressamente pelo sistema maior, que engloba o do CDC. É o que ensina, nesse sentido, Aguiar Junior (Revista de Direito do Consumidor, n. 48, p. 55-68):

Todos sabemos que a ordem jurídica é um sistema, com condições de determinar as regras para a criação e reprodução de normas e assim se auto-alimentar. É um sistema, porque estabelece a validade dessas normas que são criadas ou reproduzidas; e também porque diz como será feita a aplicação dessas normas válidas. É um sistema aberto, que pode sofrer influência de valores externos, metajurídicos ou extrajurídicos, que atuam diretamente sobre ele. Não é um sistema fechado, como se estivesse distante do que acontece fora desse mundo de normas, que ele mesmo cria e sobre os quais dispõe, mas é algo que sofre, necessariamente, a influência de valores sociais, econômicos, morais, que estão fora dele e sobre ele atuam. [...]

[...] Então, temos um sistema aberto – a ordem jurídica nacional, na qual se inclui o sistema de Direito privado - e microssistemas, entre eles o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor regula uma relação específica e tem seus princípios e regras. Por um paradoxo nosso, por uma situação muito especial do Brasil, esse microssistema – que normalmente deveria ser

influenciado pelos princípios do sistema – na verdade, terminou influenciando o sistema maior de Direito privado, porque este que tínhamos era extremamente desatualizado, reproduzindo idéias de mais de duzentos anos.

Quando surgiu o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, veio com ele uma nova visão do mundo negocial, e os princípios que esse Código adotou terminaram influenciando a interpretação e a aplicação do sistema civil. Tanto assim que, se observarmos a jurisprudência depois de 1990, e a própria doutrina, veremos o quanto a interpretação e a aplicação do Direito Civil mudaram no Brasil à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Embora este esteja inserido num microsistema, terminou atuando, decisivamente, para influir sobre o próprio sistema.

Fato é que, com a edição do Código Civil de 2002, restaram positivados novos princípios aplicáveis aos contratos, que ajustam o tratamento da matéria aos modernos problemas inerentes ao tema, notadamente decorrentes da evolução das relações de natureza econômica. Diferente do que ocorreu no diploma de 1916, quando os princípios não eram expressamente referidos, o Código Civil vigente faz expressa menção aos que carrega, como os da função social do contrato e da boa-fé objetiva, nele lançados na forma de cláusulas gerais, extraíndo-se ainda, da proscricção ao enriquecimento sem causa, ou ilícito, e da adoção da teoria da imprevisão, a noção de equilíbrio contratual. Os novos princípios contratuais positivados a partir da edição do Código Civil de 2002, além de terem leitura própria, influenciam a leitura, agora por maciça doutrina, dos princípios contratuais clássicos, com implicação nas relações obrigacionais, seja no que concerne ao trato entre as partes, seja na eventual composição dos litígios delas decorrentes.

De acordo com o acima exposto, em matéria de direito contratual, todos os países que seguiram a tradição do Código Napoleônico acabaram por adotar, de forma absoluta, princípios como o da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos ajustes, da intangibilidade e da relatividade dos efeitos dos contratos.

Ao lado destes princípios, citem-se outros abarcados na tradição acima referida, como o do consensualismo e o da boa-fé subjetiva, entendendo-se o primeiro como aquele que enuncia que basta o acordo de vontades para a formação do contrato, a não ser que a lei exija formalidades (concepção esta diferente da que vigorou em Roma, de cunho ritualista ou formalista), e o segundo como aquele que se liga à interpretação do contrato, fazendo a mediação entre a vontade declarada e a vontade real, prevalecendo essa última (GOMES, 1983. p. 36-43).

O primeiro dos princípios citados consiste na abstração de que, em igualdade de condições, as partes celebram os ajustes, que são, assim, justos e atendem os interesses daquelas. Darcy Bessone bem anota acerca do tema (BESSONE, 1949, p. 101-103):

Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido por ambas as partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de se presumir, 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 bons costumes.

Assim, enquanto forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido. Podem, portanto, discutir livremente todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei ou quaisquer outros inéditos que imaginem, escolher a melhor forma de declaração de vontade, fixar os seus efeitos, etc. Nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de se circunscrever à apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição.

O autor citado, ainda acerca da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, deixa claro apenas que, segundo a concepção clássica, na hipótese de as partes não pactuarem expressamente acerca de todos os detalhes envolvidos no negócio que celebram, ou seja, de não atentarem para todos os aspectos atinentes à questão, aí se aplicarão as normas legais supletivas e interpretativas, contidas na lei, entendendo-se, a partir da abstração de que todo homem conhece a lei, que elas fizeram, em verdade, opção por isto, pela sujeição da relação àquelas normas.

Quanto à obrigatoriedade dos contratos, esclarecendo que esta decorre da função social dos mesmos, sendo essa função social não só de cunho econômico, mas também ético, Caio Mário da Silva Pereira leciona (PEREIRA, 1959, p. 11):

A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas conseqüências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que acolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade, salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada.

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra

individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos. Esta idéia, de tão sedutora, foi levada ao extremo, quando SIEGEL, no fim do século passado, sustentou que a vontade individual, independentemente do contrato, ou ao lado deste, constitui fonte de obrigações. A vontade livre liga-se a si mesma, e gera a obrigação sem a intervenção de uma outra vontade.

Não é posto em dúvida o princípio da obrigatoriedade, de aceitação universal, muito embora se lhe ponham obstáculos, em nome da ordem pública. Não chegam estes a infirmá-lo.

Decorrência da obrigatoriedade, a intangibilidade dos contratos entende-se como “a irretratabilidade do acordo de vontades.

Conforme Gomes (1959, p. 37):

Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que só se permitem mediante novo acordo de vontades. O contrato importa alienação voluntária da liberdade, cria um vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se tivesse previsto a alteração radical das circunstâncias.

No que concerne ao terceiro dos princípios acima citados, qual seja, o da relatividade dos efeitos dos contratos, este consiste na abstração no sentido de que os efeitos produzidos pelas avenças subsumem-se às partes que contrataram, não tendo o condão de expandir-se e atingir, de qualquer forma, os interesses de terceiros ou, mais propriamente, a esfera de interesses destes.

Gomes, em consagrada obra sobre os contratos, bem ressalta sobre a questão (GOMES, 1959, p. 44-45):

O princípio da relatividade dos contratos governa a sua eficácia. Trata-se de regra geral que, mais precisamente, delimita o campo de aplicação dos contratos. Sua formulação foi feita em termos claros e concisos ao se dizer que o contrato é *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que os seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando aos que lhe são estranhos.

Para torná-lo compreensível, é indispensável, segundo HENRI DE PAGE, distinguir, no contrato, os efeitos internos de sua existência. A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais é oponível. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se. Em regra, não é possível, mediante contrato, criar direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é relativa; seu campo de aplicação delimitado por compreender, tão-somente, as pessoas que intervieram em sua formação. Em síntese, ninguém pode se tornar credor ou devedor contra a vontade, se

o nascimento do crédito ou da dívida dela dependa. POTHIER, chamando-a de verdade evidente, enunciou a regra nesses termos: 'uma convenção não tem efeito senão a respeito das coisas que constituem seu objeto; e somente entre as partes contratantes'.

O contrato, na tradição clássica, seguia o dogma da autonomia da vontade, entendendo-se justos, sempre, seus resultados, em razão da voluntariedade que norteava a limitação da liberdade das partes contratantes através do vínculo.

É quanto aos princípios acima enunciados que o Código Civil de 2002 traz inovações.

O Código Civil de 2002 marca um rompimento da legislação civil pátria com a tradição oitocentista, ao menos em alguns aspectos. De início, se o legislador de antanho tinha a pretensão de prever ou legislar sobre tudo, fazendo diplomas supostamente herméticos e suficientes a abarcar toda a riqueza da vida social ou todos os comportamentos possíveis na esfera privada, esse modelo revelou-se não satisfatório. No Código Civil de 2002, a solução encontrada para a flexibilização do direito privado foi a substituição, ainda que parcial, do modelo casuístico que marcou a codificação anterior, pela adoção, aos moldes do BGB e de códigos da segunda metade do século XX (notadamente do Código Civil italiano, que lhe serviu de inspiração), do sistema das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, entendendo-se esta opção como uma técnica legislativa.

O sistema das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados caracteriza-se por uma vagueza que é evidentemente oposta à técnica casuística (que encerra uma pretensão de completude), na qual o aplicador do direito é induzido à subsunção dos fatos à norma (tipicidade), extraíndo daí as consequências também já previstas na legislação. A ausência de flexibilidade da técnica casuística é tida como a causa da obsolescência dos códigos que a observaram e observam.

Contrariamente ao que ocorre com a técnica casuística, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados servem a conferir flexibilidade à norma. A vagueza semântica que os caracteriza, com efeito, faz com que a tarefa de definição dos contornos das normas aplicadas a dado caso seja relegada à prática, à jurisprudência, com recurso não só a outras normas do sistema, como também a fontes metajurídicas e aos usos e costumes (MARTINS-COSTA, 2000, p. 303), constituindo aqueles, assim, uma fonte de flexibilização do ordenamento, que pode adequar-se, desta forma, não só às práticas e ideias presentes, como também às

evoluções e aspirações sociais, seja no aspecto prático ou ideológico (nesse ponto, diga-se que uma das críticas à técnica legislativa em referência assenta-se no fato de que a mesma efetivamente faz com que o Direito possa adequar-se elasticamente no campo ideológico, como ocorreu no tempo do nacional-socialismo alemão).

Resta evidente, apenas pelo exposto, que a adoção irrestrita das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, mais aquelas do que estes, pelas codificações, relegando a definição de todos os contornos das normas à prática, ao Estado-Juiz, acaba sendo fonte geradora de insegurança, o que culmina, tal qual ocorre com o Código Civil vigente (também no Código Civil português) (MARTINS-COSTA, 2000, p. 43), na adoção de ambas as técnicas legislativas, de forma conjugada ou mista.

O Código Civil de 2002 adotou, seguindo o que já marcara o Código de Defesa do Consumidor e ao cuidar de contratos, algumas cláusulas gerais, notadamente a limitação ao poder de contratar “em razão e nos limites da função social do contrato” (CCB, art. 421), bem como a “boa-fé objetiva” (arts. 113, 187 e 422).

A boa-fé objetiva (como ocorreria com a função social do contrato, ver-se-á abaixo) é norma de comportamento. Autores há que enxergam sua sede como constitucional. Cite-se, neste sentido, Sampaio (2004, p. 42), que a vê como expressão de princípios constitucionais no campo privado:

A par de sua positivação na legislação ordinária, a boa-fé objetiva tem assento constitucional. A despeito do texto constitucional a ela não se referir expressamente, pode-se dizer que o princípio foi implicitamente reconhecido na carta magna. Com efeito, ao dizer que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, ‘constituir uma sociedade livre, justa e solidária’ (art. 3º, I), o legislador constituinte abraçou ideais densificados pela boa-fé objetiva no campo obrigacional. Instituiu a diretriz da chamada solidariedade social, que implica um dever de cooperação entre os indivíduos, cooperação que, no campo contratual, leciona Judith Martins-Costa, é concretizada pela boa-fé objetiva, exigindo que os contraentes tenham também em mira o interesse do parceiro contratual, numa atitude de cooperação. Pode-se dizer, firme em Massimo Bianca, que a boa-fé exprime o princípio da solidariedade no terreno contratual. A constitucionalização da boa-fé é ainda reforçada pelo art. 170, que estabelece a justiça social como elemento conformador da ordem econômica.

Em que pesem as considerações do autor acerca da aplicabilidade direta de preceitos constitucionais de cunho programático às relações entre particulares, bem

como sobre a origem constitucional da boa-fé objetiva, o que se tem é que esta é princípio sempre observável nas relações contratuais, mesmo como decorrência da obrigatoriedade dos ajustes, de posituação desnecessária, portanto. Ademais, a imposição de respeito à boa-fé objetiva e de observância à função social do contrato, diretamente pelo Código Civil, torna descabida a discussão, posto que autores outros¹⁸, contrariamente ao aqui cuidado, entendem que as normas constitucionais faladas não teriam aplicabilidade imediata, servindo simplesmente como indicação ao legislador ordinário.

A função social do contrato e a boa-fé objetiva, também o princípio do equilíbrio econômico do contrato¹⁹, servem a mitigar, de certa forma, alguns dos princípios sobre os quais assentada a doutrina clássica acerca dos contratos. Entretanto, ao abrandarem os princípios em questão, as figuras em vertente, ao mesmo tempo, os reafirmam (há normas expressas no vigente Código Civil, como o art. 421, que reafirmam a liberdade de contratação).

Acerca do tema, cite-se o Enunciado de n.º 23, do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal:

A função social do contrato, dirigida à satisfação de interesses sociais, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando estiverem presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

De igual sorte, tem-se que o Enunciado n.º 21, do mesmo Centro de Estudos, afirma que a função social do contrato, prevista no art. 421, do novo Código Civil, constitui, tal qual afirmado acima, cláusula geral, que também impõe uma releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, eis que acarreta a tutela externa do crédito (ou da relação contratual), o que quer dizer que o princípio em questão

¹⁸ Entre os quais, cite-se Clóvis V. do Couto e Silva, que afirma (1976, p. 24): “Não seria exato pensar, entretanto, que todas as disposições constitucionais, endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou comercial. Geralmente, faz-se mister a existência de lei ordinária”.

¹⁹ Entendido este como a vedação à desproporcionalidade de prestações, sendo o princípio encontrado no vigente Código Civil, por exemplo, nas regras do art. 413, que autoriza a redução equitativa da pena convencional, pelo juiz, quando esta se revele excessiva ou quando a obrigação tenha sido parcialmente cumprida pela parte faltosa, também pelas normas dos arts. 157 e 171, inciso II, que reconhecem a possibilidade de revisão, senão anulação, do contrato, nos casos de desproporção entre as prestações a que obrigadas as partes contratantes. Deve-se ressaltar, apenas, que, como será apontado mais abaixo, a desproporção não diz respeito a um equilíbrio ideal pressuposto pelo sistema, mas ao programa contratual imaginado e avençado pelas partes.

resta mitigado em determinadas circunstâncias, reconhecendo-se que os efeitos dos contratos, por vezes, alcançam as esferas de interesses de terceiros.

A boa-fé objetiva, por seu turno, constitui dever de comportamento das partes, na relação contratual, compreendida nesta as fases pré e pós-contratual. Nos dizeres de Diniz (2006, p. 87):

Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade', salientando a necessidade da boa-fé objetiva tanto na fase pré-contratual como na pós-contratual. A esse respeito, o Parecer Vicente Arruda assim se manifesta: 'Pela manutenção do texto, que fala em 'conclusão do contrato', que compreende a fase de negociação, elaboração, assinatura e da sua 'execução', que compreende o cumprimento ou descumprimento das obrigações contratuais, bem como a solução dos conflitos entre as partes. Não devemos ceder à tentação de deixar tudo explícito, até mesmo o óbvio'. A função social do contrato busca a boa-fé dos contratantes, a transparência negocial e a efetivação da justiça contratual, como nos ensina Jean-Luc Aubert. O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) privilegia o respeito à lealdade, impondo aos contratantes um comportamento, que não pode ser abusivo, nem lesivo, conducente ao dever de cumprir as obrigações assumidas, de informar, que abrange o de aconselhar e o de esclarecer, de cooperar ou colaborar, e o de diligência ou cuidado. E além disso 'para reconhecimento de efeitos jurídicos a situações aparentes é de aplicar-se o princípio geral que protege a boa-fé nos contratos e a lealdade nas relações sociais' (2º TACSP, Ap. Sum. n. 88.924, j. 5-6-1979). Nas relações de consumo deverão ser evitadas as cláusulas abusivas e desleais (Lei n. 8.078/90, art. 51), consagrando-se, assim, o princípio da boa-fé. Daí sua íntima relação com o princípio da probidade, que requer honestidade no procedimento e no cumprimento das obrigações contratuais.

Como se vê, também a boa-fé objetiva, que abarca, nos dizeres da transcrição acima, a função social do contrato, implica uma releitura dos princípios clássicos dos contratos. A partir do momento em que o comportamento dos contraentes sofre balizamento em todas as fases da relação contratual, não imperando a liberdade absoluta outrora prevalente, tem-se como mitigada, de certa forma, a liberdade contratual, na medida em que, no curso da relação, entendida esta como complexa, as partes deverão guardar comportamentos que não induzam a quebra do equilíbrio existente quando da celebração do contrato, observando preceitos de ética, de justiça e de equidade, de maneira que o contrato atinja aos fins almejados por ambas as partes, cumprindo assim a sua função social.

A obrigatoriedade também cede na medida em que, a "alienação da liberdade" operada com a contratação não é mais absoluta. Com efeito, os deveres

de colaboração e de respeito aos interesses da outra parte (mantida ainda a concepção tradicional de relação de credor/devedor, das relações obrigacionais), também a justiça contratual objetivada, impõem a intervenção do Estado, em determinadas circunstâncias, para restabelecer o equilíbrio entre os contratantes, o que impacta, de igual sorte, na intangibilidade (como corolário da obrigatoriedade) outrora reinante.

Conclui-se aqui, pois, que os princípios clássicos que regem as obrigações e os contratos foram reafirmados pelo Código Civil de 2002. Tem-se mantida a liberdade de contratação, mas entendido que o equilíbrio ou igualdade existente entre as partes deve manter-se no curso da relação contratual, impondo-se àquelas que pautem seu comportamento com esta finalidade. O contrato, igualmente, mantém-se em regra intangível e obrigatório tal qual entabulado, mas abre-se ao Estado-Juiz a possibilidade de intervir no mesmo, seja quando não observados os deveres de comportamento impostos às partes ou quando desapareça o equilíbrio existente no momento da contratação, configurado na relação tal qual contraída pelas partes.

Os contratos e as obrigações destes decorrentes, com efeito, não se cingem mais àquilo que foi intencionado ou declarado pelas partes (escapando-se aqui à discussão acerca dos fundamentos de vinculatividade), havendo obrigações outras, a ser por estas respeitadas, que não as escritas, decorrentes dos usos e costumes e mesmo de uma moral ou ética coletiva. A colaboração com a outra parte no curso da relação obrigacional e contratual também deve ser observada pelos contratantes.

Embora não se infirme a assertiva no sentido de que a função (no sentido de finalidade) social dos contratos é consistente na facilitação do tráfico jurídico-econômico²⁰, e que essa função estaria sendo respeitada se o referido tráfico der-se em conformidade com a ordem jurídica (de acordo com a concepção ampla da função social dos contratos (TOMASEVICIUS FILHO *apud* CUNHA, 2006, p. 191-217), preservando-se assim a preconcebida ideia de respeito à ordem pública), essa mesma função social representa previsão no sentido do controle das externalidades eventualmente geradas pelos contratos (sentido estrito de função social do contrato),

²⁰ Enunciado 22, do Conselho da Justiça Federal – “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”.

respeitando-se, pois, interesses de terceiros por acaso afetados pela relação contratual, restando atenuada, pois, a relatividade das avenças.

Obrigatoriedade e intangibilidade (estas, em função da possível intervenção do Estado, no sentido da manutenção do equilíbrio ou quebra do vínculo, em determinadas circunstâncias), autonomia da vontade (ou privada) e relatividade dos efeitos dos contratos, portanto, comportam uma releitura, diante dos novos valores abarcados pelo vigente Código Civil, cabendo esta tarefa à doutrina e, em especial, à jurisprudência, a quem cumpre a delimitação do alcance das cláusulas gerais e o estabelecimento do sentido dos conceitos jurídicos indeterminados (aos quais dará concretude) de acordo com os valores contidos no sistema ou que o influenciem.

É no ambiente da mitigação dos princípios que, classicamente, regiam os contratos e as obrigações que tem desenvolvimento a chamada teoria do adimplemento substancial.

3 A BOA-FÉ OBJETIVA

A autonomia privada foi sendo, ao longo do tempo e com o incremento das relações sociais e econômicas, de certa forma mitigada. Este fenômeno deu-se na medida em que a própria declaração ou manifestação de vontade deixou, em muitos casos, de ocorrer propriamente (como nos contratos necessários, por exemplo), bem como a, em outros, perder espaço (como nos contratos de adesão), sendo certo que, em determinadas hipóteses, sua ocorrência (da manifestação de vontade) é limitada, dada a ausência de discussão entre as partes acerca das cláusulas contratuais propriamente ditas.

O dogma da liberdade contratual, entendida esta como a liberdade de contratar, de escolher os parceiros e fixar o conteúdo das avenças é, no mundo atual, apenas relativo, já que a maior parte das relações, em especial no mercado de consumo, trava-se sem que ambas as partes efetivamente discutam as cláusulas contratuais. Assim, se o encontro de vontades do passado resultava, diante da situação em que as cláusulas eram efetivamente discutidas, em um suposto equilíbrio ideal, este equilíbrio deixou de existir como premissa, quando e onde desapareceu a efetiva discussão do conteúdo das avenças.

Surgem a partir da primeira grande guerra, com efeito, conforme as espécies de relações e nos dizeres de Wieacker (1980, p. 633)²¹, mesmo em função da regulamentação pública das atividades econômicas (no Brasil atual, em conformidade com o disposto nos arts. 170 e 174 da CF/88), esferas de liberdade, em lugar de uma liberdade ampla e irrestrita de outrora, que hoje se sujeita a limitações.

Os novos princípios contratuais reconhecidos, o da boa-fé objetiva, o da função social dos contratos e o do equilíbrio contratual servem, como falado, a uma releitura dos princípios contratuais clássicos.

²¹ O dogma da liberdade contratual é um princípio mantido na constituição econômica da economia social de mercado – ao contrário do que acontece na administração planificada da economia ou em outras formas de planificação econômica. Mas, diferentemente do que se passa na constituição econômica liberal, é reconhecido como um princípio funcional em relação ao conjunto da ordenação social: também isto constitui já uma erupção da solidariedade do conjunto da economia na concepção clássica do direito privado como sistema de esferas de liberdade. As limitações da liberdade contratual derivam precisamente desta função. No domínio da economia da empresa estas limitações restringem-se ao controle, do ponto de vista da economia de mercado, dos cartéis e dos preços de monopólio inadmissíveis [...].

Entre os “novos” princípios em questão²² merece destaque, sem dúvida, o da boa-fé objetiva, em especial em função do conteúdo ético e histórico que apresenta, sendo certo que suas especialidades funcionais permitem que se encontre, no caso concreto, ponderadas as suas peculiaridades, a solução mais justa, que represente o menor custo social (BUSSATA, 2008, p. 65), eis que o mesmo se inscreveu no diploma civil vigente na forma de uma cláusula geral.

A boa-fé tem diferentes acepções para o Direito. Ela diz respeito, inicialmente, a um estado subjetivo, referente ao não conhecimento (ignorância) do direito do outro ou à convicção de conformidade de um comportamento com o direito vigente, sendo esta a sua faceta subjetiva. No que concerne à faceta objetiva, de outro lado, ela é, no campo das obrigações, fonte nascente de deveres não escritos, que alcançam mesmo o credor, o qual tradicionalmente era considerado apenas titular de direitos no vínculo obrigacional (COUTO E SILVA, 1976, p. 29). Tem ela, ademais, função interpretativa, constituindo “medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa preconstituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador. Pode-se dizer que a cláusula geral é uma ‘heteronomia não autoritária’ porque se limita a filtrar os valores sociais, os quais por definição prescindem da dimensão impositiva” (LOBO, 1991, p. 144).

Embora silente o Código Civil de 1916 sobre a sua incidência geral²³ no campo obrigacional, é certo que, por encerrar princípio extraível do direito privado pátrio, conforme se aperceberam alguns doutrinadores (como o já citado Antunes Varela), a boa-fé objetiva, como regra de comportamento, tinha aplicação mesmo sob a sua égide. Cite-se, neste sentido, Couto e Silva (1976, p. 30):

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do objetivo comum a que visam. Tradicionalmente o credor tinha sua conduta restringida, embora de modo mais tênue, pela faculdade que possuía e possui o devedor do obliterar, obstaculizar ou encobrir a pretensão através do ‘exceptio doli generalis’ ou ‘specialis’.

²² Sem prejuízo da discussão acerca de constituir a boa-fé objetiva, tal qual inscrita no Código Civil brasileiro, cláusula geral ou princípio, que se tratará abaixo.

²³ Entretanto, o art. 1443, do CCB/16, regulando o comportamento das partes, no contrato de seguro, impõe que as mesmas observem a boa-fé, a qual é invocada, portanto, em sua acepção objetiva, de regra de comportamento.

Talvez o estágio pouco avançado do país, em níveis econômico e social²⁴, tenha contribuído para que a maior parte dos intérpretes do Código Civil de 1916 não tenha extraído, dos princípios prevalentes e vigentes no campo obrigacional, em decorrência da ordem por aquele constituída, o da boa-fé objetiva.

Mas não é menos certo que o incremento da atividade econômica nacional ao longo dos anos deu ensejo a que, mais uma vez em consonância com as mudanças ocorridas em solo europeu, o legislador pátrio trouxesse alterações no que concerne aos princípios que regem os contratos, como constata Fonseca (1995, p. 82-83):

Tal como ocorreu na Europa, em que pese o esforço de manutenção do liberalismo político acima mencionado, o início da industrialização no Brasil veio trazer a perspectiva de mudança no direcionamento do pensamento jurídico brasileiro. Essa mudança se fez sentir desde o princípio do século XX, mas se consolidou a partir da Constituição de 1934. A intervenção do Estado no domínio econômico foi tornada possível a partir da mudança de direção tomada no art. 113 da Lei Maior. Ali está dito que 'a Constituição

²⁴ É interessante a constatação de Cláudio Moura Castro, acerca do desenvolvimento tardio do Brasil em diversos campos: "Faz um século, não éramos quase nada. Um país formado de índios na Idade da Pedra, africanos na Idade do Bronze, e colonizado pela nação mais atrasada da Europa Ocidental. Os dois primeiros não possuíam escrita. Em 1900, Portugal tinha a mesma taxa de alfabetização (15%) que a Europa antes de Gutemberg. Os imigrantes da Europa Central fizeram diferença. Mas não foram tantos assim. Os visitantes descreveram o nosso atraso social. Segundo Darwin, 'nossos anfitriões têm maneiras deselegantes e desagradáveis; as pessoas e as casas são imundas'. Para Eschwege, 'os mineiros não fazem uma caminhada de meia hora para ver e aprender alguma coisa'. Em 1900, o Rio de Janeiro estava proscrito para estrangeiros, pela sua insalubridade. A esperança de vida andava por volta de 30 anos, a mesma da Europa na Idade Média. Entramos no Século XX com renda per capita menor que a do Peru e cinco vezes menor que a da Argentina (e com nossas revistas escritas e impressas na Europa). Mas a economia disparou. Entre 1870 e 1987, nosso PIB cresceu 157 vezes, comparado com 84 vezes para o Japão e 53 vezes para os Estados Unidos. Ou seja, por mais de um século lideramos o crescimento mundial. Por volta da II Guerra Mundial, importávamos palitos, sapatos, biscoito, lápis, manteiga, banha, cerveja, tecidos e roupas. O salto econômico foi enorme. Viramos um país industrializado, ficamos à frente da Alemanha na produção de automóveis, liderando em fabricação de ônibus e sendo o terceiro maior produtor de aviões comerciais. Trocamos uma agricultura semifeudal por um agronegócio de forte base tecnológica, apoiado em pesquisa de primeira linha. Em 1950, não publicávamos artigos científicos no exterior. Hoje, chegamos à 13ª posição mundial. A revolução do etanol tem como epicentro a região de Ribeirão Preto, que, em 1932, Peter Fleming assim descreveu: 'Os escassos povoados davam a aparência de pobreza, estagnação e de serem incapazes de esperanças ou desesposos'. Os indicadores sociais subiram vertiginosamente. Esperança de vida, posse de bens duráveis, tudo cresceu, e não foi pouco. Os retardatários são distribuição de renda, criminalidade e esgoto tratado. Também mau uso do meio ambiente. Embora os números da educação sejam péssimos, nossa irritação presente nos cega para os avanços obtidos. Em 1900, por volta de 90% da população não sabia ler. Nessa época, Uruguai e Argentina já tinham uma sólida rede escolar pública. Agora, praticamente todos os brasileiros (de 7 a 14 anos) estudam. Faz pouco, Paraguai e Peru tinham estatísticas de escolaridade superiores às do Brasil. Hoje, chegamos bem perto dos melhores latinos. Falta muito, mas melhorou.[...]" [...] Talvez algumas comparações sejam esclarecedoras. No nosso canto do mundo, a Argentina brilhou no passado, mas perdeu o fôlego. O Chile vai bem, mas em 1895 já tinha 38% de alfabetização, quatro vezes a do Brasil de então".

assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade. O parágrafo 17 traz profunda restrição ao direito de propriedade e, conseqüentemente, possibilita a intervenção do estado no domínio contratual. Assim preceitua esse parágrafo: 'É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

O autor cita, como normas de intervenção no domínio contratual, por exemplo, o Decreto n. 22.326/33, conhecido como Lei da Usura, pretérito mesmo à Carta a que ele se refere, e o Decreto n. 24.150/34, que regulou a renovação de contratos de locação de imóveis para fins comerciais e industriais.

Em que pese o fato de as normas citadas carregarem vedações a determinados comportamentos (impunham abstenções aos contratantes), fulminando de nulidade as cláusulas contratuais contrárias a seus dispositivos, o que se tem é que elas constituíram um ensaio de condicionamento ou imposição de comportamento aos contratantes privados, em evidente exceção à autonomia privada ou da vontade.

Mais modernamente, entretanto, as regras que se impuseram às partes já não induziam meros comportamentos omissivos – não contratar de certa forma ou estabelecer determinadas cláusulas – mas comportamentos evidentemente positivos, comissivos. É interessante notar, por exemplo, que a atual Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), por meio de seus arts. 115²⁵ e 117²⁶, impõe

²⁵ “O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas” (art. 115, *caput*, com redação dada pela Lei 10.303/01).

²⁶ “O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou na acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que se sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela Assembléia Geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

deveres de comportamento aos acionistas, em especial aos controladores, sendo os deveres em vertente, notadamente, de observância dos interesses dos demais acionistas, da companhia e de investidores em valores mobiliários. Impõe a Lei citada, ainda, dever de informação, v.g. em seu art. 157. As imposições dos deveres de informar e acerca do exercício do direito de voto decorreram de um dos objetivos declarados da legislação em vertente, nomeadamente o de possibilitar a capitalização das sociedades nacionais que se revestem daquela forma, atraindo assim a figura do investidor ou acionista minoritário. Colocada de lado a discussão a respeito da natureza das sociedades anônimas (contratual ou institucional) e o fato de a Assembléia Geral ser um órgão desta, o que se tem é que têm feição nitidamente contratual, entendido como um ajuste de vontades ou resultado do encontro de vontades, as deliberações que nelas têm lugar. A intervenção do Estado com a imposição de deveres como o de informar e o de seguir comportamentos que respeitem os interesses da companhia e dos demais acionistas, com efeito, é expressão da boa-fé objetiva²⁷.

Além disto, reconhece-se que o princípio aqui cuidado tem incidência não só no direito privado, como também no público, notadamente nas relações entre o Estado e os administrados. Na lição de Élcio Fonseca Reis, é do princípio da moralidade que decorre a recepção, pelo Direito Público, do princípio da boa-fé objetiva:

Afinal, a boa-fé expressa na Carta Constitucional pelo Princípio da Moralidade, igualmente aplicável aos atos legislativos, constituindo-se, o apontado mandamento, em obstáculo à edição de normas arbitrárias, discriminatórias e abusivas, que visam tão-somente a criação de dificuldades e óbices injustificáveis no cumprimento das obrigações tributárias, podendo, entretanto, ser oposta, também, em face do administrado que agir em desacordo com a boa-fé.

-
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deiar de aprovar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;
 - h) subscrever ações para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.[...].”

²⁷ Discorrendo sobre a teoria contratualista, Modesto Carvalhosa (1998, p. 397) pontifica: “A plena discricionariedade do acionista no direito do voto tem nesses elementos configuradores do interesse social o limite normativo do interesse *stricto sensu*. Em matéria de voto, o limite substancial de interesses configura-se, portanto, no seu exercício abusivo que não leve em conta os interesses dos outros acionistas, presentes e futuros, os da companhia e os da coletividade; ou, então, que objective, concretamente, causar-lhes dano. Deve, pois, **o voto ser exercido** de boa-fé. Por conseguinte, o sufrágio terá como fim a realização do fim comum perseguido pela sociedade. E perante todos os interesses envolvidos na companhia, deve ser exercido com lealdade.

A boa-fé objetiva atua diretamente na relação jurídica, valendo-se como norma de interpretação, de controle de posição jurídica, de limitação de exercício de direito subjetivo e de direito potestativo.

O princípio da proteção da confiança se encontra intimamente ligado ao conteúdo material da boa-fé. A idéia de confiança implica a validação de uma conduta e dos seus efeitos, na hipótese em que a pessoa tenha agido de forma omissiva ou comissiva, em virtude da aparência criada pela parte contrária de que a conduta teria sido praticada em conformidade com o ordenamento jurídico.

MISABEL DERZI manifesta-se no mesmo sentido entendendo que a boa-fé existe na confiança protegida, decorrente de uma das partes ter criado na outra, em virtude de um determinado comportamento, uma expectativa com relação ao comportamento adotado. Todavia, faz a ressalva que Roland Kreibich entende que a proteção da confiança seria mais abrangente que a boa-fé objetiva, na medida em que aquela seria aplicável a situações gerais e abstratas, enquanto que esta somente poderia alcançar as situações individuais e concretas.²⁸

A boa-fé objetiva, assim, como princípio ou norma de comportamento, não é novidade no Direito nacional, que reconhece, de há muito, a sua incidência nas relações não só de domínio privado, como também nas de direito público. A imposição de comportamentos que respeitem os demais integrantes de certa relação jurídica, afinal, de há muito ocorre no Direito pátrio, como se ilustrou acima. Além disto, mesmo sopesadas as raízes éticas e filosóficas do Código Civil de 1916, o que se tem é que o Direito, em especial o Direito Civil, tem na mobilidade uma característica intrínseca, que lhe permite adequar-se no tempo e no espaço, como decorre da Lei de Introdução ao Código Civil. Esta mobilidade decorre mesmo da tridimensionalidade jurídica a que se refere Miguel Reale²⁹, sendo estas as observações de Maria Helena Diniz acerca do tema, em especial no que se refere ao Código Civil revogado (1981, p. 67-68):

As áreas de direito civil são de tipicidade aberta, oferecendo vantagem de funcionar com maior flexibilidade, possibilitando ao aplicador avançar além da interpretação e penetrar nos domínios da integração. O tipo civil é oriundo de uma elaboração que apreende na experiência o sentido dos comportamentos típicos possíveis, submetendo-os a uma dimensão valorativa considerando-os positiva ou negativamente, conforme as exigências do momento, decorrendo dessa operação um comando permissivo ou proibitivo. Essa qualificação tipológica aberta, resultando da estrutura normativa integradora dos fatos relacionados a valores, permite a integração da norma civil através de decisões dos magistrados.

Cada uma das partes do Código Civil brasileiro é a adaptação de instituições jurídicas às aspirações da coletividade brasileira no início do

²⁸ REIS, Élcio Fonseca. O princípio da boa-fé e a utilização retroativa dos dados da CPFM para fins de constituição de crédito tributário

²⁹ Conforme Maria Helena Diniz, referindo-se à teoria (1981, p. 65 et seq.), dizendo que o sistema jurídico, na concepção de Reale, é formado por subsistemas, notadamente de normas, de valores e de fatos, sendo estes subsistemas isomorfos. A isomorfia, no caso, tem acepção estrutural.

século XX, mas esse sistema normativo é aberto e prospectivo, relacionando-se com um sistema de avaliação, não mais se referindo ao momento em que foi feito, em 1916. O órgão aplicador tem sempre em vista a norma, o fato social por ela regulado em cada momento histórico. Os valores jurídicos são constituídos pelas valorações reais vigentes numa sociedade, num momento determinado, não são, portanto, valores ideais, mas os que são socialmente vigentes. Realmente, a norma jurídica, como coloca de maneira escorreita Miguel Reale, 'não pode ser pensada como inventário de atos passados: a sua destinação é reger atos futuros, o que demonstra não poder ser estudada segundo os padrões das ciências naturais. Não disciplina, por outro lado, os fatos futuros como um esquema: ela não pode deixar de sofrer o impacto de novos e imprevistos eventos e valores, cuja superveniência implica uma nova compreensão normativa'. Como o tipo civil é aberto, não há necessidade da constatação de sua correspondência exata ao caso concreto. Esse modelo prospectivo ou que enseja o desenvolvimento aberto do direito contém notas consideradas típicas na qualificação tipológica, porém algumas destas notas podem faltar ou aparecerem limitadas no caso concreto, mas isso em nada impede que se reconheça o caso em foco como pertencente a determinado modelo ou tipo, apenas se pode coordená-lo ao tipo, demonstrando-se que corresponde mais ou menos a ele. O tipo aberto é graduado e contém limites fluídos, uma vez que seu repertório pode sofrer acréscimos de acordo com os valores a que serve o modelo jurídico.

Também Freitas (2002, p. 26) observa, sobre a superação da vontade do legislador, em decorrência da natural evolução de uma sociedade:

Observa-se na vivência diuturna, sobremaneira no campo decisório, uma constante superação da vontade do legislador por aquela que se poderia denominar vontade axiológica do sistema, reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete, consubstanciando insofismável ultrapassagem do paradigma da subsunção formal, adotado, com sérias e fundas implicações, o modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização.

Em que pesem os apontamentos acima, as características do sistema de Direito Civil, de tipicidade aberta, a natural evolução da interpretação das normas³⁰ e a incidência das regras de comportamento nas relações jurídicas, de natureza pública ou privada, foi necessário, talvez em razão da cultura positivista que impera entre os operadores do Direito no Brasil (BUSSATA, 2008, p. 69-70)³¹, que, em consonância com as tendências socializantes vigentes na Europa, fosse erigido o

³⁰ Como decorrência, ademais, da evolução social e por aplicação das regras dos arts. 4.º e 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942).

³¹ Anota que, apesar de não positivado o princípio no Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 1943, decidiu que "a boa-fé domina a interpretação das convenções [...] sem necessidade de haver no direito positivo de cada país, como existe no suíço, texto expresso armando o juiz de poder de fazer prevalecer aquela regra, que se deve haver como implícita na interpretação e execução das convenções". Aponta o doutrinador, entretanto, que a crítica de Pontes de Miranda, considerando ambígua a boa-fé, talvez tenha contribuído para retardar-se o desenvolvimento do instituto no Brasil.

princípio em vertente, da boa-fé objetiva, ao campo do direito positivo, por meio especialmente do Código de Defesa do Consumidor (art. 4.º, III, e 51, IV) e do Código Civil, para que a doutrina pátria deitasse os olhos sobre o princípio em vertente e as consequências de sua aplicabilidade no campo do Direito Privado.

O princípio em questão inscreveu-se, no Código Civil, nos arts. 422, 113 e 187, sendo os dois últimos dispositivos complementares ao primeiro. O art. 422 propugna que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, dizendo o art. 113 que a interpretação das avenças deve dar-se de acordo com a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração, servido o art. 187 a vedar o exercício abusivo dos direitos, o qual é considerado ilícito, entendendo-se o abuso como o exercício de direito subjetivo ou posição jurídica que exceda os limites impostos pela sua finalidade econômica, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O Código Civil, vê-se da transcrição de seu art. 422, não define, entretanto, o que seria a boa-fé objetiva, relegando a tarefa aos aplicadores do direito e conferindo flexibilidade ao conceito. Em razão da não definição do conteúdo, tem-se que a regra, nos moldes da lição de Maria Helena Diniz acima transcrita, carrega a um só tempo um princípio e uma cláusula geral, como bem anota Martins-Costa (2000, p. 323-324):

na verdade a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado parágrafo 242 BGB. Assim, se poderá dizer que determinada norma é ao mesmo tempo princípio e cláusula geral. [...]
[...] Em suma, não se pode afirmar que as cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a extensibilidade que lhe é própria. [...] Boa parte da incerteza acerca das lides das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre sintagma cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contida num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no ‘princípio da boa-fé’, inscrito no 242 do BGB, e na ‘cláusula geral da boa-fé’ desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão linguística ‘boa-fé’.

Conforme lição de Wieacker (1980, p. 503-504), o que se tem é que o achamento do sentido da boa-fé como cláusula geral não é um processo que possa dissociar-se por absoluto do direito positivo, para fundar-se apenas em valores exclusivamente metajurídicos. O doutrinador anota, no sentido de que o direito

positivo encerra, ele próprio, valores que acabam por fundar-se em preceitos metajurídicos:

O juízo desfavorável, hoje muito difundido, sobre o positivismo científico carece, portanto, de rectificação. Este juízo carece, sobretudo, de rectificação na medida em que o confunde com um positivismo legal que ficou para sempre comprometido com as desastrosas experiências dos últimos anos. O perigo da demagogia de uma maioria ocasional – ou mesmo de um ditador que invoque a autorização de um povo por ele dominado e que eleve o seu interesse puramente pessoal a lei geral – estava precisamente excluído em princípio pelo positivismo científico.

Ainda deve ser meditado um outro aspecto. Num mundo de mudanças sociais e económicas como o nosso, a exigência do positivismo de que o jurista “como tal” não deveria deixar entrar em linha de conta as considerações éticas, sociais e económicas aparece como desresponsabilizada do ponto de vista ético-social. E, no entanto, ela constitui um pressuposto de qualquer concepção jurídica que acredite no valor autónomo do direito e que não apele directamente para instâncias metajurídicas (religião, doutrinas éticas e ideologia). Precisamente as ordens jurídicas mais vigorosas e duradouras reivindicaram uma autonomia deste tipo: quer a romana, quer a inglesa, quer os juristas medievais, quer, dum modo geral, as sociedades completamente reguladas por ordens jurídicas pré-científicas. Todas elas tomaram como pressuposto a justiça imanente do direito positivo abandonaram-se à realização da justiça através da aplicação de normas autónomas, como a manutenção do costume, da autoridade, dos conceitos ou dos raciocínios lógicos.

Para o observador de hoje, a maior parte destes processos de achamento do direito aparecem como justificações acríticas de situações existentes; eles tomam como pressuposto as concepções jurídicas comuns, sobretudo o direito positivo, tal como as que sempre existiam na comunidade romana ou alto-medieval. Mas isto não exclui que seus resultados fossem tão justos como metajuridicamente (i.e, do ponto de vista teológico, moral ou ideológico) fundados, nomeadamente na medida em que garantiam uma aplicação uniforme dos princípios tidos como justos, pelas convicções jurídicas de uma comunidade de direito. A arbitragem dos conflitos sociais por uma regra jurídica autónoma foi, desde há muito, a contribuição específica do jurista europeu, que deu ao mundo ocidental o seu carácter legalista fundamental e inconfundível.

Diante da positivação do princípio, a doutrina pátria vem atribuindo a ele três funções, sendo uma de cunho hermenêutico-interpretativo, que serve à busca do real conteúdo do negócio jurídico, ainda a de criação de deveres laterais de comportamento (função ativa), exigíveis ao mesmo tempo do credor e do devedor, e, por fim, a função repressiva (função de controle), que veda o exercício abusivo das posições jurídicas. A primeira função consistiria, com efeito, no fornecimento de critérios para a interpretação e a integração contratual, a segunda a criar deveres que independem da vontade das partes e a terceira a limitar o exercício de direitos subjetivos (SAMPAIO, 2004, p. 49).

De acordo com Bussata (2008, p. 77), as duas primeiras funções se confundiriam, por envolverem a interpretação ou integração do negócio jurídico (da essência do qual, afinal, fariam parte os deveres laterais), podendo inclusive dizer-se, como lembra o autor com base por exemplo em lição de Heloisa Carpena Vieira de Melo, que a terceira função absorveria as demais, por servir à limitação do exercício dos direitos subjetivos, finalidade esta a que também se prestam a interpretação e a criação de deveres laterais³².

De toda forma, não havendo prejuízo ao objeto do estudo e sendo complementares as noções estudadas ao abordar-se cada uma das funções da boa-fé objetiva, passar-se-á a cuidar de cada uma das mesmas, tal qual enunciadas acima³³.

A primeira das funções da boa-fé objetiva é, como visto, a de interpretação e consequente integração das relações jurídicas. A função em questão parte da exigência de conduta proba e reta das partes contratantes, em decorrência da ética que deve nortear a conduta nas relações contratuais, de maneira que se tutele a relação contratual com base em seu sentido objetivo, a menos que o destinatário de dada declaração tenha ciência ou deva ter ciência da real vontade da parte que a fez. Tutela-se, assim, a confiança gerada pela conduta de uma parte, a aparência daquela decorrente, a fim de se conferir a segurança, no correr de toda a relação ou programa contratual, que o tráfico jurídico de bens e serviços reclama. Trata-se,

³² O autor cita (p. 77), ainda, Judith Martins-Costa, que separa a primeira e a segunda funções da boa-fé objetiva, ressalvando, entretanto, que esta distinção dá-se somente para fins didáticos, pois “a criação de deveres acessórios decorre, justamente, da integração do negócio jurídico pela boa-fé. Os deveres acessórios resultantes da boa-fé realizam a função de integração das lacunas contratuais deixadas pelas partes. Logo, a função de integração de lacunas e a função de criação de deveres acessórios querem dizer uma única coisa.”

³³ Como leciona Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, p. 49-50, a classificação das funções da boa-fé objetiva não é pacífica: “Antonio Junqueira de Azevedo (Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 14) prefere falar em funções *adjuvandi* (interpretação), *supplendi* (acrescentar o que não está incluído no contrato) e *corrigendi* (corrigir o que não é justo). Franz Wieacker (*El principio...*, p. 51) apresenta classificação conforme a atuação do juiz. Neste sentido, o magistrado aplica a boa-fé: a) atuando conforme o sentido estrito do ordenamento jurídico (em razão de seu *officium iudicis*), preenchendo o vazio deixado pelas partes na elaboração do contrato; b) atuando *praeter legem*, ao exigir que as partes, na defesa de seus direitos, se comportem de maneira justa; c) atuando *contra legem*, como meio de ruptura ético-jurídica do direito positivo. Luiz Díez-Picazo (prólogo da tradução da citada obra de Wieacker, p. 19) fala na boa-fé: como causa da exclusão de culpabilidade de ato formalmente ilícito; b) ensejando o nascimento de deveres especiais de conduta; c) limitando o exercício de um direito subjetivo ou de qualquer outro poder jurídico. Clóvis do Couto e Silva (O princípio da boa-fé, p. 53) assevera que a boa-fé instiga o juiz a ‘exercer um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela parte’”. O autor anota, todavia, que, em essência, todas essas classificações não destoam entre si ou daquela pelo mesmo adotada, o mesmo ocorrendo, assim, no que concerne ao presente trabalho.

desta forma, da busca pelo verdadeiro sentido contratual, decorrente dos deveres de lealdade e confiança, insculpindo-se esta função da boa-fé objetiva no texto do art. 113, do CCB³⁴. Bussata (2007, p. 80) observa que:

[...] trata-se de regra objetiva que concorre para o comportamento devido, desvelando o verdadeiro sentido e alcance contratual, permitindo, então, que o bom fim das obrigações, a satisfação dos interesses juridicamente protegidos dos contratantes, seja alcançado. Trata-se de preceito ético, porém ligado igualmente à finalidade econômica do contrato.

Assim é que decorre desta função da boa-fé objetiva que, nos casos de contratos de adesão ou das condições gerais, preestabelecidas, a interpretação das cláusulas contratuais faz-se sempre, quando houver contradição ou ambiguidade, contra a parte que as houver estipulado, em benefício, pois, daquele que a elas aderiu³⁵.

Mas isto, conforme Larenz, citado por Castro (2004, p. 51), não exime a parte que receba a declaração de vontade do dever de, conforme os ditames da boa-fé, averiguar qual era a verdadeira intenção da parte que a fez (a declaração), tomando por base todas as circunstâncias relevantes que ela possa conhecer. A interpretação das declarações, assim, leva em conta a possibilidade de compreensão da parte destinatária das mesmas, em conformidade, também, com o disposto no art. 112³⁶, do Código Civil.

Também em matéria de interpretação, devem ser seguidas algumas regras, na hipótese de o contrato objetivamente considerado gerar dúvidas. Com efeito, quando uma cláusula contratual comportar, no caso concreto, diversas interpretações, deverá ser preferida, com base no princípio da preservação do contrato, aquela que mantenha a salvo a relação contratual; e, com base no princípio do menor sacrifício, deverá ser dada interpretação menos onerosa à parte que tenha contraído a obrigação.

A tarefa de interpretação do negócio jurídico, nas diferentes etapas da relação contratual, exige do intérprete uma valoração equilibrada entre a vontade interna (subjéctiva) e a vontade declarada dos contratantes (objetiva, exteriorizada). Afinal, a

³⁴ “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

³⁵ BRASIL. Código Civil, art. 112.

³⁶ “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

declaração de uma parte, como suas demais atitudes, gera, para a outra, um sentimento interno, uma expectativa ou confiança de cunho subjetivo (pautada também nos deveres de probidade e boa-fé contidos no sistema), em resposta proporcional àquela declaração ou àquele agir. Nesta função da boa-fé há, como se vê, uma conexão entre a boa-fé de cunho objetivo e aquela de cunho subjetivo, eis que o agir de uma parte gera para a outra expectativas que, fundadas no comportamento, são legítimas. Cabe a uma parte, no iter contratual, assim, refletir acerca da conduta da outra, ao passo que, a partir desta constatação, cumpre ao intérprete considerar atentamente a observância, pelas partes, dos deveres de comportamento (boa-fé objetiva) e as expectativas (boa-fé subjetiva) geradas por aquele mesmo comportamento. A boa-fé objetiva refere-se, assim, à valoração da conduta, enquanto a subjetiva refere-se à crença, à condição psicológica, subjetiva, gerada pelo comportamento da contraparte, pois a ação ou omissão desta pode gerar, por sua aparência, valoração errônea pela outra.

A conexão entre a boa-fé em suas duas vertentes, no caso, é fundamental para a aferição dos valores que gravitam em torno de dada relação jurídica, permitindo a interação entre a vontade real e a declarada, para construir-se ou obter-se, por meio de processo dedutivo, a verdadeira medida entre a declaração e a vontade efetiva das partes. A responsabilidade pelas ações e declarações, assim, repercute no universo contratual, pois tem sempre impacto sobre a contraparte; mas, em que pese a função que evidentemente é exercida pela boa-fé subjetiva, diante do dever que se impõe aos contratantes, mesmo o de probidade (CCB, art. 422), o que se tem é que ela não induz o abandono do contrato objetivamente considerado (em função do disposto no art. 112, do CCB). Há, em verdade, um equilíbrio entre as modalidades de boa-fé, decorrente notadamente do falado dever de probidade. Ademais, estivesse o intérprete adstrito aos domínios da vontade interna de cada um dos contratantes, ter-se-ia em verdade situação em que, muitas vezes, as vontades de cada uma das partes poderiam ser até mesmo incompatíveis, gerando assim situação de impossibilidade de promover-se a devida interpretação³⁷.

³⁷ Sobre o tema, vale a lição de Maximiliano (1957, p. 414-415): “A teoria da vontade, batida no terreno da Hermenêutica geral, resistiu, com espantosa galhardia, no campo estreito da exegese de Obrigações e, com persistência mais generalizada e relativamente defensável, na dos Testamentos. Entretanto, se à maioria dos bons expositores pareceu difícilimo, e às vezes impossível, descobrir a vontade do legislador, também se não antolha como promissora de resultado imediato a tarefa de revelar a intenção do estipulante, pelo menos em contrato bilateral. Resulta este da convergência de intuítos, porém não da identidade entre os mesmos: um propõe

A segunda das acepções ou funções da boa-fé objetiva é a da criação de deveres laterais³⁸ para as partes. Trata-se, efetivamente, da integração da relação jurídica, naquilo em que silentes as partes no que concerne à sua regulação. É através dessa função que se observa mais nitidamente o fenômeno da colaboração no contrato, eis que a boa-fé objetiva atua, neste caso, no enriquecimento da obrigação contratual, estabelecendo deveres secundários à prestação principal³⁹ e deveres autônomos a ela (nos dizeres de Varela (1977, p. 105), estes os “correspondentes às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal”), sempre observando-se a lealdade e confiança que devem existir na contratação. Conforme Couto e Silva (1976, p. 33),

Por meio da interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração.

Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora. É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico; mas, por outro lado, não é mesmo exato que se adstringe, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pela boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos participantes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações.

É bom dizer, ainda, que não se confundem os deveres acessórios criados pela boa-fé objetiva com aqueles decorrentes dos usos, já que estes têm ingresso na relação contratual em decorrência de expressa previsão legal contida no art. 113, do CCB⁴⁰.

por um motivo, o outro aceita por diversa razão, e, não raro, o que Alfeo deseja e cala, ao coobrigado Ticio não convém de modo nenhum; portanto, quando se realiza a vontade do primeiro, contraria-se a do segundo. Se a tarefa do magistrado consistisse apenas, como pretende a Escola Clássica, em investigar e converter em realidade a intenção de um ou de vários estipulantes, em mais de um caso achar-se-ia o julgador em conjuntura insolúvel.

³⁸ Conforme Laerte Marrone de Castro Sampaio (2004, p. 53), esta definição seria a tradução literal do termo *nebenpflichten*, mas são usados outros termos para a designação, como deveres acessórios de conduta; deveres de proteção e deveres de diligência; deveres anexos ou instrumentais

³⁹ Distintos, entretanto, das prestações acessórias previstas no próprio contrato, sendo deveres acessórios de conduta no curso da relação contratual.

⁴⁰ Conforme Clovis V. do Couto e Silva, falando dos usos do tráfico (1977, p. 34): “Os usos de tráfico, tanto no § 242 do BGB, como no art. 131, I, do Código Comercial, integram o corpo do direito objetivo. Como consequência, a ampliação ou o enriquecimento do conteúdo do negócio jurídico, através dos usos do tráfico, opera ‘ex vi legis’.

Ainda, os deveres acessórios decorrentes da boa-fé, fundados na necessidade de observância da lealdade e ainda da preservação da confiança, estendem-se mesmo a momentos anteriores e posteriores ao contrato em si, tomando-se aí a relação contratual como complexa (verdadeiro programa contratual), sendo certo que, entretanto, não comportam execução judicial. Apesar de não comportarem execução, sua violação pode dar ensejo à resolução do contrato e ao direito de indenização, como ensina Varela (1977, p. 109-110):

A diferença entre os deveres (primários e secundários) de prestação e os deveres acessórios de conduta revela-se em dois traços importantes: primeiro, na possibilidade de estes últimos deveres surgirem antes mesmo de se ter constituído a relação obrigacional, onde se enxertam os deveres principais de prestação; depois, na possibilidade de os deveres acessórios de conduta terem como titular pessoas diferentes da relação principal (como sucede na locação e no mandato, por exemplo). Além disso, a generalidade dos deveres acessórios de conduta não dá lugar à ação judicial de cumprimento, aplicável ao comum dos deveres de prestação. Mas a violação deles pode determinar a obrigação de indenizar os danos causados à outra parte ou dar lugar à rescisão do contrato.

Esta função da boa-fé objetiva encontra-se positivada no art. 422, do CCB, de cujo texto (“Os contratantes são obrigados a observar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”) deflui a conclusão de que o dever de observância da boa-fé, e também da probidade, estende-se a todas as fases da relação obrigacional complexa. E, se a boa-fé estende-se à execução do contrato, é certo que o princípio informa, também, o adimplemento e o inadimplemento contratuais (BUSSATTA, 208, p. 21-22).

Por fim, a derradeira função da boa-fé objetiva encontra-se definida no art. 187, do Código Civil vigente, que preceitua que “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”. Trata-se da função repressiva, defensiva ou de controle da boa-fé objetiva, constituindo limite à ação da parte, durante a relação obrigacional. Efetivamente, trata-se de uma limitação ao

Ao contrário do que sucede com o princípio da boa Fe, os usos de tráfico, para incidirem como norma, necessitam de recepção legislativa. Quando tal requisito é implementado – esclarece W. Siebert – os usos de tráficos não se manifestam como meio para a pesquisa da vontade individualmente declarada, mas explicam e complementam a declaração, como regra geral de hermenêutica. No direito comercial brasileiro e no direito civil alemão, o uso é assim meio legal de interpretação. Uma vez admitido em artigo de lei, passa a integrar o negócio jurídico, complementando a declaração de vontade das partes, não sendo alegável, conseqüentemente, erro a respeito da sua existência ou significação”.

exercício de direitos subjetivos ou posições jurídicas. Explica-se: estando os contratantes obrigados à observação da boa-fé no curso da relação contratual, o agir que não observe a premissa é considerado abusivo, tomando-se por ilícita ou antijurídica a conduta assim exercitada.

Assim, a boa-fé objetiva coíbe o abuso eventualmente expresso no exercício de um direito subjetivo sem objetivo próprio (*aemulatio*) ou com a intenção de prejudicar outrem. O ordenamento jurídico brasileiro veda de forma expressa o abuso de direito, ao impor à parte que não prejudique a contraparte ou terceiros, prescrevendo que as condutas devem observar a boa-fé e os bons costumes, estes defluentes do fim social e econômico do contrato, sendo o primeiro (fim social) critério que limita o exercício de qualquer direito (mesmo o de propriedade), enquanto o segundo tem aplicação apenas no universo do negócio jurídico.

O Código Civil vigente, aos moldes do Direito Civil português, adotou concepção de abuso de direito que não requer a valoração da vontade interna da pessoa, de agir além dos limites de conduta admissíveis, para a sua constatação. Com efeito, tem-se o abuso quando, a despeito da vontade do agente, este, ao exercer dado direito subjetivo⁴¹, ultrapassa os limites impostos pelas normas e princípios de cunho social ou obrigacional, também pelos padrões de conduta (boa-fé objetiva e os costumes verificados no local de celebração do negócio – CCB, art. 113), resultando disto prejuízo à esfera jurídica de terceiro, seja em um contrato ou em relações de outra natureza.

O abuso de direito, por conseguinte, decorre, no que toca aos contratos e obrigações, de violação dos deveres acessórios de cooperação, quando do exercício de certo direito subjetivo, provocando, com isto, resultados prejudiciais a terceiros (em relação ao agente), os quais, resultando da inobservância de deveres jurídicos, imputam-se ilegítimos, nos dizeres da norma do art. 187, do Código Civil. O limite à manifestação da vontade (como o é um comportamento), aqui, expressa-se formalmente no que toca ao exercício dos direitos subjetivos, em decorrência da vontade do sistema de que exista harmonia, integração e colaboração entre os diferentes atores, em todas as relações. O poder que é concedido pelo sistema, de exercício de certo direito, assim, tem uma conformação decorrente da necessidade

⁴¹ Entendidos os direitos subjetivos no sentido de prerrogativa individual que lhe dá Roubier, em *Délimitation et interes pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, conforme Fernando Augusto Cunha de Sá (1997, p. 603 et seq.).

de observância de certos limites, limites estes encontrados no próprio sistema (mesmo em decorrência da boa-fé objetiva), de maneira a não gerar instabilidades ou resultados indesejados pela vontade que aquele (sistema) exprime.

A teoria do abuso de direito induz uma limitação, uma fronteira para a atuação do indivíduo quando do exercício dos direitos subjetivos ou prerrogativas individuais. Não se trata, embora constitua um limite, de determinação que induza a ausência da liberdade. Trata-se, em verdade, da constatação de que a liberdade não pode conviver com abusos ou excessos, que ensejam, quando se verificarem, ofensa a outras esferas de liberdade, de terceiros que sejam atingidos pela conduta excessiva ou abusiva. A abusividade de uma conduta, assim, é ofensiva não somente a quem seja efetivamente atingido por aquela, mas ao próprio sistema, quando ela enseja resultados que são incondizentes com os valores carregados pela ordenação, provocando situações que, prevalecendo, acarretariam mesmo o desestímulo à contratação, ao tráfico jurídico de bens e serviços, atentando assim contra instituto de fundamental importância social e econômica, que são os contratos.

O ato abusivo produz efeitos prejudiciais que nem sempre são previsíveis, sendo impossível ao Direito enumerar as espécies em que aqueles se desdobram, bem como prever-lhes todos os efeitos. Variarão o seu conceito e os seus elementos conforme as pessoas dos contratantes, as circunstâncias, o tempo e o lugar da contratação, o comportamento das partes no curso da relação contratual. Em suma, consideradas as variáveis, os atos abusivos decorrerão sempre do excesso, a partir delas (variáveis incidentes) constatável, na realização, efetivação ou exercício de certo direito subjetivo. E o sistema impõe, ante a constatação do exercício anormal de certo direito subjetivo, uma atuação direta sobre os seus efeitos.

A despeito da dicção do art. 187, do CCB, que considera ilícito o exercício abusivo dos direitos, o que se tem é que o abuso de direito diferencia-se do ilícito puro e simples. Explica-se: o exercício de um direito subjetivo com excessos pode muitas vezes - considerados os fins econômicos e sociais daquele direito e do instrumento em que o mesmo se insere ou de que ele decorre e ainda os deveres decorrentes da boa-fé objetiva – ensejar não o dano efetivo à esfera de interesses de terceiros, mas apenas risco a esta, havendo, de toda forma, sua repressão pelo ordenamento. A repressão ao exercício abusivo de direitos, notadamente no que se

refere aos que decorram de contratos, dá-se por meio do próprio ordenamento⁴², o qual adota mecanismos que se destinam a evitar a ocorrência de prejuízos ou à composição destes.

Em suma: o abuso de direito não pressupõe o dano; basta que o ato da parte, abusivo, acarrete um risco de dano, para que se tenha aquele configurado, com a aplicação da sanção pertinente, a qual poderá inclusive ensejar a responsabilidade civil. Assim, se, no que concerne ao ato ilícito, é necessária a verificação de dano, o mesmo não ocorre quanto ao ato abusivo, cuja verificação não reclama a ocorrência daquele. A ação abusiva sujeita-se a repressão, independentemente de causar um dano efetivo, ensejando a atuação do Estado-Juiz, com o fito de, coibindo aquela, reequilibrar a relação contratual.

Conclui-se, portanto, que a ação abusiva, no universo contratual, provoca desequilíbrio, reclamando a atuação do Estado no sentido de seu restabelecimento. O abuso de direito e o ilícito puro e simples, desta forma, não se confundem, embora sejam figuras afins e aquele primeiro possa vir a inserir-se no regime da segunda figura, quando der ensejo a danos a certa pessoa ou a um grupo de pessoas⁴³. Entretanto, não é nas consequências de uma e outra figura que a melhor doutrina encontra elementos para diferenciá-las. Conforme Cunha de Sá (1997, p. 632):

[...] fixei a autonomia dogmática da qualificação jurídica em termos de abuso do direito por referência ao elemento valorativo e a da qualificação jurídica em termos de ilicitude em conexão com o elemento estrutural. Em ambas as hipóteses, porém, se concluiu estar perante um comportamento que é materialmente estranho ao exercício do direito subjectivo ou da diversa prerrogativa jurídica individual: só que enquanto a ilicitude é, desde logo, directa e frontal violação dos limites formais do direito ou da prerrogativa em causa, já o acto abusivo finge a aparência estrutural desse mesmo direito ou

⁴² Tomada a distinção que faz Bobbio (2008, p. 89-92) entre os imperativos autônomos e os heterônomos, sendo os primeiros decorrentes da moral, oriundos do íntimo do indivíduo, e os demais impostos por um ordenamento e por isto aceitos, a despeito das convicções íntimas do jurisdicionado.

⁴³ Como observa Fernando Augusto Cunha de Sá, discorrendo sobre as observações de Josserand acerca do abuso de direito e sua distinção do ato ilícito (1997, p. 632): “Com efeito, se é certo dizer-se que o acto abusivo não importa responsabilidade civil para o seu autor senão quando seja causa de um dano, já é errada a afirmação de que o acto ilícito a acarreta sempre, mesmo quando não haja prejuízos, e isto pela simples e evidente razão de que não pode haver obrigação de indemnização quando a atuação do sujeito, independentemente de ser qualificável como abusiva ou como ilícita, não ocasiona danos para alguém: o dever de indemnizar é, logicamente, transitivo: quem indemniza, indemniza alguém por alguma coisa. Porventura sucederá que não possa averiguar-se o valor exacto dos danos (art 566.º, n.º 3) ou até que a fixação da indemnização atenda a danos futuros, isto é, que ainda não se verificaram, mas sob condição de que não sejam previsíveis e determináveis (artigo 564.º, n.º 2) – todavia, o que não pode é existir dever de indemnizar alguém por certa conduta que se teve, quando esse alguém nenhuns prejuízos com ela sofreu nem sofrerá.

prerrogativa, assim encobrendo a violação da sua intenção normativa. Por isso, quer a ilicitude quer o abuso de direito são em si mesmos, substancialmente, actuação sem direito, em carência do direito, mau grado ali se tratar da ultrapassagem dos limites lógico-formais de uma determinada prerrogativa individual e aqui do excesso ou desrespeito dos respectivos limites axiológico-materiais. E se este preciso fundamento permite autonomizar dogmaticamente as duas qualificações jurídicas no âmbito da contraditoriedade a direito, já aquela identidade substancial leva a aceitar a possibilidade de serem as mesmas, no caso concreto, as sanções com que o ordenamento jurídico reprima ou previna o acto ilícito e o acto abusivo. Talvez até para salientar esta conclusão é que, como se viu, haja quem prefira falar a tal propósito, respectivamente, de ilicitude formal e ilicitude material – a diferente adjectivação deixando bem claro tratar-se da mesma realidade substantiva que por ela é qualificada. Por isso também se teve logo oportunidade de pôr em relevo que a autonomia científica dos conceitos de ilicitude e de abuso do direito, assim baseada na diferença dos respectivos fundamentos ou critérios por que foram individualizados, não seria prejudicada por uma presumível convergência de efeitos sancionatórios.

A boa-fé objetiva, vê-se, serve à conformação do ato, a dizer-se quais são os limites deste, diante de uma situação concreta, impondo limites axiológico-materiais à actuação das partes. Esta definição serve, inclusive, a afastar a discussão quanto à necessidade do ânimo de causar dano por parte do agente, eis que a boa-fé objetiva, como princípio incidente nas relações obrigacionais (como nas de outras naturezas, como se viu acima), serve a definir a forma de actuação dos coatores de certa relação. O exercício não condizente com estes limites, que são extraíveis do próprio sistema, vê-se, é abusivo e entende-se culposos, dando ensejo, na hipótese de dano por acção ou omissão, ao dever de indenizar. Nos dizeres do já citado Cunha de Sá (1997, p. 642-644):

Formulado positivamente nos termos por que a lei identifica o acto abusivo, o dever de não abusar traduz-se, quando se exerça o direito de que se é titular, no dever de actuar segundo a boa-fé (e disso são expressa confirmação os artigos 227.º, n.º 1 e 762.º, n.º 2), segundo os bons costumes ou segundo a finalidade económica ou social do mesmo direito – numa palavra, adentro dos limites que para o direito em causa resultam do seu fundamento axiológico. Se há ou se não há dever de exercer o direito e, conseqüentemente se a omissão de exercício é violação deste dever de actuação, é já um problema distinto, sobre o qual me pronunciei no sentido afirmativo, pela razão básica de que, cabendo no uso do direito toda a utilização positiva ou negativa que dele se faça, tanto a comissão ou realização de facto do conteúdo do direito, como a omissão ou abstenção, a omissão de exercício é valorada negativamente em certos casos[...]. Vem isso a significar que ao dano, como pressuposto primário da responsabilidade civil por actos abusivos e a este ligado por termos de causalidade adequada, se haverá de juntar, como requisito igualmente necessário e agora suficiente, a culpa do titular da prerrogativa exercida. Ou, por outras palavras: que a indemnização baseada no abuso do direito tem por equivalente não só o prejuízo a reparar mas também a culpa do lesante.

A boa-fé objetiva, assim, emana diretivas que servem ao balizamento da conduta das partes, como já visto acima. Ela induz, igualmente, vedações a certos comportamentos, as quais servem de referência para a aferição da ocorrência do excesso, do abuso de direito. São os comandos em questão reduzidos aos aforismos *venire contra factum proprium*, *suppressio*, *surrectio* e *tu quoque*, os quais constituem mecanismos de controle de atos que sejam contrários aos padrões socialmente aceitos, de acordo com a ética de dado grupamento social. O comportamento anterior e as expectativas deste oriundas, com efeito, com arrimo nas expectativas que geram, decorrentes da confiança, devem limitar o exercício dos direitos subjetivos.

O *venire contra factum proprium* constitui a proibição de que uma parte aja de forma contraditória, considerado o seu agir anterior. A figura, assim, informa-se do princípio da confiança, notadamente das expectativas que a outra parte cria em função da forma de atuação da contraparte. Veda-se, por conseguinte, que se frustre a confiança da outra parte, pautada em expectativa legítima já criada em razão da relação.

Na mesma esteira, a *suppressio* é a perda de uma faculdade jurídica, em razão do reiterado não exercício de certo direito pela parte, fundando-se igualmente, assim, na expectativa gerada na (ou para a) outra parte em função da conduta anterior, levando-a a, legitimamente, crer que o direito em questão não será mais exercido. A confiança, na hipótese, é mais uma vez o fundamento para a aplicação do instituto, eis que a ausência do exercício de uma certa posição jurídica ou de um certo direito subjetivo induz para esta a expectativa de que o exercício do referido direito ou prerrogativa não mais ocorrerá.

De outro lado, a *surrectio* caracteriza-se pelos comportamentos reiterados de uma parte, que dão ensejo ao nascimento de direitos, que são assim reconhecidos pela ordem jurídica, que lhes confere validade e eficácia.

Já o *tu quoque* é instrumento que veda a uma parte o exercício de direitos frente à outra, enquanto esteja em mora ou inadimplente com seus deveres contratuais ou suas próprias obrigações. Trata-se, também, de atuação do princípio da boa-fé objetiva no sentido de manter a comutatividade e o sinalagma contratual. Embora abarque a *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁴, o que se tem é que ela é

⁴⁴ Constante do art. 476, do CCB.

mais extensa que o referido enunciado, aplicando-se não só ao pagamento⁴⁵ em si e à sua exigência, como também às demais obrigações surgidas no curso da relação.

Para alguns, como Bussata (2008), seria na função defensiva, de controle ou limitadora do exercício dos direitos subjetivos, que se atribui à boa-fé objetiva, que, no Brasil, como em legislações estrangeiras, embasar-se-ia a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial, de maneira a evitar-se o exercício abusivo do direito subjetivo à resolução dos contratos, na hipótese de inadimplemento que se revista de determinadas características⁴⁶. Para outros, entretanto, a fundamentação da aplicabilidade da teoria estaria na função social do contrato.

Conforme Bussata (2008, p. 91-92, referência 58), para Flavio Tartuce e Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a fundamentação da aplicação da teoria do adimplemento substancial estaria na “eficácia interna da função social dos contratos”.

⁴⁵ As três primeiras figuras cuidam da aparência, retirando do comportamento de uma parte consequências para a relação contratual, seja na vedação de mudança daquele mesmo comportamento, do nascimento ou da perda de direitos em razão de conduta da parte no correr da relação contratual. Servem, pois, à tutela de expectativas criadas pela aparência, derivando as mesmas, conseqüentemente, da boa-fé objetiva. Contrariamente, no Código Civil de 1916, tinha-se a aparência derivada da boa-fé subjetiva, na hipótese, por exemplo, do pagamento ao credor putativo (art. 935), quando a boa-fé do devedor que pagou, ali referida, é a subjetiva. Quer dizer o dispositivo a respeito de pagar-se a quem aparentava a condição de credor, sem se saber que ele, em verdade, não o era. Cuida o dispositivo, em suma, do estado de ignorância de quem faz o pagamento, referindo-se a ato que, embora derive de uma relação obrigacional, dá-se fora do âmbito desta relação jurídica, já que o pagamento é feito a terceiro estranho a esta (e não ao efetivo credor).

⁴⁶ Nesse sentido o Enunciado 361, do Conselho da Justiça Federal: “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”.

4 ADIMPLENTO - INADIMPLENTO

Visto que as obrigações e os contratos sofrem influxo de princípios outros que não os que se aplicavam classicamente aos institutos, ainda que a acepção da relação obrigacional não é mais a simples, constituindo processo complexo, tem-se que cumpre ao objeto do presente trabalho, neste ponto, a confrontação das constatações postas com as figuras do adimplemento e do inadimplemento, extraindo-se do cotejo as consequências da nova principologia no tratamento das figuras faladas.

Adimplemento, em conformidade com Orlando Gomes, é sinônimo de pagamento⁴⁷. O autor constata quanto à significação dos referidos termos, pagamento e adimplemento, que “As obrigações nascem para ser cumpridas, mas, no exato momento em que se cumprem, extinguem-se. O adimplemento é, com efeito, o modo natural de extinção de toda relação obrigacional” (2006, p. 105). Antunes Varela, de sua feita, usando pagamento ou cumprimento da obrigação (embora diga que a primeira expressão não é mais a preferida da doutrina), ao invés de adimplemento, afirma que “O cumprimento, dando satisfação ao interesse do credor através do meio predisposto para tal efeito, dá realização plena à obrigação. Constitui, sob esse aspecto, o momento culminante do ciclo vital da relação creditória. E, como a obrigação nasce para ser cumprida, o cumprimento exprime o modo normal de realização do interesse do credor” (1979, p. 01-02).

Considerando-se que, por meio do contrato, as partes obrigam-se a certa prestação e contraprestação, é por meio da realização respectiva de uma e outra, prestação e contraprestação, que as mesmas se libertam daquela relação⁴⁸, em que pesem os efeitos que dela emanem para o futuro, em decorrência da boa-fé objetiva.⁴⁹

⁴⁷ “Para designar o efetivo cumprimento da prestação, o vocabulário jurídico tem diversas expressões: solução, cumprimento, pagamento, execução.

O vocábulo adimplemento expressa melhor a ideia de execução satisfatória, evitando confusão, por não ser palavra corrente na linguagem comum. Por outro lado, o termo inadimplemento emprega-se insubstituívelmente para nomear a falta de cumprimento.” (2006, p. 106).

⁴⁸ Conforme Carlos Maximiliano (1957, p. 433): “Toda obrigação restringe a liberdade; por esse motivo, só prevalece quando provada cumpridamente. *In dubio pro libertate. Libertas omnibus rebus favorabilior est* (GAIO, no Digesto, liv. 50, tít. 17, frag. 122)...”.

⁴⁹ Por exemplo, os deveres de sigilo ou restrições (cláusulas de não competição, *v.g.*) decorrentes de certos negócios, como algumas compras de participação societária ou de estabelecimentos empresariais.

A liberação advinda do pagamento, cumprimento ou adimplemento reclama a observância de certos requisitos como o modo, o lugar e o tempo do adimplemento, também quanto àqueles que devam perceber a prestação e a contraprestação, a quem estas são devidas. O vigente Código Civil disciplina as matérias em vertente, respectivamente, nos arts. 308 a 326 (“Daqueles a quem se deve pagar”), arts. 327 a 330 (“Do lugar do pagamento”) e 331 a 333 (“Do tempo do pagamento”).

Embora constitua o principal modo de extinção das obrigações, o que se tem é que não se trata, o pagamento, da única forma para que isto ocorra. Com efeito, a obrigação pode extinguir-se sem a satisfação do interesse do credor ou sem que a prestação tenha de fato se operado. Neste sentido, têm-se, por exemplo, as hipóteses de prescrição (CCB, art. 206), de remissão (arts. 385 a 393), ou ainda a impossibilidade prestar-se, por fatos alheios à vontade da parte devedora ou não imputáveis a esta (arts. 234, 238 e 248⁵⁰).

Pode ocorrer, também, a satisfação do interesse do credor por via outra que não a do pagamento, como ocorre nas hipóteses de compensação (CCB, arts. 368 a 384), de novação (arts. 360 a 367) e de dação em pagamento (arts. 356 a 367). Nestes casos, embora satisfeito o credor (ou sua pretensão), o devedor não se desincumbe de sua prestação da forma originalmente prevista.

Por fim, a prestação pode ocorrer sem que com isto fique satisfeito o credor, como acontece nas hipóteses de consignação em pagamento (CCB, arts. 334 a 345), quando o credor recuse o recebimento ou o levantamento da prestação consignada⁵¹.

Fato é que o pagamento possui, nos dizeres de Varela (1979, p. 3), dois elementos que o distinguem das demais modalidades de extinção das obrigações: “a observância do dever de prestar, por um lado; e a satisfação do interesse do credor, por outro”. Assim, a realização da prestação devida não por ato de vontade, mas por

⁵⁰ No mesmo sentido vem a norma do art. 393, do digesto civil.

⁵¹ Para Orlando Gomes (2006, p. 135), são modalidades de pagamento a dação em pagamento, o pagamento em consignação e o pagamento com sub-rogação. O autor, que explica detidamente haver confusão entre a extinção da relação obrigacional e a extinção do crédito (p. 143-144) – em decorrência dos diferentes empregos do vocábulo “obrigação” –, aponta que os italianos dividem as formas de extinção do crédito (obrigação), em satisfatórias e não-satisfatórias, sendo os modos satisfatórios aqueles em que o autor recebe a prestação, direta (pagamento) ou indiretamente. Cita o autor, ainda, como casos de extinção do crédito a morte do alimentando, no que concerne ao débito alimentar (no que coincidem a extinção do crédito e da relação obrigacional), a impossibilidade superveniente, a decadência ou caducidade e a perda de interesse do credor (que, embora raro, pode ocorrer, notadamente no que concerne a obrigações atinentes à liberdade do devedor – como no caso das cláusulas restritivas de direito ao exercício de alguma atividade, já figurada).

ato judicial (em processo de execução), não equivale ao pagamento, embora também redunde no cumprimento da obrigação.

Enfim, o implemento da obrigação induz, sempre, o cumprimento desta, a extinção da mesma e a liberação da parte devedora com relação ao titular do crédito, ainda que ele seja feito por terceiro⁵². Mas o implemento que destoe da obrigação assumida, em qualquer dos aspectos elencados (notadamente quanto ao tempo, lugar ou modo), dá ensejo, no geral e excetuadas as hipóteses legais, a consequências jurídicas, de que se ocupa a legislação civil.

Com efeito, o adimplemento reclama, como visto, a observância de todas as condições constitutivas do pagamento (tempo, lugar, modo), que Orlando Gomes - dizendo que o pagamento tem, ademais, dois pressupostos que são “o vínculo obrigacional” (legal ou contratual) e “a satisfação exata da prestação” - assim desdobra (GOMES, 2006, p.113):

- a) quem deve pagar;
- b) quem pode pagar;
- c) a quem se deve pagar;
- d) a quem se pode pagar;
- e) quando se deve pagar;
- f) a quem incumbem as despesas do pagamento.

A inobservância das referidas condições constitutivas do pagamento, como falado, dá ensejo a consequências previstas pelo próprio ordenamento jurídico. Entretanto, uma melhor compreensão da questão reclama exposição dos princípios que informam o cumprimento ou adimplemento.

Segundo Bussatta (2008, p. 21 et seq.), os princípios que informam o pagamento são os da boa-fé, da correspondência, da identidade ou pontualidade, da integralidade e da concretização. Antunes Varela (1979, p. 7-15), de seu turno, diz incidentes os princípios da boa-fé objetiva e da pontualidade (“regra da pontualidade”), este último desdobrado nas regras de que “só a prestação desonera o obrigado”, de que é necessário o “cumprimento integral da prestação” e de “exclusão do benefício *competentiae*”⁵³.

⁵² Embora, no caso, ocorra a sub-rogação, na forma dos arts. 304 et seq., do CCB.

⁵³ O autor esclarece, abstraindo da hipótese legal da concordata (vigente ao tempo da obra), que o fato de a prestação reduzir o devedor à miséria não pode servir como justificativa para o não implemento da obrigação.

Já Orlando Gomes (2006, p. 108-109) prefere falar apenas nos deveres de probidade e boa-fé, aplicáveis ao pagamento, reduzindo o que seriam os demais princípios, pelos demais autores acima apontados, a regras incidentes no adimplemento.

Sem prejuízo à discussão ou à operação prática da espécie, analisar-se-ão aqui os princípios incidentes no pagamento, tal qual propõe Eduardo Luiz Bussatta. Tratados como regras ou princípios informadores, afinal, os deveres que cercam a espécie acabam sendo os mesmos, não destoando, por fim, as análises feitas pelos diferentes doutrinadores citados.

O primeiro dos princípios é o da boa-fé. Conforme Varela (1979, p. 13), o Direito português tem regra expressa acerca da aplicação do princípio em questão ao pagamento, revelando-se mais amplo que o § 242, do BGB alemão (*Treu und Glauben*)⁵⁴. Já o Direito pátrio traz expressa a regra – art. 422 – de que o princípio falado, como a regra da probidade, aplica-se durante todo o iter obrigacional, da conclusão do contrato, englobadas as tratativas, à sua execução.

A extensão do princípio da boa-fé foi tratada de forma mais detida acima e voltar-se-á à questão mais abaixo. No que concerne especificamente ao adimplemento, tem-se que, nos casos concretos, podem incidir deveres laterais, exigíveis de parte a parte, por credor e devedor, que induzam por exemplo deveres de prestação para o devedor, para que ele efetivamente satisfaça a pretensão do credor (o crédito), bem como outros, para o credor, de maneira a não onerar excessivamente o devedor, sempre em decorrência do norte de colaboração (lealdade) que decorre da boa-fé objetiva, mas sem prejudicar, em essência, aquilo que foi contratado⁵⁵. Afinal, a legislação civil confere plena eficácia às declarações de vontade e vinculatividade a estas, conforme o art. 110, do CCB⁵⁶, as quais, em que pese admitam prova em contrário (como deflui do próprio texto do art. 110, bem

⁵⁴ A referência é anterior à reforma legislativa de 2001.

⁵⁵ Comentando o Código Civil português, notadamente o dispositivo referido, Antunes Varela (1979, p. 13), neste sentido, assevera que: “O apelo aos princípios da boa fé, feito nos termos amplos que constam do art. 762.º, 2, não envolve uma remissão para os critérios casuísticos, para o sentimento de equidade ou para o prudente arbítrio do julgador. Do que se trata é de apurar, dentro do contexto da lei ou da convenção donde emerge a obrigação, os critérios gerais objectivos decorrentes do dever de leal cooperação das partes, na realização cabal do interesse do credor com menor sacrifício possível dos interesses do devedor, para resolução de qualquer dúvida que fundadamente se levante, quer seja acerca dos deveres de prestação (forma, lugar, prazo, objecto, etc.), quer seja a propósito dos deveres acessórios de conduta de uma ou outras partes”.

⁵⁶ “A manifestação de vontade subsiste ainda que seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

como das disposições acerca do erro – arts. 138 e ss. –, do dolo – arts. 145 e ss. –, da coação – arts. 145 e ss. –, do estado de perigo – art. 156 -, da lesão – arts. 157 e ss.) e interpretação, apenas em alguns casos e sob certas circunstâncias podem ser revistas, como se vê dos arts. 478 a 480, do Código Civil.

Ressalvando-se o acima afirmado acerca da essência do que foi contratado, colhe-se de Bussatta (2008, p. 22)⁵⁷:

Não basta que as partes cumpram somente com aquilo que foi previsto no modelo obrigacional. Tratando-se de uma relação de colaboração social, como é a obrigação, é exigível que se portem de acordo com os padrões de lisura, ética, honestidade e probidade socialmente aceitos, tendo em vista que ‘a satisfação plena do interesse do credor, que constitui o fim da obrigação, depende em larga medida da lisura e da correção com que o devedor realiza a prestação’.

Serve, então, a boa-fé objetiva como via de oxigenação da obrigação, por permitir que esta seja permeada por valores relevantes do sistema e essenciais para a exata satisfação dos interesses envolvidos, aumentando o seu conteúdo, ou mesmo restringindo-o, de acordo com o caso concreto, o que a afasta do mero cumprimento formal e desinteressante do restrito conteúdo estabelecido.

No que concerne ao princípio da correspondência, identidade ou pontualidade, o que se tem é que o mesmo reza dever haver uma correspondência entre o dever-ser do contrato e o que efetivamente é prestado pelo devedor, o ser. O adimplemento, repita-se, é o pagamento da forma ajustada no contrato, ou seja, observando-se os critérios elencados quanto ao modo, o lugar e o tempo. Como assevera Bussata (2008, p. 23), a doutrina comumente discorre, quando do tratamento do princípio em referência, acerca de identidade e pontualidade; entretanto, o conceito vai além disso, pois, como assevera Inocêncio Telles (1997, p. 222), ela, a pontualidade, “Significa que a obrigação deve ser executada nos

⁵⁷ Ainda, Orlando Gomes (2006, p. 108) afirma que “A expressão boa-fé não tem, no particular, o sentido em que é usada no Direito das Coisas. Agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto no cumprimento da obrigação. Não é fácil caracterizar o comportamento. Ao se prescrever que as partes de uma relação obrigacional oriunda de contrato precisam proceder de boa-fé, quer dizer que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante. O devedor há de ajustar sua conduta ao tipo abstrato presumido pela lei à base dos ‘princípios da correção interindividual’ que se refletem amplamente na consciência comum.

A execução de boa-fé refere-se: a) ao fim e às razões que costumam determinar a formação da obrigação contraída; b) à interpretação das palavras empregadas para a formação das obrigações; c) ao correto equilíbrio entre os interesses divergentes dos sujeitos da relação obrigacional. Entende-se, finalmente, que o devedor obriga-se não somente, pelo que está expresso no contrato, mas, também, por todas as consequências que, segundo os usos, a lei e a equidade, derivam dele”.

precisos termos em que está constituída”, sendo certo que, nos dizeres de Judith Martins-Costa⁵⁸:

O princípio da correspondência diz respeito à proposição segundo a qual o comportamento devido deve reproduzir, qualitativamente, o figurino de comportamento dado pelo binômio ‘direito a prestação – dever de prestar’. Na nossa doutrina vem comumente expresso pelas denominações ‘identidade’ e ‘pontualidade’. Porém, nessa última acepção é preciso atenção: não se pode limitar pontualidade ao tempo da prestação.

Já o princípio da integralidade diz respeito a que o pagamento deve ser feito de uma só vez, sendo indivisível, caso de outra forma não tenham ajustado as partes. Conforme Telles (1997, p. 223), “O cumprimento reveste caráter indivisível, ainda que a prestação seja, em si, divisível”.

O princípio em questão, que é elástico do anteriormente cuidado, induz inclusive o direito do devedor de efetivar a prestação por inteiro, ainda que o credor assim não o deseje, de acordo com a norma contida na parte final, do art. 314, do Código Civil⁵⁹.

Em que pese defenderem alguns autores⁶⁰ a ideia de que, no que concerne às obrigações em geral, não seria dado ao credor, com arrimo na boa-fé objetiva, recusar-se ao recebimento parcial do crédito, desde que isto não redunde em prejuízos para ele, o que se tem é que, de acordo com o dispositivo do citado art. 314, do CCB, isto não se sustenta. Em verdade, o que se tem é que o dispositivo em vertente carrega regra geral do direito das obrigações, que reflete o princípio acima referido, a qual (regra) é excepcionada apenas pela do art. 902, § 1º, do Código Civil, que diz que o credor de título de crédito não pode recusar-se a, no vencimento, receber parte do valor devido. O dispositivo citado, vê-se, cuida de hipótese específica, excetuando a regra geral que preside o direito das obrigações⁶¹, tendo em vista as peculiaridades que regem a espécie cambiária, notadamente no que concerne aos coobrigados em título de crédito.

⁵⁸ Comentários ao novo Código Civil, v. 5, t. 1, Rio de Janeiro:Forense, p. 95, *apud* Bussata, (2008, p. 23).

⁵⁹ “Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou”.

⁶⁰ Entre os quais (BUSSATA, 2008, p. 24).

⁶¹ Conforme Tepedino, Gustavo et al, em Código Civil interpretado, conforme a Constituição da República, v. II, Rio de Janeiro:Renovar, 2006, p. 779, comentando o art. 902, do CCB, “Difere esta regra do direito civil que dispõe não ser o credor obrigado a receber o pagamento parcial se assim não se ajustou (art. 314)”.

A confirmar ainda a referida regra geral, infere-se que o Código Civil prevê, por exemplo quanto às dívidas em dinheiro, que estas deverão ser pagas no vencimento, por seu valor nominal e em moeda corrente, dizendo expressamente, em seu art. 313, que nem a coisa mais valiosa pode ser entregue pelo devedor ao credor, se diferente da contratada⁶². Há, nestes dispositivos e em outras regras do Código, com efeito, evidente preocupação com a preservação da função essencial dos contratos, que é o tráfico jurídico, conferindo-se segurança às partes no que concerne aos efeitos do ajuste. Esta segurança, evidentemente, é vontade do sistema de Direito Privado pátrio (também do Público), sendo a boa-fé objetiva, diga-se, expressão disto, como forma de assegurar a ambas (ou todas) as partes de uma avença, por meio da imposição do respeito à confiança e da criação de deveres acessórios, a consecução dos fins dos ajustes que elas integrem. Quanto ao tema, cite-se, por oportuno, Daniel Sica da Cunha⁶³:

Justamente para coadunar os princípios da ordem pública econômica o contrato deve revestir-se de força obrigatória. Assim não fosse, esvaziar-se-ia em letra morta e contribuiria para produção de entraves às relações sociais e econômicas. A força obrigatória do pactuado fomenta a confiança, o que cria um ambiente social propício ao desenvolvimento do comércio e promove, em uma era de incertezas, um mínimo de segurança jurídica.

De outro lado, o princípio da concretização é, segundo Cordeiro (1986, p. 187), aquele que “reúne o conjunto de parâmetros necessários para transmudar o teórico comportamento devido, previsto na obrigação, numa atitude concreta, real e efetiva”. Bussata (2008, p. 25) ao discorrer brevemente sobre este princípio, afirma que ele tem natureza complementar aos demais, já elencados, gozando de aplicabilidade em especial no que concerne às obrigações de cunho complexo, ou às relações obrigacionais complexas.

As regras e princípios definidos para as obrigações e os contratos servem a que estes alcancem o seu objetivo finalístico, que é definido não só pelas partes, mas também pela lei (fonte mediata), o qual consiste no efetivo adimplemento, pagamento ou cumprimento das obrigações assumidas de parte a parte, a tempo e modo. Quando inobservadas pelas partes as regras ou os princípios em questão, seja

⁶² Também nas obrigações alternativas, não pode o credor ser constrangido ao recebimento parcial de uma e de outra coisas sobre as quais poderia dar-se a opção, como resulta da regra do art. 252, do CCB..

⁶³ A nova força obrigatória dos contratos, *In* MARQUES, (2007, p. 251).

por razões de cunho interno ou externo ao contrato, isto redundará na inexecução do ajuste, inexecução esta que pode ser absoluta, relativa ou referir-se a deveres incidentes na relação, acessórios, decorrentes da boa-fé.

No Direito pátrio dá-se ao descumprimento do contrato, a teor do Título IV, do Livro I, de sua Parte Especial, o nome de inadimplemento, espécie esta que, apesar do título que lhe é dedicado no Código, que se estende do art. 389 a 420, encontra regramento em outros pontos do digesto civil, especificamente quando este cuida de cada uma das espécies de obrigações (obrigações de dar coisa certa – arts. 233 a 242 -, obrigações de dar coisa incerta – arts. 243 a 246 -, obrigações de fazer – arts. 247 a 249 -, obrigações de não fazer – arts. 250 e 251 -, e obrigações alternativas – arts. 252 a 256)⁶⁴. No Título V, do Livro I, de sua Parte Especial, cuidando especificamente dos contratos, o Código Civil carrega várias outras disposições concernentes ao inadimplemento e seus efeitos, tais como os preceitos a respeito dos vícios redibitórios (arts. 441 a 446), da resolução contratual (arts. 474 e 475) e da “exceção de contrato não cumprido” (notadamente a disposição do art. 476, do *Codex*).

Dito isto, tem-se que cabe a conceituação do inadimplemento, para seguir-se verificando suas diferentes espécies, identificadas pela doutrina.

Inadimplemento é, à primeira vista, a não execução ou descumprimento da obrigação, da prestação em que esta se traduz, imputável ao devedor. Apontando para a conclusão acima, Jorge Cesa Ferreira da Silva (2007, p. 30 et seq.) afirma que, por parecer “auto-evidente”, o conceito de inadimplemento não desperta maior atenção de doutrinadores, que não se dedicam, assim, a seu estudo e devida compreensão. A conceituação e compreensão, entretanto, são fundamentais

⁶⁴ Sobre isto, Jorge Cesa Ferreira da Silva constata (Inadimplemento das obrigações, p. 29-30): “O Título IV, do Livro I, da Parte Especial, do Código Civil dedica-se, aparentemente, à regulação do descumprimento obrigacional em sentido geral. Observados os textos que o compõem, porém, constata-se que esse novo Título – o Código Civil de 1916 não possuía tópico assim intitulado – destina-se muito mais ao regramento da responsabilidade civil (e, mais diretamente, à responsabilidade civil negocial) do que a reunir, sob uma mesma rubrica, disposições estruturantes do inadimplemento, ou mesmo a totalidade do regramento de sua ocorrência, no que seguiu o desenho do Código anterior (cf. ALVIM, 1955. p. 9). De fato, normas sobre o descumprimento obrigacional se encontram nas modalidades das obrigações e no capítulo dedicado aos contratos. Aqui, por sua vez, encontram-se disposições que, em grande medida, abordam alguns dos efeitos do inadimplemento.

A medida legislativa, aliás, não é de estranhar-se. Seguindo-se a lógica que orientou os trabalhos da Comissão responsável pelo Anteprojeto, pela qual deveria ser mínima a intervenção nos regramentos já consolidados, o Título acabou por reunir preceitos sobre ou ligados ao inadimplemento, sem pretensão de integralidade temática, pois uma regulamentação do todo redundaria necessariamente na alteração de outras tantas disposições, sobretudo no tocante às modalidades das obrigações.”

“capitais”) para a teoria da relação obrigacional, em especial na sua acepção complexa. Aduz o autor, neste sentido, que a conceituação normalmente encontrada na doutrina⁶⁵ é insatisfatória, já que “não-realização da obrigação” reclama remessa do intérprete ao conceito de obrigação adotado, que pode ser mais ou menos abrangente, ao passo que a menção apenas ao não cumprimento da prestação deixa de lado a noção de deveres laterais ou acessórios. Assim, o autor, considerando a acepção complexa da relação obrigacional e ainda os deveres decorrentes dos princípios nela incidentes (notadamente da boa-fé objetiva, com todas as suas emanações), sugere (2007, p. 31) que, em termos amplos, o inadimplemento deve ser tomado como “o não-cumprimento ou inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional”, dizendo ser importante esta compreensão, eis que os regimes da responsabilidade contratual e aquiliana (extracontratual) são distintos. A não observância de deveres inerentes ao contrato, nos dizeres do autor, induz descumprimento e a responsabilidade contratual, assim o sendo, pois, com os deveres laterais ou acessórios, ao passo que o descumprimento de obrigações que não tenham origem em contrato tem regime distinto, de responsabilidade extracontratual.

Assim, não se pode descartar, especialmente para fins didáticos, o conceito sintético de inadimplemento, atinente ao descumprimento de, apenas, uma prestação em si considerada, levando-se em conta em especial o sentido finalístico que têm as obrigações e os contratos. Entretanto, na moderna acepção de relação obrigacional, a observância dos chamados deveres laterais ou acessórios, resultantes do contrato, deve ser considerada para a completa compreensão da extensão do “inadimplemento”.

O inadimplemento difere do mero descumprimento de um dever jurídico, eis que, embora seja sim descumprimento de dever, refere-se não à inobservância de um dever geral (imposto a todos ou a um determinado grupamento), mas de uma obrigação que tem origem em relação obrigacional pré-existente, que deve ser válida e carregar uma conduta (obrigação) exigível, seja ela de dar, de fazer ou de não fazer. Igualmente, deve-se entender que o descumprimento de obrigações oriundas

⁶⁵ E ele (2007, p. 30) cita, nesse sentido, a noção de simples não-realização da obrigação, aceita por Orlando Gomes, Silvio Rodrigues e Arnoldo Wald, ainda a não-realização da prestação devida, de que cuida Caio Mario da Silva Pereira.

de contratos, embora se sujeite também ao regime das obrigações em geral, tem especificidades, definidas no próprio Código Civil⁶⁶.

São várias as classificações do inadimplemento. Conforme o autor citado, a primeira delas diz respeito a dever-se ou não o inadimplemento a ato do devedor, dizendo-se o mesmo subjetivo quando decorra de ato daquele e objetivo o que independa deste. Diz-se objetivo, por exemplo, o inadimplemento que tenha como causa eventos da natureza. Já o inadimplemento subjetivo decorre, normalmente (por presunção), de culpa do devedor.

Difere o inadimplemento objetivo do subjetivo em especial no que concerne às respectivas consequências. O inadimplemento subjetivo, nesse sentido, conduz normalmente à responsabilidade civil (subjetiva), ao passo que o objetivo dá ensejo, em certos casos, à responsabilidade civil (objetiva) do contratante⁶⁷, bem como a outras situações decorrentes da impossibilidade de prestação sem culpa do devedor, conforme se tenha estipulado em contrato (divisão dos riscos do contrato, pelas partes).

Tal impossibilidade poderá ser total ou parcial, ocorrendo a extinção do vínculo, com o retorno das partes a seu estado pretérito, no primeiro caso. Na segunda hipótese, sendo parcial a impossibilidade, abre-se ao credor a possibilidade de decidir-se pela manutenção do negócio, com sua adequação à situação de fato que se apresenta.

Uma segunda classificação do inadimplemento diz respeito à satisfação, ou não, do interesse do credor. Há, com efeito, casos em que, em que pese o devedor não tenha realizado a prestação, ocorre a satisfação ao credor. Silva (2007, p. 34) cita como exemplos de satisfação dos interesses do credor, a despeito de o devedor não realizar a prestação, as hipóteses em que um terceiro cumpre a obrigação, prestando no lugar daquele, ainda aquela em que, *v. g.*, contratado um rebocador para desencilhar um navio, este se desencilha por si, também o caso do paciente que, antes de ser operado, cura-se, por fim os casos de execuções forçadas e exitosas, contra o devedor.

A terceira classificação do inadimplemento, sempre com base na obra do autor citado, concerne ao interesse jurídico violado, dizendo respeito à violação dos

⁶⁶ O autor cita como exemplo (2007, p. 33) os dispositivos que trazem a exceção do contrato não cumprido, o vencimento antecipado e a resolução contratual.

⁶⁷ Como no regime do Código de Defesa do Consumidor.

interesses das partes na prestação ou dos interesses de proteção daquelas. Na hipótese de não atendimento aos interesses na prestação, ocorre o inadimplemento absoluto ou a mora. Já no caso de violação dos interesses de proteção, tem-se a violação positiva do contrato, expressão esta cunhada por Staub (MARTINS, 2008, p. 251-289).

O inadimplemento absoluto⁶⁸ ocorre quando se torna objetivamente impossível a prestação; quando fatos supervenientes tornam inexigível a prestação; também quando, não realizada a prestação pelo devedor embora ainda possível objetivamente a sua realização, o credor perde o interesse em que isto ocorra.

A impossibilidade de prestação pode decorrer tanto de questões de ordem física (a coisa que deveria ser entregue perece, por exemplo), como de ordem jurídica. As questões de ordem física envolvem não só o perecimento da coisa, mas a exigência de esforços desproporcionais, exagerados em face das circunstâncias concretas⁶⁹. A impossibilidade pode ser originária, ou seja, anterior ou contemporânea ao vínculo, hipótese em que se tem o negócio como inválido (Código Civil, art. 166, II⁷⁰), ou ainda superveniente, posterior ao vínculo.

As regras atinentes à impossibilidade não se encontram no Título IV, do Livro I, da Parte Especial do CCB, mas nas normas que cuidam das espécies de obrigações, constantes do Título I do mesmo livro. Delas, colhe-se que a impossibilidade superveniente pode ser imputável ou não ao devedor, com regimes distintos, conforme o caso.

A impossibilidade de prestação que seja imputável ao devedor abre para o credor duas opções: ele pode optar pela manutenção do vínculo, com a percepção de indenização substitutiva da prestação, mais perdas e danos, ou resolver o contrato, recebendo de volta o que havia prestado, mais as perdas e danos.

⁶⁸ A que Varela (1977, p. 56) prefere designar não-cumprimento definitivo ou inadimplência definitiva.

⁶⁹ Jorge Cesa Ferreira da Silva cita o exemplo de um anel que devesse ser entregue a alguém e que tenha caído no oceano.

⁷⁰ Conforme Jorge Cesa Ferreira da Silva, o Direito alemão, contrariamente ao pátrio, considera ambas as hipóteses, de impossibilidade originária ou superveniente, como casos de inadimplemento, pois em ambas os interesses do credor não são realizados (BGB, § 275), dando ensejo, a impossibilidade originária, à chamada responsabilidade pré-contratual, aplicável à parte que tinha ciência prévia da impossibilidade. O mesmo autor, à p. 39, da obra acima citada, aponta para o fato de que não é qualquer dificuldade que libera o devedor. Transcreva-se, neste sentido: “Há que se ter o cuidado de não confundir impossibilidade relativa, ou subjetiva, com a dificuldade subjetiva para o cumprimento, mesmo que elevada. Ao contrário da impossibilidade subjetiva, a dificuldade não liberará o devedor, sendo outros os efeitos a ela conectados (mora, revisão judicial etc.). Essa distinção, porém, não pode ser realizada de modo abstrato, exigindo a análise do caso concreto, pois a extrema dificuldade poderá ser caracterizada como impossibilidade diante das circunstâncias específicas”.

Já no caso de a impossibilidade superveniente ser inimputável ao devedor – nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, fato do príncipe ou do credor - tem-se que ela, impossibilidade, libera aquele da prestação em si. Deve-se analisar, então, em sendo contratual a relação entre as partes, qual delas assumiu os riscos do negócio, da superveniência de fatos que impossibilitassem a prestação ou a fizessem desproporcionalmente (extremamente) difícil.

É certo que a impossibilidade dita absoluta, quando ninguém pode prestar a obrigação devida, libera o devedor. Discute-se, entretanto, se também a impossibilidade relativa (subjektivamente), ou seja, aquela que diga respeito somente à pessoa do devedor, teria igualmente este condão. Não havendo disposição expressa acerca do tema na legislação civil, cabe recorrer à analogia para a solução da questão, em especial no que se refere às relações regidas pelo Código Civil.

E, com base no disposto no art. 396, com respeito à mora, instituto no qual o elemento subjetivo, a culpa do devedor⁷¹, deve estar presente para a sua configuração, chega-se à conclusão de serem iguais os regimes da impossibilidade absoluta e da relativa. Ainda, não há, no regramento da impossibilidade, qualquer distinção entre a que seja absoluta e a apenas relativa, decorrendo disto igualarem-se os regimes de ambas.

Cabe a ressalva, apenas, para o fato de que, no que concerne às relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a impossibilidade não tem o condão de liberar o fornecedor, eis que, no universo deste microsistema, vigora a responsabilidade civil independente da culpa, responsabilidade objetiva. Assim, tiradas as hipóteses em que o fornecedor libera-se da responsabilidade, elencadas nos dispositivos pertinentes do CDC, tem-se que cumpre a ele indenizar ao consumidor na hipótese de impossibilidade.

Ainda quanto à impossibilidade, esta pode ser definitiva, quando, se inimputável, extinguirá o vínculo, modificando-o (exigindo-se a prestação, mais perdas e danos) ou resolvendo-o, se imputável, ou, ainda, temporária (vedação de prática de certos atos, por certo período, v.g.). Quando temporária a impossibilidade, deixa de ser exigível a prestação, até que ela possa ocorrer, desde que permaneça o interesse do credor na prestação (senão, extingue-se também o vínculo).

⁷¹ Como resulta do aforismo *mora est dilatio culpa non carens debiti solvendi, vel credito accipiendi*.

A impossibilidade poderá ser, ainda, total ou parcial, certo que, na ocorrência da última figura, abrem-se ao credor – arts. 235 e 236, do CCB – opções de enjeitar a prestação ou de recebê-la com desconto, conforme o regramento da deterioração. Se a deterioração for imputável ao devedor, soma-se às opções acima, a ser exercitadas pelo credor, a de cobrar perdas e danos.

As regras quanto à impossibilidade parcial referem-se tanto aos casos de diferenças quantitativas como aos de diferença qualitativa. Entretanto, no que concerne às diferenças qualitativas, as regras acerca dos vícios ainda delimitam a questão. Sendo oculto o vício e comutativo o contrato, afastam-se, pois, as regras da impossibilidade parcial, aplicando-se aquelas estatuídas nos arts. 441 a 446, do CCB.

No regime das relações de consumo, por outro lado, tendo-se em vista os dispositivos dos arts. 18 e 20, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o tratamento é o mesmo no que concerne aos vícios de qualidade ou quantidade, com a peculiaridade da objetivação da responsabilidade do fornecedor.

Fala-se ainda, referindo-se ao incumprimento parcial, em cumprimento (adimplemento) ruim ou defeituoso, referindo-se a defeitos de gênero e forma.

A inexigibilidade, diferentemente do que ocorre com a impossibilidade (embora esta seja tratada como “impossibilidade econômica”), pressupõe que a prestação contratada mantenha-se possível. Entretanto, terão ocorrido circunstâncias que tornarão inexigível a prestação ao devedor, embora mantido o interesse do credor em recebê-la. A inexigibilidade dá-se em razão da excessiva onerosidade da prestação. Impõe-se, na ocorrência da inexigibilidade, então, a revisão do negócio (arts. 317 e 478 a 480, do CCB), adequando-se o pacto, ainda que judicialmente, às novas circunstâncias. Apenas na hipótese de impossibilidade de restabelecimento do equilíbrio contratual é que se terá como impossível a manutenção do vínculo, hipótese em que se aplicarão à espécie as regras pertinentes à impossibilidade.

Outra espécie de incumprimento denomina-se mora. Esta é, nos dizeres do art. 394 e seguintes, do CCB, seja por parte do devedor ou do credor, o não cumprimento da obrigação, ou seu não recebimento, no tempo, lugar e forma convencionados, devidos, seja de acordo com a lei ou com o contrato. Denominam-se, respectivamente, a mora do devedor e a do credor, mora *debendi* ou mora *solvendi* e mora *credendi* ou *accipiendi*. Em ambos os casos observa-se um

incumprimento da obrigação, ou ainda um cumprimento imperfeito (quando o modo ou o lugar não seja observado pelo devedor), que é injustificado, referindo-se o incumprimento, no que concerne ao devedor, ao ato de prestar, ao passo que, no que diz respeito ao credor, liga-se ao ato de receber, da forma, no lugar e ao tempo convencionados ou impostos para a prestação⁷².

Jorge Cesa Ferreira da Silva (2007, p. 71) alerta, entretanto, que o cumprimento da prestação em lugar ou de modo diferente do devido nem sempre dará ensejo à mora, podendo ocorrer diretamente uma hipótese de inadimplemento. A menção do art. 394 ao lugar e ao modo, contrariamente ao que ocorre com o § 286, do BGB, tem a virtude do entendimento no sentido de que, o que importa na distinção entre as figuras do inadimplemento e da mora, é a manutenção do interesse do credor na prestação.

O elemento essencial da mora, no que toca ao devedor, é a culpa, como deflui do disposto no art. 396, do CCB. Nos dizeres de Optiz (1966, p. 13), citando Orosimbo Nonato, “É da sua essência o elemento culpa, pelo menos na *solvendi*, onde é expresso que ‘não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre esse em mora’. A demora é o elemento objetivo da mora, comum tanto na mora “*solvendi*” como na mora “*accipiendi*”. Se a ela se inumera o elemento subjetivo, vale dizer a culpa do devedor ou a descontribuição do credor nas providências que lhe cabem no pagamento, estará completa e perfeita a figura jurídica da mora”. No que concerne ao credor, entretanto, a culpa não é elemento essencial para a sua (da mora) configuração, que se distingue, assim, da mora do devedor. A mora do devedor, com efeito, reclamando culpa, dá ensejo, cumuladamente, aos regimes definidos no art. 395, 399 e 402 *et seq.*, ao passo que a mora do credor acarretará, independentemente de culpa, as consequências do art. 400, demandando a apuração subjetiva a sua eventual responsabilização por perdas e danos (responsabilização civil).

É certo que o devedor sujeita-se a uma série de ônus em função da obrigação que contrai, tendo o direito, pois, de liberar-se, efetivando-a. Ocorre a mora do credor quando este impede ou dificulta esta liberação. Observe-se, entretanto, que nem sempre é necessária a concorrência ou colaboração do credor para o

⁷² Como ensina Optiz (1966, p. 18), o Código Civil de 1916 cometia erro técnico ao cuidar de mora na hipótese de obrigações negativas, por meio de seu art. 961. Se alguém deve abster-se de um ato, com efeito, ao desempenhá-lo, está inadimplindo a obrigação.

implemento da obrigação do devedor; na maior parte das obrigações negativas, por exemplo, esta é desnecessária, como o é no caso de um pagamento que deva ser feito a terceiro ou por meio de depósito bancário. Nestas hipóteses, não há possibilidade de mora do credor.

Quando um ato do credor, por outro lado, impossibilite a prestação, este incorre em mora, sem que deixe, de toda forma, de ter o direito à prestação, excetuando-se entretanto as hipóteses em que a prestação não mais possa ocorrer (casos de espetáculos musicais a que o credor deixe de ir, por exemplo), quando então se extinguirá o vínculo, sem maiores consequências para o devedor, conforme o art. 400, do CCB. Esta norma, aliás, deixa clara a intenção de que, pela mora do credor, não sofra quaisquer encargos ou riscos o devedor, que só responde, então, por atos próprios e dolosos.

Note-se, quanto ao instituto da mora, que, para que aquela se configure no que toca ao credor, é necessário, no mais das vezes, que o devedor inicie o pagamento, o que é dito, por alguns, oferta, também conhecida pela locução *oblatio*. Então, se a oferta estiver em conformidade com a prestação devida, e o credor deixar de colaborar no que lhe é cabível para a prestação, verificar-se-á a mora dele, a qual pode ser elidida, de toda forma, com a demonstração de que o devedor, em verdade, embora tenha se colocado pronto a pagar, não poderia fazê-lo. Ocorrerá, então, reversão da hipótese, configurando-se a mora do devedor.

É importante salientar neste ponto que, quando o credor enjeita a prestação, nos moldes legais e por desconformidade desta com a prestação devida, portanto por justo motivo, não se tem hipótese de mora, aplicando-se analogicamente ao caso o disposto no art. 335, I, do CCB. O mesmo ocorre quando o tempo da obrigação possa ser estabelecido pelo próprio devedor, na hipótese do art. 331, do CCB, por exemplo, quando este não pré-avise o credor e pretenda efetivar a prestação em momento que para aquele seja inoportuno.

A mora do devedor, por outro lado, decorre, conforme o art. 397, do CCB, do não cumprimento da prestação, positiva e líquida, em seu termo, quando este (termo) exista, ou, nas hipóteses de obrigação sem termo, a partir de sua interpelação, conforme a regra do § único, do artigo citado. Apenas, cabe a ressalva de que, em razão do dever de cooperação, decorrente da boa-fé objetiva, a interpelação deverá fixar ao devedor, nos casos de prestações mais complexas,

prazo suficiente para o implemento, considerada a natureza da obrigação e as circunstâncias do caso concreto.

A mora distingue-se do mero atraso, sendo um “atraso qualificado”, dependendo de outros elementos para a sua configuração (entre estes, Jorge Cesa Ferreira da Silva - 2007, p. 73 – cita, em alguns casos e conforme acima delineado, a interpelação do devedor, em outros, a liquidez da dívida). Seus efeitos vêm regulados, respectivamente, no que toca à mora do devedor, no art. 395, do CCB, e, no que concerne à do credor, no art. 400, do mesmo diploma. As diferenças em seus efeitos, em razão de suas peculiaridades, foram acima mencionadas. O que é certo é que a mora acarreta uma mudança no regime da obrigação. Em que pese não ocorra a extinção daquela, que é mantida, agregam-se ao dever de prestar outros deveres para as partes, em função da configuração da mora, como o dever de indenizar, limitado pelo tempo pelo qual perdure a situação.

A mora pode acarretar o inadimplemento (absoluto) da obrigação, quando ocorra a perda do interesse do credor na percepção da prestação. Apesar disto, a doutrina caracteriza-a (a mora) como inexecução relativa⁷³, contrapondo-se à absoluta, a qual ocorre quando não se tem mais como prestar, por razões objetivas ou subjetivas. E é importante constatar, como o faz Arnold Wald, citado por Jorge Cesa Ferreira da Silva (2007, p. 86), que não só a mora, como também a demora, pode fazer desaparecer o interesse do credor em perceber a prestação, evoluindo esta última, também, para o inadimplemento absoluto, em que pese suas consequências, diante da ausência do elemento subjetivo por parte do devedor, sejam distintas.

Por fim, tendo-se falado acima a respeito do surgimento de deveres para as partes contratuais, decorrentes da necessidade de que o contrato chegue a bom termo, com o cumprimento das respectivas obrigações daquelas, servindo a configurá-los (os deveres) a boa-fé objetiva, cumpre aqui, ainda, examinar os efeitos do fato, no curso da relação contratual.

Segundo autorizada doutrina, citando-se aqui Raphael Manhães Martins e Jorge Cesa Ferreira da Silva nas respectivas obras já referidas, existe a possibilidade de inadimplemento em razão do descumprimento, também, dos deveres laterais surgidos de determinada contratação. A origem da constatação

⁷³ Termo usado por Alvim, (1955, p. 7).

seria a obra de Rudolph Von Jhering intitulada *Culpa in contrahendo oder schandensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten verträgen*, devendo-se a sua primeira exposição sistemática, entretanto, ao já referido Hermann Staub, no artigo *Die positive vertragsverletzungen*, datado de 1902 (MARTINS, 2008, p. 283).

O último autor mencionado, na obra em questão, procedeu a uma verificação de que o regramento da impossibilidade de cumprimento da obrigação e da mora não alcançava os inúmeros casos nos quais alguém, por meio de uma atuação positiva, praticando aquilo de que deveria abster-se ou efetuando a prestação de forma defeituosa, dá ensejo ao descumprimento da relação. A este tipo de descumprimento, o autor designou, no plural (MARTINS, 2008, p. 283), quebras positivas de contrato.

A denominação adotada, entretanto, não passou imune a críticas, em especial porque a expressão “positivas” não abarca todas as espécies possíveis de violações desta espécie, eis que o descumprimento contratual de que cuidou o autor que a cunhou poderia muito bem decorrer de comportamentos não apenas comissivos da parte contratual (positivos), como também de comportamentos omissivos (negativos). Ademais, a doutrina também ponderou que a restrição do instituto à figura dos contratos diminuía-lhe as potencialidades, devendo ela ser entendida aplicável a todo tipo de crédito ou prestação (MARTINS, 2008, p. 284). Apercebendo-se da inutilidade da discussão acerca da denominação, tendo-se em vista que o que efetivamente importa é a boa compreensão do instituto, acaba-se por adotar, em seu país de origem, ambas as designações, de violações positivas do contrato ou violações positivas do crédito.

Embora tenha suscitado apaixonada discussão no campo doutrinário, a ideia acabou por prevalecer na Alemanha, tendo a acolhida, por fim, da jurisprudência daquele país. Também outros países adotaram a teoria (SILVA, 2007, p. 44), referindo-se sempre a cumprimento defeituoso ou imperfeito, ainda a adimplemento ruim, abarcando todas as espécies de incumprimento não compreendidas pelas figuras definidas na classificação bipartida do inadimplemento.

No Brasil, entretanto, o regramento dos vícios tem aplicação ampla e irrestrita, desde o Código Civil de 1916, a todos os contratos, sejam típicos ou atípicos, sendo desnecessária, por conseguinte e diferentemente do que ocorre em outros países da tradição romano-germânica, a remessa destas hipóteses de incumprimento ao

conceito de violação positiva de contrato. Ainda, no ordenamento pátrio a mora abarca não apenas a hipótese de atraso na prestação, o tempo desta, mas também as imperfeições ligadas ao lugar e ao modo, o que afasta a aplicação da noção de violação positiva do contrato a estes casos, pela mora compreendidos. Aplicável, pois, a constatação de Silva (2007, p. 44):

Ao contrário da maioria dos ordenamentos, como o alemão, o Brasil convive desde 1916 com regras gerais para os vícios redibitórios, aplicáveis a todos os contratos que se incluam nos requisitos nelas indicados, sejam eles típicos ou atípicos. Desse modo, diversas prestações mal feitas são abarcadas, no Brasil, pelos vícios redibitórios, o que pode não ocorrer em ordenamentos que só prevêm os vícios na regulação de alguns contratos típicos. Nesses, a ausência de um regramento próprio pode exigir a remessa do caso a um conceito residual geral. No entanto, no Brasil, sendo aplicáveis as regras dos vícios, desnecessário se faz outro conceito dogmático.

Além disto, também 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. Por isso, uma prestação mal feita, ainda que irrepreensivelmente realizada do ponto de vista temporal, pode ensejar mora, o que também faz desnecessária a adoção de um terceiro conceito de inadimplemento.

Em verdade, no Direito pátrio⁷⁴, a aplicação da teoria em questão fica reduzida a poucas hipóteses, tendo ela recepção no ordenamento nacional, no elastério da adoção da cláusula geral da boa-fé objetiva (notadamente em sua faceta compreendida pelos arts. 422 e 187, do CCB).

São várias as hipóteses que, segundo a doutrina, dariam ensejo à aplicação do conceito, dentre as quais no Brasil algumas se excluem, com escopo na constatação acima de que no Direito nacional algumas das hipóteses em que aquela se expressa ou teria aplicação são abarcadas pelas figuras da mora e dos vícios redibitórios. Martins (2008, p. 284), apontando a dificuldade de conceituação da violação positiva dos contratos, em razão da diversidade de situações em que a teoria tem aplicação, assim enumera estas situações:

E a tarefa de definir seu instituto é, justamente, a mais complicada, diante da multiplicidade de situações que as Violações Positivas do Contrato podem abarcar, sem que estas possuam qualquer espécie de unidade interna.

⁷⁴ Na Alemanha, a reforma no direito obrigacional operada em 2001 modificou o regramento do descumprimento contratual, não mais centrado na violação apenas da prestação, mas de todos os deveres contratuais, 'violação de dever', sendo certo que a reforma, ainda, positivou os deveres laterais, conforme § 241, II.

Apenas para compreender tal situação, a doutrina costuma elencar as seguintes hipóteses como capazes de configurar uma violação positiva do contrato: i) mau cumprimento de deveres de prestação, gerando danos distintos dos causados pela mora ou pela impossibilidade; ii) recusa antecipativa do devedor em cumprir a obrigação; iii) descumprimento de obrigação negativa; iv) o não cumprimento de prestações singulares em contratos de fornecimento sucessivo; v) descumprimento de outros deveres laterais.

Do elenco acima, a doutrina retira a finalidade do instituto da violação positiva do contrato, que seria a proteção da relação jurídica, nos casos em que ocorra uma prestação defeituosa, prestação esta que seja incapaz de atender aos interesses do credor, diminuindo-lhe o proveito a que faça jus, ou em que ocorra uma violação aos deveres laterais de conduta, decorrentes da boa-fé.

Duas são as hipóteses, entre as elencadas na transcrição acima, que não encontram tratamento expreso na legislação brasileira, a saber, a violação aos deveres laterais e, ainda, a recusa antecipada ao cumprimento da prestação. A primeira espécie refere-se não ao cumprimento da prestação em si, mas de deveres cuja existência destina-se a que aquela (a prestação) seja entregue da melhor forma, sem quaisquer gravames para o credor ou para terceiros. Refere-se, com efeito, ao melhor adimplemento, compreendendo, mas não se limitando, os deveres de proteção, sendo a teoria da violação positiva do contrato, nos casos de descumprimento destes, “chamada a atuar também no direito brasileiro, visto inexistir outra ferramenta conceitual que abarque a hipótese” (SILVA, 2007, p. 45).

No que concerne ao inadimplemento antecipado, este diz respeito às hipóteses em que, antes do termo fixado para a prestação, o devedor declare de forma cabal que não vai cumprir a prestação, quando ele demonstre, no desenvolvimento da prestação, que não vai desempenhá-la no momento (ou da forma devida) devido ou, ainda, que ela não será realizada. A figura é expressamente aceita pela Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, datada de 1980, que, por seu art. 72, preceitua que “se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolver este”, como também no Código Civil italiano (art. 1219, 3) e no *common law*, pela doutrina do *anticipatory breach of contract*. Fundamenta-se a ideia em que, de fato, se restar claro que não haverá a realização da prestação, o ordenamento deve garantir, desde logo, os interesses do credor na prestação.

É certo, entretanto, que nem sempre o descumprimento antecipado configurará uma violação positiva do contrato. Quando restar claro, por exemplo, que a prestação não será realizada no momento do contrato, tanto pode ocorrer a antecipação do inadimplemento absoluto (com a perda de interesse do credor na prestação), como ainda da mora, podendo-se aplicar analogicamente à figura a disposição do art. 477⁷⁵, do CCB, que diz respeito à inexigibilidade da prestação de uma parte, quando se tenha dúvida acerca da capacidade de prestar da contraparte que tenha sofrido diminuição em seu patrimônio. Ocorre a violação positiva do contrato, com efeito, “quando o descumprimento antecipado for conectado a deveres laterais (o devedor, por sua conduta, rompe o vínculo de confiança e põe em risco a pessoa do credor, ainda que nenhum dano tenha se concretizado)” (SILVA, 2007, p.46).

Acerca dos efeitos da violação positiva dos contratos, Martins (2008, p. 285-286) destaca que:

Modernamente, com o aprofundando da separação da dogmática entre a Violação Positiva do Contrato e a dicotomia clássica, a doutrina tem defendido que em caso de Violação Positiva do Contrato estar-se-á diante não de mora, mas de responsabilidade civil pelos prejuízos causados. Como tal, haverá além do direito de perdas e danos pelos prejuízos causados, o direito de resolução do contrato, tal como se tratasse do não cumprimento culposo do dever de prestação.

Vê-se por conseguinte que não são apenas a mora e a ausência de prestação (impossibilidade) que podem dar ensejo ao rompimento do contrato, sendo acertada a observação doutrinária no sentido de que esta bipartição do inadimplemento não se sustenta. Neste sentido, Silva (2007, p. 42)⁷⁶:

Alguns autores referem-se à mora como “inadimplemento relativo”. Ainda que essa classificação seja correta se considerados apenas os interesses na prestação, ela deve ser evitada. Ocorre que uma tal denominação dá a impressão de que o campo do descumprimento obrigacional seria totalmente absorvido por essas duas hipóteses iniciais (“inadimplemento = absoluto + relativo), o que é falso. Ao lado delas, põe-se também a não-realização de interesses outros que não os da prestação (deveres laterais de conduta), hipótese coberta pela expressão “violação positiva do contrato.

⁷⁵ “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la.”

⁷⁶ No mesmo sentido, Martins (2008, p. 282) e ainda Varela (1979, p. 61).

O certo é que, no sistema do Código Civil pátrio, tanto as hipóteses de atraso no ato de prestar (seja a mora ou o simples atraso), como as de má prestação (mora) ou de ausência desta (inadimplemento), também as violações positivas do contrato, podem dar ensejo à resolução do ajuste, a teor, especialmente, do disposto no art. 475, do CCB, que preceitua que “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”. Cumpre frisar mais uma vez, entretanto, que a parte final da norma em questão não se aplica às hipóteses nas quais o incumprimento não decorra de culpa do devedor, quando, embora se desfaça o negócio, não incorre aquele na obrigação de pagar perdas e danos, as quais, para serem devidas, demandam a configuração do elemento subjetivo. No caso de incumprimento não decorrente de culpa do devedor, este só responderá pelas perdas e danos, do fato decorrentes, caso, em contrato, tenha se responsabilizado pelos riscos da contratação.

Resolução contratual, de acordo com Gomes (1983, p. 208-209), é o rompimento do contrato bilateral, com efeitos *ex tunc*. É o que se vê:

Resulte de pacto comissório expresso ou de aplicação do preceito legal que subentende a cláusula resolutiva em todos os contratos que produzem obrigações recíprocas, a resolução produz efeitos, assim entre as partes como em relação a terceiros, que a distinguem fundamentalmente dos outros modos de extinção dos contratos.

O efeito específico da resolução é extinguir o contrato retroativamente. Opera *ex tunc*. Esse efeito corresponde à intenção presumida das partes.

Extinto o contrato mediante a resolução, apaga-se tudo o que foi feito em sua execução, devendo-se proceder a restituições recíprocas, se couberem. Contudo, só é possível remontar à situação anterior à celebração do contrato se este não for de trato sucessivo. Sendo, a resolução não tem efeito em relação ao passado, nada sofrendo as prestações que foram cumpridas, as quais não se restituem. Assim, o efeito da resolução entre as partes varia conforme seja o contrato de execução única ou de duração. No primeiro caso, a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*. [...]

[...] a resolução por inexecução voluntária não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita a parte inadimplente, ainda, ao pagamento de perdas e danos. A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos que sofreu, cumulativamente com a resolução.

A doutrina do adimplemento substancial aplica-se, exatamente, na hipótese de pretensão do credor à resolução, ainda quando este erija a exceção do contrato não cumprido, diante de situação em que ocorra a mora do devedor, caracterizada

pelo adimplemento em desconformidade com o contratado, como será abordado abaixo.

5 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

Sob a égide do CCB/16, pouco se cuidou da teoria do adimplemento substancial, talvez em razão da pouca exploração da boa-fé objetiva e da função social do contrato, esta em que, como já apontado, alguns acreditam ter fundamento a aplicação daquela teoria, no Direito pátrio. No Código Civil vigente, em que pese seja agora discutida a aplicabilidade da teoria ao Direito nacional, não se encontra qualquer previsão expressa no sentido de sua aplicabilidade.

Em tal contexto, ganha em relevância o estudo do desenvolvimento daquela em ordenamentos estrangeiros, de forma a bem apreendê-la, situá-la e compreendê-la, verificando-se disto a sua aplicabilidade ou não no Brasil, em posterior cotejo com a legislação nacional. Ademais, é certo que as relações entre os nacionais de diferentes países são cada vez mais comuns, sendo-o, também, os investimentos de capitais oriundos de uns países em outros. Em razão disto, o que se observa é que, no que concerne ao direito obrigacional e contratual, é cada vez mais normal que se assemelhem os direitos dos diferentes países, cuidando desta harmonização, no âmbito internacional, os tratados e as normas de regulação dos blocos econômicos. Prova da tendência de harmonização entre os diferentes direitos nacionais, tirantes as peculiaridades de cada país, é a constatação de David (1978, p. 30-31):

De facto, as mesmas circunstâncias criam necessidades e geram sentimentos idênticos, o movimento legislativo tem seguido, em larga medida, as mesmas vias nos diversos países da Europa de há cem anos para cá. Quer se considere o direito comercial, o direito do trabalho, e da segurança social, ou mesmo o direito de família, o do processo e o direito administrativo, constata-se não apenas a existência de algumas grandes correntes que se assemelham, mas, mais concretamente, a concordância de numerosos desenvolvimentos legislativos; num período de vinte anos, de dez anos, ou mesmo inferior, a reforma que foi realizada em um país e que aí prova o seu valor, é introduzida em outros países, com esta ou aquela modificação, tendo em conta circunstâncias especiais ou que visem a aperfeiçoá-la ou integrá-la mais perfeitamente no direito desse novo país. O cheque inglês, a suspensão belga na execução das penas, a sociedade de responsabilidade limitada alemã, o regime sueco de participação nos lucros são apenas alguns exemplos, bem conhecidos, de instituições de que a França encontrou modelo em certas leis estrangeiras.

Importante salientar que o autor fala em semelhanças entre os diferentes direitos no que concerne aos mais variados ramos de especialização, sendo decerto maior a aproximação em ramos como o obrigacional, em que incidente a teoria do

adimplemento substancial, em razão especialmente do tráfico comercial cada vez mais intenso, como decorrência também do chamado fenômeno da globalização.

Dito isto, o que se tem é que, conforme Bussata (2008, p. 38), no Direito Romano não se conhecia a figura da resolução contratual por incumprimento, assistindo ao credor, simplesmente, a ação que objetivasse o cumprimento da obrigação. Apenas quando houvesse, no ajuste, acordo entre as partes prevendo a dissolução do contrato nesta hipótese (de incumprimento), é que ocorria a dissolução do vínculo contratual, com a restituição patrimonial.

Foi apenas no Direito Canônico que se passou a entender possível a resolução contratual, nas hipóteses de contratos bilatérias, com prestações recíprocas, com fundamento na ideia de equidade. De aplicação inicial no matrimônio (BUSSATA, 2008, p. 38)⁷⁷, logo o preceito estendeu-se aos demais contratos.

Com escopo na teoria da causa, entendida a prestação de uma parte como a causa (finalidade) de contratar da outra, a teoria da “condição resolutiva tácita” dos contratos bilaterais acabou por inscrever-se no Código Napoleônico, notadamente em seu art. 1.184⁷⁸. A influência do Código Napoleônico sobre as demais codificações da tradição romano-germânica, de acordo com o acima exposto e também com a transcrição de René David, ainda a construção histórica semelhante, dos direitos dos países da Europa ocidental e daqueles que por estes foram colonizados, justificaram o fato de as demais ordenações que seguiram o modelo do *Code* abarcarem, como aquele, a previsão de resolução contratual, inclusive independentemente de expressa previsão contratual das partes nesse sentido.

Cumprido esclarecer, apenas, que, hodiernamente, não se entende mais a previsão tácita de rompimento do ajuste por resolução como uma condição implícita, mas como uma faculdade outorgada ao credor, na hipótese de inadimplemento por parte do devedor.

⁷⁷ O descumprimento do dever de fidelidade, pela mulher, autorizava o marido ao rompimento do contrato de matrimônio.

⁷⁸ “A condição resolutiva fica sempre subentendida nos contratos sinalagmáticos, para os casos em que uma das partes não satisfaça o seu compromisso. Neste caso o contrato não fica resolvido de pleno direito. A parte ante a qual o compromisso não foi executado, tem a escolha, ou de forçar a outra ao cumprimento da convenção, quando é isso possível, ou de pedir a resolução com perdas e danos. A resolução deve ser pedida em justiça e pode ser concedido ao réu um prazo de acordo com as circunstâncias”. (Código Civil Francês. Diniz (1962, p. 183)

Ocorre que o incremento das relações obrigacionais, dos tipos contratuais, o surgimento de relações que se estendiam e estendem pelo tempo, ainda a percepção da relação obrigacional como fenômeno complexo, e não mais simples, deram ensejo a questionamentos acerca da possibilidade de todo e qualquer descumprimento obrigacional provocar a resolução contratual. Assim é que, por construção pretoriana, no sistema do *common law*, os ingleses passaram a entender que o descumprimento de deveres colaterais ou acessórios ao contrato não daria ensejo à resolução; a prestação que deveria ser descumprida, para tal consequência, seria uma prestação dependente (*condition*), ou seja, que encontrasse correspondência em uma contraprestação da outra parte. O descumprimento dos deveres colaterais ou acessórios (*warranties*) ensejaria tão-somente a possibilidade de cobrança de perdas e danos, caso estes se verificassem (BECKER, 1993, p. 60-77)⁷⁹.

Os argumentos lançados acima serviram de base para a decisão de caso que é tido como o precursor do desenvolvimento da teoria aqui cuidada, conhecido como *Bonee vs Eyre*, julgado em 1779. Percebe-se dos referidos argumentos a distinção entre as *conditions* e as *warranties*. Entretanto, para os ingleses, a distinção entre as obrigações das duas espécies faladas revelou-se tortuosa, impondo, assim, a necessidade de estabelecimento de critérios acerca desta diferenciação. Dois foram os critérios inicialmente estabelecidos pelos Tribunais ingleses, a saber: a vontade das partes, que poderiam declarar em contrato o que se entenderia como uma coisa ou outra; e a importância da prestação para a economia contratual, entendendo-se assim que o descumprimento dos deveres essenciais, *conditions*, daria ensejo ao exercício potestativo, pela parte adimplente, da resolução contratual.

Ainda assim, constatou-se que a conceituação acima exposta poderia dar ensejo a injustiças, pois não levava em conta as consequências do descumprimento. Com efeito, o conceito fazia com que uma leve, levíssima infração a uma *condition*, de efeitos irrelevantes, desse ensejo à possibilidade de resolução contratual, ao passo que o descumprimento de um outro dever, que fosse tomado como não essencial, poderia trazer prejuízos extremos ao credor.

Por conseguinte, evoluiu-se para a noção de *intermediate ou innominate term*, referindo-se a deveres que, dada a natureza, não se enquadravam como *condition*

⁷⁹ Este precedente firmou-se no caso *Bonee v. Eyre*, julgado pelo Lorde Mansfield, no ano de 1779.

ou *warranty*, permitindo-se a resolução contratual, no caso de violação destes deveres, a partir da constatação no caso concreto da gravidade dos efeitos desta violação, considerada para tanto a economia do contrato, o sinalagma (BUSSATA, 2008, p. 41). Descumprimentos considerados, com estes parâmetros, leves, ensejariam o direito de cobrarem-se perdas e danos, ao passo que os descumprimentos graves (*fundamental breach*) à resolução do ajuste.

Evoluiu-se assim de uma noção de tipo de dever contratual descumprido, para uma verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorresse para a economia contratual. Conforme Becker (1993, p. 62), dois foram os critérios adotados, na Inglaterra, para estabelecimento do grau do incumprimento: “a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento”, e a “importância que as partes ‘pareceram dar’ à cláusula infringida”. O desenvolvimento da teoria, como constata a autora citada, teve por escopo permitir que uma das partes contratuais não se beneficiasse de um ligeiro descumprimento contratual por parte da outra, servindo assim a teoria a obviar o enriquecimento ilícito. A doutrina ganhou reforço, nos dizeres da doutrinadora, com a reforma judiciária inglesa de 1873, que estabeleceu que, em caso de conflito, prevaleceriam as regras do *equity* sobre as da *common law*.

Conforme a autora (1993, p. 63), a aplicação da teoria descarta a adoção do método subsuntivo de aplicação da lei, reclamando o da concreção, fazendo, assim, que o juiz adote uma postura mais ativa, usando parâmetros concretos para a solução de casos concretos. E a jurisprudência inglesa, secundada pela norte-americana, criou, para aferição das hipóteses de adimplemento substancial, os parâmetros da “proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato”; que “a prestação imperfeita satisfaça os interesses do credor”; e, ainda, parâmetro que se refere ao esforço do devedor, à sua diligência em prestar conforme se obrigou. Adverte a autora, entretanto, que, sob uma ótica objetivista, seria questionável o terceiro dos parâmetros apontados.

Quanto ao primeiro dos parâmetros, aponta a doutrinadora que o cumprimento verificado seria tão próximo do contratado que não chegaria a abalar a reciprocidade, “o sinalagma das prestações correspectivas”. Esta avaliação deve ser feita tomando-se o contrato como um todo e não partes do mesmo, consideradas isoladamente. Ainda, tem-se que os desvios não devem ser considerados simplesmente de forma objetiva, devendo-se ter em conta ainda se, apesar de sua

existência, foram atendidos em essência os interesses do credor. Não se trata, assim, apenas do estabelecimento da utilidade da prestação, mas também da necessária constatação do preenchimento das expectativas do credor. Explica-se: é que o desvio que seja aparentemente ínfimo pode, muitas vezes, fazer com que as expectativas do credor não sejam, de forma alguma, preenchidas. Anelise Becker cita, como exemplo, a hipótese de um *buffet* contratado para uma festa a realizar-se às vinte (20) horas, e que só é servido à meia noite, hipótese em que, embora objetivamente curta a diferença entre o momento contratado para prestar-se e o da efetiva prestação, os interesses do credor não foram, de forma alguma, satisfeitos. Cabe ainda a observação de que um bom indício de que a prestação atendeu os interesses do credor é o fato de este ter retido a coisa, não a enfeitando ou postergando o exercício de seus direitos apesar do defeito ou desconformidade da prestação.

Por fim, mesmo em função dos ditames da boa-fé objetiva, dos deveres de lealdade e honestidade, deve o juiz, ao aplicar a teoria do *substantial performance*, perquirir se a parte devedora agiu conforme os padrões de lisura e honestidade que lhe são impostos, buscando preservar os interesses do co-contratante. Conforme Anelise Becker, no artigo citado, o que se tem é que

Para a jurisprudência norte-americana, é importante a conduta do devedor; é dito que “a doutrina do *substantial performance* pretende a proteção e auxílio daqueles que leal e honestamente esforçaram-se em executar seus contratos em todos os particulares materiais e substanciais, de modo que seu direito à compensação não deva ser perdido em razão de meros defeitos ou omissões técnicas, inadvertidas ou não importantes”; não se aplicando “onde não foi feito real esforço para cumprir com o contrato”.

Como efeitos da aplicação da teoria em questão, a autora aponta a impossibilidade de manejo, pelo credor que teve seus interesses substancialmente preenchidos pela prestação, da exceção do contrato não cumprido, objetivando não contraprestar, bem como de requerer a resolução contratual. Explica-se: os direitos em vertente, que se oferecem ao credor e são oponíveis ao devedor, são remédios contra o desequilíbrio contratual, o qual não ocorre na hipótese de um adimplemento substancial, eis que, em essência, não ocorre, na hipótese, o “comprometimento da comutatividade”. Se são, de um lado, suprimidos ao credor os direitos referidos, de outro se tem que cabe a ele requerer o adimplemento completo, por parte do

devedor, bem como o das eventuais perdas e danos decorrentes do adimplemento defeituoso por parte do devedor.

Recobre-se que o adimplemento substancial ocorre, em apertada síntese, quando a prestação for essencialmente cumprida pelo devedor e, por conseguinte, os interesses do credor satisfeitos, a despeito da mínima diferença entre o que deveria ser prestado, conforme previsto em contrato, e o que efetivamente o foi. Em tais casos, o direito potestativo à resolução contratual é afastado, em virtude do proveito da prestação para o credor e, ainda, por dizerem-se injustos os efeitos da resolução, afastando-se também a possibilidade de manejo da exceção do contrato não cumprido. Nesse sentido vem a lição de Becker (1993, p. 62):

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 ao credor direito a ser ressarcido pelos defeitos da prestação, porque o prejuízo, ainda que secundário, se existe deve ser reparado.

Conforme Bussatta (2008, p. 87):

A resolução é medida extrema, já que extingue o vínculo contratual com efeitos *ex tunc*, retirando-lhe, em geral, todos os efeitos práticos jurídicos que produziu ou ainda que deveria produzir. Logo, importa em séria sanção ao contratante inadimplente.

É patente, então, que, havendo inadimplemento de escassa importância, de pequena gravidade, insignificante, a resolução será uma resposta manifestamente desproporcional, desequilibrada e, por que não dizer, injusta e contrária à finalidade econômica do contrato, de forma que fica vedada pela boa-fé objetiva.

Assim não resta dúvida de que a teoria do adimplemento substancial, que contém em si, em última análise, a vedação do uso desequilibrado do direito de resolução, encontra fundamento de aplicação na boa-fé objetiva, especialmente em sua função limitativa do exercício das posições jurídicas.

Ainda, para Clóvis do Couto e Silva, o adimplemento substancial é “um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.”⁸⁰

Para a constatação de ocorrência do chamado adimplemento substancial, conforme se extrai das lições transcritas, necessário é que se avalie se foram

⁸⁰ COUTO e SILVA *apud*: BECKER, (1993, p. 60), citado por Vivien Lys Porto Ferreira da Silva (2006, p. 290).

atingidos os objetivos da relação obrigacional concreta, isto é, se o contrato atingiu seus objetivos, enunciados nas prestações devidas de parte a parte. A relação obrigacional em sua atual acepção complexa, com efeito, exige a satisfação dos interesses do credor, devendo-se levar em conta, de toda forma, também os interesses do devedor, funcionando a boa-fé, em sua função de proteção, como fator que limita eventuais abusos, de parte a parte, no curso da relação.

Tal qual enunciado, o adimplemento substancial difere do inadimplemento fundamental ou absoluto, já que, quando da ocorrência deste último, a resolução é cabível, eis que o essencial da obrigação não foi cumprido e assim não houve a satisfação dos interesses do credor, frustrando-se assim o contrato em sua finalidade ou causa. Assim, no adimplemento substancial o essencial da obrigação é prestado, satisfazendo os interesses do credor, não cabendo a resolução do contrato, pois, em tese, estar-se-ia diante de situação mais desvantajosa do que a que acarretaria a manutenção da avença, com a cobrança de perdas e danos pela parte lesada. Aliás, na hipótese, a indenização por perdas e danos é corolário da verificação da imprecisão do cumprimento, mesmo como forma de garantir-se a comutatividade contratual.

Compreendida a teoria, como recebida pelos ordenamentos da Europa continental, o que se tem é que, antes do desenvolvimento da discussão acerca da mesma, de sua aplicabilidade no direito brasileiro e dos requisitos e parâmetros para tanto, cumpre analisar o tratamento dado à questão por diferentes ordenamentos jurídicos, em especial os que, por uma razão ou outra, têm influência sobre o ordenamento nacional.

Na Alemanha, o Código Civil não apresentava uma noção exaustiva de inexecução contratual, contendo apenas a regulamentação de algumas de suas formas, quais sejam, a impossibilidade de cumprimento e a mora, tanto do devedor como do credor. Somente na reforma do BGB de 2002 ocorreu o tratamento mais detido do inadimplemento, alargando-se a impossibilidade, bem como das violações positivas do contrato.

Com a reforma operada, o que se tem é que, constatado o inadimplemento, deve o credor escolher entre resolver o contrato ou denunciá-lo, reclamando perdas e danos.

Admite-se, no Direito tedesco, a resolução contratual quando a prestação deixe de ter interesse para o credor (§ 326, 2ª parte⁸¹), podendo esta ocorrer mesmo extrajudicialmente.

Entretanto, o exercício direito à resolução, pelo credor, não é ilimitado, no sentido de que não será qualquer falta de interesse no recebimento da obrigação comutativa que ensejará o direito ao exercício da resolução. Larenz aduz que a gradação do desinteresse do credor, que autorizaria a resolução pelo descumprimento ocorrido, deve decorrer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, enunciado no §242, pois, no caso da falta de parte insignificante da prestação, não caberia a ação resolutória (LARENZ, 1958, p. 327).

Desta forma, não se autoriza ao credor resolver o contrato quando falte, da prestação do devedor, apenas uma pequena parcela em relação ao todo, cuja ausência não impeça a satisfação dos interesses daquele (credor). E, se o contrato é mantido, tem-se que ele o é em função da adoção, pelo Direito alemão, da teoria do adimplemento substancial, como prevê § 323, do BGB. O dispositivo cuida, efetivamente, do instituto, prevendo, conforme Bussatta (2008, p. 47), “que, se o devedor não cumprir a sua obrigação em conformidade ao contrato, não caberá ao credor resolução contratual, quando a lesão obrigacional for insignificante”. Ainda, o que se tem é que o art. 320, II, do BGB, prevê que “Se for parcialmente satisfeita a prestação por um dos lados, não poderá ser recusada a contraprestação desde que a recusa, de acordo com as circunstâncias, particularmente por causa da insignificância proporcional da parte restante, infringir a boa-fé.⁸²” Assim, a recusa do credor, em tais circunstâncias, deve ser objetivamente justificada, de forma a fundamentar o exercício da exceção do contrato não cumprido.

Conforme assevera Eduardo Luiz Bussatta, o texto do Código alemão, em seu art. 323, 5, ao enunciar a adoção da teoria do adimplemento substancial, fala simplesmente em “lesão de dever”, valendo dizer que não se refere a que o dever em questão seja principal ou acessório, entendendo o autor, por conseguinte, da vagueza do dispositivo, estarem abarcadas na dicção ambas as espécies⁸³.

⁸¹ BGB § 326, 2ª parte: “Se a realização do contrato, em consequência da mora, nenhum interesse tiver para a outra parte, caberá a ela os direitos assinalados na alínea ‘1’ sem que seja necessária a estipulação de um prazo”.

⁸² Código Civil Alemão. Diniz (1960, p. 66).

⁸³ O autor refere-se a que o legislador alemão teria feito uma clara opção pela manutenção do contrato, transformando a resolução em uma exceção.

Mas não é só a extensão do inadimplemento que, no Direito alemão, deve ser considerada, para aplicar-se a teoria. Deve-se levar em conta, ainda, se ocorreu a aceitação, pelo credor, quanto à prestação. Se ele não opõe qualquer resistência à percepção da obrigação, embora tenha conhecimento de ser aquela inexata, extraindo benefícios do seu cumprimento, não lhe é dado, após, enjeitá-la.

O Código Civil italiano, por seu turno, carrega expressamente a previsão de aplicação da doutrina do adimplemento substancial. Trata-se do art. 1455, que tem os seguintes dizeres: *“Importanza dell’inadempimento – Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento de una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra.”*⁸⁴ O dispositivo em questão, de cunho geral, irradia efeitos para o tratamento específico de algumas espécies de contratos típicos, cuidando o legislador, assim, de regular expressamente a sua aplicação àqueles. Assim é que, no Código Civil italiano, encontram-se dispositivos como os dos arts. 1522, 1525, 1564, 1565 e 1568, que tratam de efeitos específicos daquele enunciado geral.

Também, o art. 1.460, do Código Civil italiano, que enuncia a exceção do contrato não cumprido, veda o exercício desta quando contrário à boa-fé. Disto, tem-se que, em conformidade com o art. 1455, citado, também aqui o não pagamento de escassa importância veda o exercício da exceção.

Conforme elucida Bussatta (2008, p. 44-45), entretanto, a doutrina italiana identifica como um problema o estabelecimento do que seja importância escassa. E há, nesta sede, a adoção de duas teorias, uma de cunho objetivo, a outra de natureza subjetiva. Segundo a concepção objetiva, adotada, segundo o autor, pela maioria da doutrina, para estabelecimento do que seja importância escassa, deve-se levar em conta, simplesmente, a “interdependência funcional da prestação” e a “perturbação que o inadimplemento trouxe para a economia do contrato”, ao passo que, para a teoria subjetiva, com arrimo no contrato, deve-se levar em conta se as partes ainda contratariam, fosse a prestação oferecida conforme a que efetivamente se prestou.

A doutrina italiana, por outro lado, entende, por sua maioria, ser vedada a interferência do juiz, na hipótese de as partes terem previsto expressamente no contrato a sua resolução, seja qual for a gravidade do inadimplemento.

⁸⁴ Em tradução livre: Importância do inadimplemento – O contrato não se poderá resolver se o inadimplemento de uma das partes tiver importância escassa, sendo resguardado o interesse da outra”.

No Direito Português, o art. 802º, 2, do Código Civil, prevê que o credor não pode resolver o contrato, “se o cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”, sendo a previsão, por conseguinte, bastante semelhante à da legislação italiana. Segundo Bussatta (2008, p. 49), teleologicamente considerado, o dispositivo em questão, embora refira-se, a um primeiro olhar, apenas à prestação principal, alcançaria, também, tal qual ocorre com a disposição similar italiana, os deveres laterais, decorrentes da lei, do contrato ou da boa-fé objetiva.

Quanto ao alcance da previsão, cite-se Cordeiro (2000, p. 266), que, tratando das figuras em que se concretiza o abuso de direito, constata que a jurisprudência portuguesa assim o repele, em matéria de contratos:

RCb 9-Nov.-1999: é contrário à boa fé mover a excepção de incumprimento perante um vício insignificante;
STJ 25-Nov-1999: há abuso de direito na seguinte facticidade: um interessado compra um automóvel novo; recebe a declaração de venda; o vendedor nunca lhe dá o livrete e o título de propriedade, apesar de instado; anda 60.000 km com o automóvel e tem um acidente; vem, então, resolver o contrato por incumprimento do dever acessório de entrega daqueles documentos.

O adimplemento substancial, assim, alcança, no Direito Português, tanto a pretensão de resolução contratual, como também a possibilidade de manejo da excepção do contrato não cumprido.

No Direito francês, por seu turno e conforme Becker (1993, p. 67), a regra do art. 1.184, do *Code*, transcrito em nota acima, possibilita ao juiz conceder ao devedor prazo para cumprir a obrigação ou “beneficiar o devedor inadimplente com um prazo para cumprir a obrigação”. A jurisprudência francesa, ainda em conformidade com a doutrinadora citada, vem estendendo a aplicabilidade da norma em vertente também às hipóteses de inadimplemento parcial ou de pouca gravidade, “que possibilite ao credor o benefício essencial do contrato”, rejeitando o desfazimento do contrato, mediante o pagamento de indenização pelo devedor inadimplente, tendo como fundamento o fato de “a resolução ser concebida como sanção extraordinária ou subsidiária, o que explica que o juiz procure *sauver le contrat* sempre que possível”.

Argentina e Espanha também adotam a teoria, embora não consagrada na legislação, tendo escopo, em ambos os países, na boa-fé objetiva. Na Espanha,

conforme Anelise Becker, exige-se um “incumprimento substancial”, para que o credor possa exercer o direito à resolução.

Em sede de Direito Internacional há, também, dispositivos que consagram o adimplemento substancial, ainda que de forma indireta, como é o caso da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda de Mercadorias, celebrada em Viena, em 1980. O art. 25, da Convenção, dispõe que “uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o teria igualmente previsto”. A noção de *fundamental breach*, ou violação fundamental, atrai, por inversão, a de adimplemento substancial, sendo certo que, em conformidade com o art. 72, da Convenção, a notícia ou comportamento do devedor, que dê ensejo à crença de que este não cumprirá fundamentalmente a obrigação, no termo a que obrigado, abre para o credor a possibilidade de resolver o contrato, antecipadamente.

De notar-se, apenas, que a parte final do dispositivo, ao escusar o devedor do incumprimento por ele – e por pessoa de igual qualificação, em circunstâncias similares - não previsto, incide em hipótese de imputação dos riscos da contratação ao credor.

Do apanhado da legislação estrangeira, tem-se que a doutrina do adimplemento substancial encontra respaldo em legislações que influenciam a nacional, variando os critérios para a sua aplicação, apenas, quanto aos requisitos para tanto, notadamente os de cunho objetivo e subjetivo. Há, com efeito, em razão da tendência à funcionalização dos direitos de crédito, uma limitação ao exercício do direito potestativo outorgado ao credor, de resolução contratual, limitação esta que se dá com apoio na noção de abuso de direito, notadamente na função defensiva da boa-fé objetiva, que aí funciona como antídoto ao dogma da absolutização dos direitos.

Em conformidade com Becker (1993, p. 70):

O princípio da boa-fé objetiva aí 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.

Se a obrigação foi substancialmente adimplida, o pedido de resolução não trará nenhum benefício legítimo ao credor, apenas prejuízos para o devedor que, tendo praticamente satisfeito a totalidade da obrigação, verá tudo retornar ao *status quo ante*.

6 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Feito o apanhado acerca da aplicação da teoria no direito estrangeiro, bem como no Direito Internacional, cumpre agora perquirir acerca da aplicabilidade da mesma no Direito pátrio.

Ficando bem entendido que a doutrina do adimplemento substancial, derivada do original inglês da *substantial performance*, consiste em limitação ao exercício do direito do credor à resolução do contrato (abarcado ainda o uso da exceção do contrato não cumprido), na relação obrigacional derivada do contrato, tem-se, inicialmente, que cabe o recurso à legislação pátria, para apuração das normas incidentes na espécie. Deve-se ter em mente, na tarefa de perquirir acerca da aplicabilidade do instituto no Brasil, que os requisitos apontados pela legislação estrangeira para esta aplicação são os de que o descumprimento contratual seja de parte mínima da prestação, de que os interesses do credor, a despeito deste descumprimento, tenham sido preservados ou atendidos, bem como de que o devedor tenha empregado os cabíveis, os devidos esforços no sentido de adimplir sua obrigação, não logrando, entretanto, fazê-lo em conformidade com o contratado⁸⁵. Apenas quanto ao requisito do esforço do devedor em cumprir suas obrigações há certa vacilação nos direitos analisados.

Ainda antes da análise das disposições legais do Direito pátrio diretamente aplicáveis aos contratos e ao seu cumprimento ou descumprimento, torna-se, diante da tendência de parte dos operadores do Direito nacionais ao uso do contrato como instrumento distributivo⁸⁶, fazer alguns apontamentos acerca da função social do contrato, diante dos preceitos constitucionais aplicáveis à ordem econômica e financeira, com extensão aos dispositivos que cuidam dos direitos e garantias fundamentais. É que a adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados vem gerando reações, por parte da doutrina referida, que se podem dizer desproporcionais, que teriam, ver-se-á abaixo, consequências desfavoráveis

⁸⁵ Conforme Becker (1993, p. 60-77).

⁸⁶ Notadamente da escola do Direito Civil Constitucional, que encontra arrimo em paralelo italiano inaplicável ao Direito nacional, posto que, naquele País, a busca de harmonização entre o Direito Civil e a Constituição deveu-se ao fato de que o Código Civil vigente, de 1942, provinha de período de período autoritário, sendo-lhe posterior a Constituição – de 1948 -, já promulgada em ambiência democrática, o que ensejou evidentes questões interpretativas, no sentido da harmonização das normas. No Brasil, o contexto de edição do Código Civil é completamente diferente, descartando-se, assim, a operação contingente que teve lugar na Itália.

no que se refere ao instituto dos contratos e, em especial, à finalidade precípua inerente a este instituto, que é o tráfico jurídico e econômico.

As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são lacunas na legislação, propositalmente deixadas pelo legislador para serem preenchidas no caso concreto, de forma a conferir ao sistema jurídico uma completude, notadamente em seu aspecto dinâmico⁸⁷. Diferenciam-se as mesmas, entre si, pelo fato de que, quanto às primeiras, o legislador não retira uma consequência de sua observância ou não, ao passo que o faz no que concerne aos últimos⁸⁸, caso a hipótese a ele levada amolde-se à aplicação do conceito jurídico indeterminado, conforme sua valoração. A adoção da técnica legislativa, em que pese em solo nacional ela não seja adotada pelo legislador civil de forma pura, mas mista - adotando-se também a técnica subsuntiva - importa, como visto, o reconhecimento de que o sistema de leis não é completo, sendo incapaz de abarcar todas as situações da vida, possuindo, pois, lacunas, seja estática, mas especialmente dinamicamente considerado. Em que pese as diferentes visões e ideologias que pairam sobre a problemática da análise das lacunas no Direito, ressaltadas com propriedade por Diniz (1981, p. 83), tome-se concepção citada por aquela autora, suficiente à compreensão da espécie em análise:

Krings separa as 'lacunas externas' que se situam fora do sistema legal das 'internas' que são as que se apresentam dentro dos limites do sistema legal, tendo por suposto a colmatação das lacunas. As 'externas' são as que para serem preenchidas requerem a extensão do sistema ao caso concreto não previsto, mediante o recurso analógico. As 'internas' surgem quando a lei emprega alguns termos, sem contudo fornecer a sua definição, ou seja, quando a lei é ambígua, obscura ou imprecisa, caso em que são colmatadas pelos tribunais.

⁸⁷ Em especial sobre o fato de o Direito Civil ser de tipicidade aberta, veja-se Diniz (1981, p. 63-73).

⁸⁸ Na lição de Heinemann Filho, (2009, p. 09-40), o sistema do Código Civil é semi-aberto, aos moldes do pioneiro sistema francês, adota conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. Quanto aos primeiros, aduz o autor que "Bem se define o conceito jurídico indeterminado como palavras ou expressões de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, assim postos de maneira proposital e não por deficiência legislativa. Sempre lançados na hipótese de fatos da norma, tais vocábulos terão sua significação clareada pelo juiz no momento de se indagar acerca da sua incidência, ou não, sobre o fato empírico que a ele foi levado pelas partes. Concluindo pela incidência, ao magistrado é dado impor as consequências jurídicas já preconizadas pela própria norma, sem que, destarte, haja, neste último campo, qualquer espaço para a sua função criativa". Quanto às cláusulas gerais, o autor anota: "A seu turno, as cláusulas gerais revelam-se como normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. Isso porque compete ao julgador preencher os valores consignados nestas cláusulas, não só podendo, como devendo, impor ao caso concreto a melhor solução, segundo seu prudente arbítrio, sem que existam desates previamente fixados no texto de lei".

Anote-se ainda, com base na lição de Fonseca (2007, p. 11-12)⁸⁹:

As cláusulas gerais 'são normas jurídicas legisladas, incorporadas de um princípio ético orientador do Juiz na solução do caso concreto, autorizando-o a que estabeleça, de acordo com aquele princípio, a conduta que deveria ter sido adotada no caso'. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: As Obrigações e Os Contratos. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 15, a. 5, set./dez. 1999. p. 22. Neste sentido, a norma não mais se enquadra na técnica tradicional de caracterização cerrada do *fattispecie*, e a sua aplicação deixa de ser uma simples subsunção do fato à norma, 'para exigir um trabalho judicial prévio e criador da própria regra concreta do caso'. *Idem, ibidem*. As cláusulas gerais são 'linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 545. As cláusulas gerais dão mobilidade ao sistema interno do Código Civil, através de formulações significativa e propositadamente genéricas e abstratas. NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. Apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). O Novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. 1ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 408-412.

Confirma-se nas lições transcritas pelo doutrinador a ideia contida no trecho de Maria Helena Diniz acima, de que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados induzem a necessidade de preenchimento, colmatação ou integração, em decorrência de uma previsão ou opção do legislador, de forma a, estática e dinamicamente considerado⁹⁰, o Direito não se tornar obsoleto ou ser injusto, diante dos anseios da sociedade ou comunidade a que se destina, também de forma a fazer-se uma melhor regulação ou composição do caso concreto.

Entretanto, este preenchimento ou integração não é feito de forma livre pelo magistrado. Com efeito, os ordenamentos jurídicos contêm normas acerca da forma de preenchimento das lacunas neles existentes, como corolário do fato de que, se eles visam à regulação de certa sociedade, ditando as regras que por esta devem ser seguidas, é importante que os integrantes dela tenham como, de antemão, saber-lhes as vontades e os objetivos. Isto é decorrência, no Brasil, notadamente da noção de segurança, contida no *caput* do art. 5.º, da Constituição Federal, bem como do disposto no art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil⁹¹, que dispõe que

⁸⁹ Cf. (GOMES, 1967, p. 19).

⁹⁰ O problema da existência de lacunas no Direito é estudado, também, a partir de uma concepção estática deste, como constata Diniz (1981, p. 73-74), citando Zitelmann como precursor desta corrente.

⁹¹ Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. A disposição, que confere aplicabilidade e efetividade ao ordenamento, reclama, por óbvio, que o jurisdicionado tenha como, a partir do conjunto de normas destinadas a reger a sociedade, extrair-lhes o sentido. Assim é que o art. 4.º, da mesma Lei de Introdução ao Código Civil, reconhecendo a hipótese de omissão legislativa, carrega previsão no sentido da forma de integração das eventuais omissões ou lacunas que existam, prevendo que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, dizendo o art. 5.º, ainda, que, na aplicação da lei, “o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Antes que se diga, em oposição ao exposto, que o atual Código Civil contempla a hipótese de erro de direito por meio de seu art. 139, inciso III⁹², permitindo e escusando o desconhecimento da lei, mitigando assim a disposição do art. 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, tragam-se à colação as lições de ontem e hoje, as quais, contrapostas, fazem transpirar a importância da preservação do ordenamento, mesmo como pressuposto de sua validade e eficácia. Inicialmente:

A questão básica está em saber se, admitindo-se que alguém invoque erro de direito não se estará abrindo uma válvula de escape para violação da norma *nemo consentur ignorar e legem* ou *ignorantia legis non excusat*. A segurança social, pela presunção de que todos devem conhecer a lei, e, portanto, não podem alegar a sua ignorância para deixar de cumpri-la não estaria ameaçada? Ou haveria condição de conciliá-las? Ou seriam elas inconciliáveis?

Cabe notar que o erro de direito não seria provocado somente pela ignorância da lei, mas também pelo seu conhecimento deficiente ou interpretação duvidosa, carente de rigor técnico-jurídico. Vale lembrar também que os próprios doutrinadores e tribunais cometem, por vezes, erro no campo do Direito.

A enumeração de exemplos de erro de direito não é tão extensa como a dos de fato. Alguns desses exemplos são inclusive de erro de fato, apontados como de direito. [...]

[...] A admissão do erro de direito, com a finalidade de impugnar ato jurídico, parece-nos pernicioso para a segurança do próprio ordenamento jurídico. Por maiores que sejam as restrições que alguns autores façam, admitir o erro de direito como causa de anulabilidade do ato jurídico, sempre há o perigo de que por extensão tal atitude acabe infringindo o princípio salutar que está no art. 3.º da Lei de Introdução do Código Civil.

⁹² “Art. 139 – O erro é substancial quando:

I- omissis;

II- omissis;

III- sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

Quando alguém erra, como por exemplo ao confundir um contrato de mútuo com um contrato de comodato não está cometendo erro de direito, mas sim erro de fato.⁹³

A moderna doutrina sobre o erro de direito, assentada na teoria da confiança e alcançando ainda as questões de erro de fato, acaba por, em que pese admitir a ocorrência da figura, reafirmar a norma do art. 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, enfatizando a necessidade de alcançar-se a segurança jurídica, não se podendo, na composição de matérias que envolvam aquela figura, neste sentido, prender-se a questão íntima do declaratório (teoria da vontade) ou apegar-se excessivamente à declaração (teoria da declaração)⁹⁴.

Esse é o sentido que se deve dar ao art. 138, do Código Civil, se interpretado conforme a Constituição. E essa foi a interpretação dada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, em Jornada de Direito Civil realizada de 11 a 13 de setembro de 2002, conforme o enunciado 12: na sistemática do art. 138 é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.

Perceba-se que o prescritivo protege a vontade, tanto que permite a anulação do negócio em razão do erro. No entanto, desloca o critério de aferição do erro: não importa o íntimo de quem alega o erro; importa a possibilidade objetiva que teve a outra parte de conhecer a situação de erro. Note-se que há colidência entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, resolvida em favor da segunda, mais própria do regime constitucionalmente imposto à ordem econômica. A pretensão anulatória de quem erra (e, por isso, está de boa-fé, conforme se antecipou acima) pode se chocar com a pretensão conservativa da contraparte, amparada pela boa-fé objetiva.

A cognoscibilidade objetiva do erro – que é critério indicado pela lei para permitir a anulação em caso de erro – preserva o valor social do negócio, exatamente com a mesma preocupação subjacente à norma do art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Convém lembrar que, desde sempre, a preocupação apontada como determinante da impossibilidade de se alegar *ignorantia legis* foi a necessidade social de segurança jurídica.

E o novo Código Civil tributa reiterada homenagem a essa preocupação quando ressalva, no art. 139, III, que a invocação do erro de direito somente pode ser feita se não importar recusa à aplicação da lei.

⁹³ CASILLO (1982, p. 27). Antes que se diga que o autor analisou a matéria sob a égide do Código Civil de 1916, é importante ressaltar que na obra, p. 64/70, cotejam-se também os dispositivos do Projeto de Lei 634/75, em que o erro de direito vinha cuidado no art. 137, III. O fato não o impede de chegar à conclusão (p. 71, conclusão V) de que “O erro de direito só deve ser admitido na medida em que ele seja invocado para impugnar o ato jurídico em seu nascimento e tenha em vista o próprio conteúdo da declaração. O que ocorre então é que houve erro de fato; [...]”, posicionamento este que é condizente com o vigente, de não distinguir o erro de fato do erro de direito.

⁹⁴ JACOB, Luiz Guilherme de Almeida Ribeiro. *Erro de Direito: interpretação dialógica do novo Código Civil e da Lei de Introdução ao Código Civil*. In FILOMENO (2004, p. 565-582).

Diniz (1981, p. 120), ressaltando que normas similares à do art. 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, são encontradas em códigos civis de diversos países (como o suíço, art. 1.º, o uruguaio, art. 16, o português, art. 10, o espanhol, art. 6º, inciso 2.º, o argentino, art. 16, o italiano, art. 12 e inciso 2º, o peruano, art. XXIII, o mexicano, art. 19, o austríaco, art. 7.º), também que, ainda que omissa a lei quanto à questão, doutrina e jurisprudência cuidam de fazer a cabível menção às formas de supressão de lacunas legislativas (as técnicas da analogia, do apelo aos costumes e aos princípios gerais do direito), como ocorre na Alemanha, ressalta que:

Esses dispositivos legais demonstram que a analogia, costumes e princípios gerais de direito, enquanto mecanismos complementares do direito legislativo, constituem um fato quase universal, pois, como verifica Limongi França, mesmo em países, cujos códigos silenciam a respeito, como o alemão, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de dar a eles foros de regra obrigatória.

Se, nos casos de lacuna, o magistrado julga sem lei, até mesmo contra ela, para preencher omissão legal, atendendo às necessidades emergentes da vida social, é o sistema, em seu todo, que autoriza o juiz a criar norma individual sem relação lógica de subalternação a uma lei. A norma individual possui, portanto, um limite que seria a sua plena e pacífica compatibilidade com o ordenamento jurídico, a fim de que nele possa penetrar sem causar-lhe traumas ou incongruências. Se assim não fosse, a Ciência do Direito não poderia considerar a norma individual do juiz, que julga caso inédito, como válida.

Mas vale a ressalva de que, exatamente pela necessidade de segurança, a atividade criadora do juiz não é livre, encontra balizas dentro do próprio sistema jurídico, ainda que este faça uso de cláusulas abertas que sirvam a permear-lhe até de valores metajurídicos. Neste sentido, colhe-se mais uma vez de Diniz (1981, p. 249-250), após observar que não é dado ao juiz, a despeito da inexistência de uma disposição legal a que se subsuma o caso concreto, abster-se de julgá-lo, e que por isto a lei confere àquele os mecanismos necessários à apreciação do caso concreto, a despeito da lacuna legal:

Contudo, não há um direito absoluto do juiz ao aplicar o direito, pois o direito não dá todo direito e o seu uso não confere irresponsabilidade. O seu exercício deve ser feito sem exceder os ditames jurídicos ou legais e sem prejuízo de terceiros. O exercício do direito de julgar em desacordo com esses princípios constitui um ato abusivo.

Na ordem jurídica há zona geral de liberdade, órbita de imposições, órbita de proibições e órbita de imposições e proibições [...].

[...] Dentro desse quadro da ordem jurídica o poder de jurisdição do magistrado tem uma zona da liberdade, dentro da qual pode exercer sua

atividade. Tal poder de agir é que constitui a liberdade jurídica. A liberdade de julgar só é garantida nos limites da ordem jurídica que lhe corresponde; se o órgão judicante ultrapassar esses marcos invade órbitas jurídicas alheias e sua atividade torna-se uma perturbação da ordem, um abuso de direito.

Percebe-se que o problema do abuso de direito está em íntima conexão com o direito subjetivo. Pois, o direito subjetivo apresenta-se na vida jurídica como uma posição diante da norma, como uma autorização dada pela norma a um sujeito, de fazer ou de ter algo, em face de alguém que se obriga. Logo, se o magistrado exceder tal autorização que lhe foi dada normativamente, agindo está de modo abusivo.

Assim sendo, o poder jurisdicional não é arbitrário, está limitado pelas normas. Entretanto, esse poder é teleológico, ou seja, é autorizado tendo em vista um fim, sendo lícita a conduta do magistrado desde que não exceda estas finalidades tuteladas pelas disposições normativas.

Tomando-se o já exposto, o que se tem é que, na composição de qualquer questão que envolva contratos, o jurista, como o juiz, deve ter em mente, de forma a obviar dúvidas acerca de a que princípios e normas recorrer para identificação e preenchimento de eventuais lacunas que surjam nos casos concretos, o que seja o contrato, sua natureza e finalidade, em especial na seara privada no que importa ao presente trabalho. A partir daí é que se terá, na atividade jurisdicional, a reclamada e garantida segurança, evitando-se o risco de abuso que defluiu a passagem supracitada.

E o contrato, em que pese o Código Civil pátrio não conceituar a figura, viu-se acima, tem um caráter eminentemente destinado ao tráfico jurídico. Gomes (1983, p. 10), cuidando de conceituá-lo, assevera que o vocábulo “contrato” pode ser utilizado em diversos sentidos, que “A palavra contrato emprega-se em sentido amplo e restrito. Na acepção lata, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Restritivamente, indica o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Em sentido ainda mais limitado, significa o negócio jurídico bilateral cuja função específica é criar uma obrigação patrimonial. Nesta acepção, distingue-se do ato-condição e do ato-regra, que, como o contrato, se formam pelo concurso de vontades”. Pereira (1994, p. 6) já o conceitua como “negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar,

modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico, podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. Como função, o jurista mineiro aponta ter o contrato, além da (função) econômica, precípua, outra, civilizadora e educativa, servindo à aproximação dos homens, ponderando (PEREIRA, 1994, p. 8) que “Dois indivíduos que contratam, mesmo que se não estimem, respeitam-se”.

Sendo instrumento de uso precipuamente econômico, utilizado na esfera privada, como também assevera Fonseca (2007, p. 135 *et seq.*), o que se tem é que a análise da espécie não deve escapar aos conceitos e princípios lançados pela Constituição Federal, no que concerne aos direitos e deveres individuais e coletivos (de aplicação imediata, por dicção constitucional) e à ordem econômica e social. Os preceitos constitucionais, afinal, aplicam-se de forma direta ou indireta nas relações privadas, como assevera o autor citado (2007, p. 135), servindo, quando não incidam de forma direta, à interpretação dos ditames da legislação ordinária.

Conforme o doutrinador (FONSECA, 2007, p. 148):

Em matéria de direito econômico é fundamental captar e compreender qual é a ideologia constitucionalmente empregada, para usar a terminologia de Washington Peluso Albino de Souza. O direito dos contratos – que é essencial à economia, e portanto parte importante do direito econômico - só pode ser corretamente estudado e compreendido dentro da ideologia constitucional brasileira.

Na esteira do que já vinha ocorrendo na legislação infraconstitucional, na qual havia sido promulgada recentemente, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 20 de julho de 1985), destinada à defesa de direitos coletivos em uma sociedade massificada, a Constituição Federal teve atenção também ao fenômeno da massificação das relações, com seus impactos nas esferas de liberdade individuais. A carta buscou, neste diapasão, o equilíbrio entre o indivíduo e o social, preservando as ações individuais de origem liberal, mas dando grande relevo e importância, também, às ações coletivas.

Os objetivos do Estado Democrático de Direito em que se consubstancia a República Federativa do Brasil (art. 1.º), declarados pela Carta (art. 3.º), foram a “constituição de uma sociedade livre, justa e solidária”; a “garantia do desenvolvimento nacional”; a “erradicação da pobreza e da marginalização”; a

“redução das desigualdades sociais e regionais”; a “promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações de qualquer espécie”. Para alcançar os objetivos colimados, a carta, em seu já citado art. 1.º, lança como fundamentos da República Federativa do Brasil a “soberania”; a “cidadania”; a “dignidade da pessoa humana”; os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; e o “pluralismo político”.

No art. 5.º, que enuncia os direitos e deveres individuais e coletivos, vê-se que são assegurados aos nacionais e aos estrangeiros residentes no país, isonomicamente (princípio da igualdade), “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, nos termos de seus incisos.

A liberdade a que faz menção o texto, evidentemente, não é compreendida apenas como aquela em que se traduz o direito de ir e vir; compreende ela, outrossim, a liberdade econômica, albergada nos valores da livre iniciativa (art. 1.º, IV, e 170, *caput*). Também a segurança não se limita à segurança física, abarcando igualmente, como já referido, a segurança jurídica, tendo-se em vista o disposto nos incisos II e XXXVI, do citado art. 5.º, levando-se em conta ainda que “A segurança jurídica é uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”⁹⁵. A propriedade é garantida pelo inciso XXII (também pelo art. 170, II), com a limitação de que deverá atender à sua função social (inciso XXIII, do art. 5.º, e III, do art. 170).

De tudo o que se vê, conclui-se que a Constituição Federal brasileira não é uma carta socialista, mas ela também não é puramente liberal capitalista.

Conforme o citado Fonseca (2007, p. 148), ela:

É híbrida. Há temperamentos sociais, mas vários princípios liberais surgem muito fortes. É grande a ênfase na livre iniciativa, na livre concorrência e no livre acesso a quaisquer atividades econômicas por particulares. A atuação do Estado na economia é restrita, prevalecendo a função normativa e reguladora.

A liberdade de iniciativa é efetivamente um dos pilares da ordem econômica, assim dita pelo art. 170, da Constituição Federal. Constituem as atividades econômicas, compreendida a empresa, também, uma forma de trabalho e uma maneira de proporcionar e assegurar trabalho, não só ao particular que a

⁹⁵ SILVA, Almiro do Couto. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, n. 204. *Apud.* JACOB, 2004, p. 571. Cf. (HUBERMAN, 1986, p. 144 et seq.).

desenvolva, mas a todos os que integram a “empresa”, justificando-se, assim, assentar-se a ordem econômica, também, na valorização do trabalho humano.

Aliás, é importante observar que a Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, embora não constitua uma carta socializante, afasta-se da concepção de liberalismo (constituições liberais), constituindo uma carta econômica, cujos objetivos são (FERREIRA FILHO, 1999, p. 346):

Vale aprofundar a análise da ‘matéria’ da constituição econômica. Que compreende essa ‘matéria’? Quais são os pontos essenciais da constituição econômica encarada no aspecto material? Evidentemente, aí se incluem: (1) A definição do tipo de organização econômica, que de perto se relaciona com (2) a delimitação de campo entre a iniciativa privada e a pública, e mais (3) a determinação do regime básico dos fatores de produção, capital e trabalho, tudo isso encimado pela (4) finalidade atribuída à atividade econômica.

Conforme ainda o autor citado, embasado em Barre (1957), a organização econômica pode dar-se de forma descentralizada - esta que se caracteriza por constituir uma economia de mercado, marcada por redes de troca; por ser uma “economia de empresa” (à empresa toca a ligação entre o mercado de produção e de consumo e entre os mercados de trabalho e de fatores de produção – capital); por ser uma economia em que o Estado exerce intervenção apenas indireta e global, atua sobre as grandes linhas da atividade econômica, não descendo a pormenores - , ou centralizada – esta em que o Estado é o único centro de decisão, com intervenções imperativas, diretas e pormenorizadas; em que não há empresa e empresário; em que os cálculos empresariais são substituídos por avaliações administrativas, negando-se a existência de um sistema misto, pois “ou setor público obedece às indicações do mercado, ou não o faz, seguindo um plano. Na primeira hipótese, indubitavelmente existe economia de mercado, apesar da participação de um setor público mais ou menos importante. Na segunda, caso o setor público seja dominante, existe economia centralizada, ou uma variante desta” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 347-348).

No Brasil, definindo a Constituição que a iniciativa econômica não cabe ao Estado, tirantes os casos excepcionais definidos na Carta (art. 173), resta clara a opção por uma economia descentralizada, em que as intervenções do Estado não são pormenorizadas, mas globais.

Ainda conforme o doutrinador, quanto à organização dos fatores de produção (capital e trabalho), a constituição econômica está intimamente ligada à definição dos limites entre a iniciativa pública e a privada, sendo, no regime descentralizado, existente a propriedade privada, ao passo que, no centralizado, o capital é estatizado e há fortes limitações ao direito de empreender. Quanto ao trabalho, pode a constituição econômica relegar às partes a fixação das regras que regerão suas relações ou, ao contrário e como acontece com as constituições sociais, garantir um mínimo de direitos ao trabalhador.

No Brasil, permite-se a propriedade (afinal, a ordem econômica é descentralizada – sendo ela, ainda, um dos direitos individuais – art. 5º, XXII, da CF) e fixam-se os direitos mínimos dos trabalhadores (art. 7º, da CF, *v.g.*), que devem ser respeitados nas relações trabalhistas (que advêm, no mais das vezes, das atividades econômicas).

Por fim, quanto à finalidade, tem-se que a ordem econômica (FERREIRA FILHO, 1999, p. 349):

[...] encarando-se o móvel dos agentes econômicos, vários posicionamentos podem ser distinguidos, como, aliás, na história se revelam. Um se caracteriza por privilegiar o lucro, visto como mola mestra da ação econômica e, em consequência, pautar a conduta da sociedade no plano econômico pelo *enrichicez vouz*. Outro, oposto, proscree o lucro, esperando que cada indivíduo dê de si segundo suas possibilidades ou capacidades, numa atitude altruísta. Esta visão idealista, claramente presente no mundo de hoje, ora deriva da religião (casos de algumas correntes cristãs), ora de ideologia leiga (conquanto de concepção milenarista, como o marxismo). Um terceiro, ao procurar um meio-termo, propõe que a busca do lucro seja tolerada, desde que compensada por uma redistribuição inspirada na justiça social.

O Brasil filia-se, evidentemente, à terceira espécie das elencadas na transcrição acima, incentivando a obtenção do lucro, mas também buscando a “justiça social”. Através da “justiça social”, afinal (e a despeito de o termo não ser autoexplicativo, exigindo dedução), é que se realizariam vários dos chamados direitos de terceira geração, sociais, os quais devem emanar do Estado, ensejando questionamento se poderiam advir de ou exigir-se em função das relações entre particulares.

Além disto, o capítulo que a Constituição Federal dedica à ordem econômica contém uma série de princípios que devem orientá-la, servindo estes princípios a

dirigir a atuação do legislador infraconstitucional, nos contornos, de natureza global, a serem definidos para as atividades econômicas.

Alguns destes princípios a serem atendidos, diga-se, orientam a própria atuação do Estado – a quem cabe, por exemplo, implantar políticas de desenvolvimento regional (art. 21, IX) -, como a promoção da defesa do consumidor e do meio ambiente (é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal a competência para legislar sobre a matéria, conforme art. 24, VIII, da CF), e, enfim, regular em termos globais o exercício das atividades econômicas.

Quanto ao mais, embora a “justiça social” deva orientar também a ordem econômica – como o deve, diga-se, a toda a legislação, eis que ela, a “justiça social”, é um dos objetivos do Estado brasileiro –, o que se tem é que este enunciado, como os dizeres “assegurar uma vida digna”, contidos no caput do art. 170, da CF, encerram conteúdo programático, sendo inoponíveis como direito ou dever a quem quer que seja (eles não constituem direitos subjetivos), enquanto não definidos em extensão e significado pelo legislador complementar ou infraconstitucional, de acordo com a lição de Vicente Ráo (1952, p. 118), que, referindo-se à Constituição Federal de 1946, continua atual:

São exemplos de regras programáticas, ou declarações de princípios, entre outras, as seguintes: Constituição Brasileira, art. 145: ‘A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único: A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.’

São reconhecidas, pois, por este texto constitucional, as faculdades tendentes ao exercício da livre iniciativa da ordem econômica e proclamados o princípio da valorização do trabalho e o do direito à obtenção do trabalho. Mas, para exemplificar, indaguemos: de quem se pode reclamar um trabalho que possibilite existência digna? Do Estado? Dos indivíduos? Quem é obrigado, e como, a fornecer esse trabalho? Quem pode exigi-lo e quais os meios ou recursos legais para tanto?

Não há, com efeito, qualquer norma no direito positivo pátrio que obrigue os particulares a promoverem, de forma ativa, fornecendo diretamente os meios para tanto, a cidadania, a igualdade e a justiça social. Pelo contrário, é aos entes federados, em conformidade com o disposto nos incisos do art. 23, da CF, que cabe fornecer os meios necessários ao desenvolvimento pleno do cidadão e, portanto, ao exercício (também pleno) da cidadania. Cite-se, neste ponto, Barroso (1993, p. 282):

A normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados, pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos em sua versão positiva, mas geram-no em sua feição negativa. São desta categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), etc.

Em verdade, as dicções da carta constitucional que poderiam ser tendentes à socialização do direito têm motivado acalorada discussão na definição de seus contornos, extensão e exigibilidade, na seara privada, notadamente no que concerne à função social da empresa, à função social da propriedade e, por fim, à função social do contrato, sendo a lei ordinária, afinal, que, quanto às duas primeiras, cuida de defini-las. Sempre, entretanto, quanto à tensão entre os valores do individualismo e do solidarismo e para compreensão das referidas funções, é importante ter em mente a advertência feita por Orosimbo Nonato (1957, p. 66), atual diante da convivência de valores individuais e sociais na Carta Constitucional (os primeiros como meio e forma de realização dos demais), cuidando a passagem da discussão doutrinária em torno das teorias da vontade, da declaração e da confiança:

Como assinalamos, entretanto, a base que com o princípio da socialização se pretende dar à teoria da declaração desapresenta consistência e vigor. Incontendível é a interdependência dos homens; mas, como observou PATRY (liv. cit., p. 143), a solidariedade é mais um ideal do que um fato. E se esse ideal exerce influência enorme na vida social, razão é não se deixe em obliúvio que, como disse CAPITANT, o homem defende na sociedade interesses individuais. Por outro lado, não é a sociedade um fim em si mesmo (Patry) e 'ne constitue pas un etre vivant' (LEON BOURGEOIS). A hipertrofia do chamado 'ser social' pode levar a um monstruoso estatismo, à supressão das liberdades e a uma eversão dos destinos da humanidade, considerações inolvidáveis e poderosas a desaceitar o sistema em suas consequências extremas, sem que, a esta conta, se admitam os impulsos e excessos do individualismo, hoje banidos de todos os sistemas políticos. Por outro lado, dentro dos quadros jurídicos, o sistema levaria a desapoderado arbítrio judicial. Se cabe ao juiz verificar a conformidade de um ato de vontade ao fim social a que se destina, seu arbítrio se fará sentir na verificação daquele fim, jamais definido a primor. A opinião pessoal e subjetiva do juiz é que, ao cabo de contas, prevalecerá.

Dito isto, e importando ao presente trabalho a apreciação do que seja a função social do contrato, cabe, antes de abordar-se o tema, o estabelecimento,

ainda que não aprofundado, do que seja “função social da empresa” e, em especial, “função social da propriedade”, esta mais afeita à função social do contrato, em virtude do escopo que tem a última das figuras. O entendimento do que seja função social do contrato, afinal, deve-se a que o Conselho de Justiça Federal, por seu Enunciado 361, entende que “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”.

Acerca do princípio da função social da empresa, tendo em vista notadamente os dispositivos da legislação que objetivam a preservação desta (contidos no Código Civil e na Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas – Lei 11.101/05), colhe-se da doutrina (MAMEDE, 2005, p. 417):

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou as sociedades empresárias, prejudica também os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.”

Vê-se da lição, afinal, que a função social da empresa, da atividade, é, gerando riquezas, movimentando a economia, gerar tributos, eventualmente trabalho, proporcionando, assim, meios a que o Estado cumpra as suas funções de promover a cidadania, realizando os direitos sociais que lhe são oponíveis pelos indivíduos.

De igual sorte, no que concerne à propriedade, a função social desta, estatuída no inciso XXIII, do art. 5.º, assim como no inciso III, do art. 170, da CF/88 (princípio de cunho setorial ou específico, aplicável à ordem econômica) (BARROSO, 1993, p. 292-293), também não restou definida na Carta Constitucional.

A propriedade privada, assegurada pela Constituição da República, é tida como a relação de dominação, de assenhoreamento, estabelecida por parte de certa pessoa com relação a determinada coisa, passível esta de apropriação, outorgando-se àquela pessoa prerrogativas, oponíveis *erga omnes*, de uso, gozo, fruição e reivindicação. Está superada, hoje, a velha referência a uma relação jurídica que determinado sujeito manteria com certo bem, notadamente porque, por princípio, só

é possível o estabelecimento de relações jurídicas entre sujeitos de direitos dotados de personalidade jurídica.

Importante anotar, ademais, que a definição de propriedade privada remete ao conceito de bem, de coisa, que se marca pela natureza corpórea e pela suscetibilidade de valoração econômica. Entretanto, não é demais dizer que a Carta Constitucional assegura proteção não só à propriedade, mas a outros direitos patrimoniais, como os intelectuais.

A definição de propriedade privada acarreta o estabelecimento dos princípios do absolutismo, da publicidade, da taxatividade, da tipicidade, da sequela e da especialidade, sem prejuízo de outros, peculiares ao Direito das Coisas e suficientes à sua diferenciação no que concerne aos direitos de natureza pessoal.

O princípio do absolutismo assegura perpetuidade e oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais, inerentes à propriedade. Ele tem como corolário a exigência da publicidade de sua constituição, mediante registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis competente, no caso da propriedade imobiliária, ou pela tradição, na hipótese dos bens móveis, além da prerrogativa de sequela, que faculta a reivindicação da coisa em desfavor de terceiro que eventualmente a detenha.

Quanto aos princípios da taxatividade e da tipicidade, o que se tem é que, contrariamente ao que ocorre com os direitos tipicamente pessoais, os direitos reais são restritos às hipóteses previstas em lei (*numerus clausus*), tendo seu conteúdo rigidamente definido, de maneira que não comportam alteração decorrente da vontade do sujeito.

Entende-se por princípio da especialidade, por outro lado, a obrigatoriedade de que os direitos reais sejam, sempre, determinados, ao passo que os direitos de natureza pessoal podem ser determináveis quanto a seu objeto.

Importante anotar, em consonância com o já exposto, que a propriedade privada constitui inequivocamente uma das bases fundamentais dos ordenamentos jurídicos vigentes, sendo erigida, no mais das vezes, à condição de direito fundamental dos cidadãos, notadamente após a queda dos regimes socialistas típicos, os quais previam, concomitantemente e com nítida prevalência da última, propriedades pessoais (em substituição à privada), de cooperativas e estatais (DAVID, 1998, p. 269).

Especificamente quanto à formação da propriedade, sua origem, no Brasil, diversamente do ocorrido na Europa Ocidental, não decorreu da histórica ocupação

de áreas, mas da privatização do domínio público, como ensina Martins-Costa (2002, p. 749):

Este processo de passagem da propriedade feudal à propriedade privada, em sua conformação napoleônica-pandectista, marca dos principais sistemas jurídicos da Europa ocidental, assume contornos profundamente diversos no Direito brasileiro. Neste, inexistentes as estruturas sociais do tipo feudal, a propriedade formou-se a partir da propriedade pública, patrimônio da Coroa portuguesa, que detinha o domínio iminente das terras conquistadas. Gradativamente, a Coroa possibilita a apropriação das terras públicas pelos particulares, desfazendo-se de seu patrimônio.

É de ver-se, neste ponto, que a doutrina moderna tem visto a propriedade em diferentes aspectos, tanto assim que Eros Roberto Grau (A ordem econômica na Constituição de 1988, p. 237) vislumbra no domínio quatro perfis, a saber, o subjetivo, o objetivo, o estático e o dinâmico, sendo o subjetivo, relativo ao exame estaticamente considerado da situação jurídica do proprietário; o objetivo, pertinente a seu reconhecimento como situação jurídica legítima pelo ordenamento; o estático, representativo da perenidade da propriedade enquanto prerrogativa oponível *erga omnes*; e o dinâmico, decorrente da nova roupagem assumida pela propriedade privada, notadamente no tocante aos bens de produção, em razão do conflito entre propriedade e trabalho, em relação ao qual incide o princípio da função social da propriedade privada.

A caracterização multifacetada da propriedade privada enquanto instituto jurídico foi expressamente reconhecida por Perlinger (2002, p. 224-225), que detalhou a influência desta característica na própria formação do domínio:

A propriedade é, ao revés, uma situação subjetiva complexa. Colocar em evidência as obrigações, os ônus, os vínculos, os limites, etc., é importante na medida em que, se de tal situação tem-se uma concepção unitária, a inadimplência de um deles se reflete sobre toda a situação. Essa inadimplência pode não comportar somente o ressarcimento do dano – ao qual é obrigado qualquer sujeito devedor inadimplente –, mas, ao contrário, pode adquirir relevância para fins da própria existência do direito.

A função social da propriedade relaciona-se justamente ao perfil dinâmico do instituto, conforme pondera Grau (1988, p. 240), aplicando-se, *a priori*, ao regime dos bens de produção:

É nesse nível que o princípio da função social da propriedade fluentemente realiza a imposição de comportamentos positivos do titular da propriedade. E nesse nível, dinâmico, desponta a propriedade dos bens de produção, nitidamente, como propriedade em regime jurídico de empresa. Isso não significa, de toda sorte, que o princípio da função social da propriedade apenas se realiza, em concreção, de modo ativo, quando aplicado à propriedade empresarial.

Por outro lado, colhe-se a ponderação de Perlinger (2002, p. 230-231):

[...] do inteiro quadro constitucional deriva que a propriedade privada não pode ser esvaziada de qualquer conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, como um título de nobreza. Ela representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa em relação a qualquer tentativa de estatualismo [...]. a função social não pode em caso algum, contrastar o conteúdo mínimo: função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificativos da propriedade.

Sobre a função social da propriedade, Grau (1988, p. 245) alerta que hão de ser reconhecidos, hodiernamente, dois aspectos distintos da mesma, um negativo e outro positivo:

No primeiro caso – da concepção negativa – encontramos na França, o art. 40 da Declaração dos Direitos do Homem, que coíbe os abusos de direito. A concreção do princípio opera-se, aí, na imposição de obrigações de não fazer ao proprietário. No segundo caso – da concepção positiva – encontramos os arts. 42 e 44 da Constituição Italiana, que funcionam como fonte geradora da imposição de comportamentos positivos ao proprietário. Este, então, é compelido a agir positivamente, não apenas negativamente. A primeira concepção, negativa, é coerente com a ideologia do Estado Liberal; a segunda está comprometida com a ideologia que reconhece a necessidade de se colocar à disposição da ordem jurídica instrumentos de conformação do processo econômico e social.

Constata-se da doutrina que, em regra, o atendimento à função social da propriedade corresponde não só ao seu uso em harmonia ou sem ofensa a direitos de terceiros, ligando-se também à exploração econômica do domínio, ao efetivo aproveitamento dos bens, em especial aqueles afetos às atividades daquela natureza. Sua constatação e conceituação, conforme Theodoro Junior (2004, p. 81), é mais fácil do que as da função social do contrato, tendo-se em vista em especial a sua oponibilidade *erga omnes*, que faz dela, da propriedade, um direito essencialmente social, em decorrência do dever geral de abstenção.

Conforme ainda o autor citado (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 82), foi a partir da teoria do abuso do direito que se construiu a noção de função social da propriedade. Entende-se abusivo, segundo o autor, o exercício do direito em

questão em desarmonia com as finalidades econômicas e sociais, servindo a premissa de parâmetro não apenas ao exercício dos poderes dominiais, mas, também, à regência normativa e judicial do tema.

É certo que, de há muito, as Constituições brasileiras vêm tratando da chamada função social da propriedade, tema este que, portanto, não é novo, sendo seu estudo, como dito, mais desenvolvido que o da função social do contrato, o que também é constatado por Fonseca (2007, p. 85)⁹⁶. Com efeito, já a Constituição Federal de 1934 assegurou, por seu art. 113, o direito à propriedade privada, dispondo, entretanto, que aquele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei os definisse, ensejando, assim, certa relativização das prerrogativas do proprietário.

Também a Constituição Federal de 1937, no art. 122, prescreveu expressamente que o direito de propriedade, resguardado constitucionalmente, teria seu conteúdo e limites definidos em lei que lhe regulasse o exercício, o mesmo ocorrendo com a Constituição Federal de 1967, a qual, ao dispor sobre a ordem econômica, prescreveu que a propriedade privada teria por fim realizar a justiça social, e princípio, entre outros, o da função social.

As Constituições Federais de 1969 e de 1988, por fim, seguiram o modelo das que lhes antecederam, sendo o último diploma expresso, como já falado, em que a função social da propriedade é um limitador deste direito. A preocupação do constituinte com a matéria fica patente quando ele chega a delimitar, no art. 186 e em relação à propriedade privada que tenha por objeto imóvel rural, que a função social será atendida sempre que observados os requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada de recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, observância aos ditames de regência das relações de trabalho e, ainda, de exploração em benefício do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Tal preceito, a propósito, já vigia no ordenamento pátrio em função do disposto no art. 2º da Lei n.º 4.504, de 1964, o qual dispõe que o desatendimento à condicionante da função social da propriedade redundará em desapropriação por interesse social (art. 18, alínea a, da Lei n.º 4.504/64). Quanto aos imóveis urbanos, o que se tem é que o art. 182, da Carta, estabelece que a propriedade deve atender

⁹⁶ Citando neste sentido Arruda Alvim e Eduardo Sens dos Santos.

aos seus fins sociais, os quais são definidos em plano diretor e no Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001). O não atendimento à função social da propriedade, seja ela urbana ou rural, pode dar ensejo, conforme o disposto nos arts. 182, § 3º, 184 e 5.º, XXIV, da Constituição Federal, até mesmo à desapropriação, com gradação de penalidades no que concerne à propriedade urbana.

A constatação, entretanto, não veda o exercício dos poderes inerentes ao domínio, com lastro exclusivo nos interesses individuais, egoísticos, do proprietário. É garantido a este, sempre, o uso e gozo da propriedade, consoante as suas próprias conveniências, as quais, por outro lado, não poderão ser contrárias aos interesses coletivos, entre os quais os de desenvolvimento econômico.

O que ocorre, assim, é a mitigação do caráter absoluto do direito de propriedade, especificamente em relação ao uso e gozo, sendo vedado que estes se deem contrariamente aos interesses da coletividade ou de terceiros, seja por imposição de abstenções ao proprietário (como o uso abusivo decorrente do desatendimento aos comandos, por exemplo, oriundos do Direito de Vizinhança), ocorrendo por outro lado a imposição de obrigações positivas àquele, no sentido da implementação de medidas atinentes aos direitos que integram a noção de propriedade (notadamente ao uso e gozo), as quais serão, ao menos em tese, tendentes ao fomento do desenvolvimento sócio-econômico.

Logo, a cláusula de atendimento à função social da propriedade privada contém a exigência de que, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁹⁷, o titular do domínio deixe de agir em detrimento dos interesses da coletividade ou em mero prejuízo de terceiros (abuso de direito), ainda que implemente providências (obrigações positivas) tendentes ao desenvolvimento econômico e social, notadamente utilizando a coisa para os fins a que se destina,

⁹⁷ As limitações, como observa Fonseca (2007, p. 142), sujeitam-se ao devido processo legal. O autor assevera que: “Quanto ao devido processo legal, é o mesmo também relacionado à propriedade, ao dizer que ninguém será privado de seus bens sem o respeito ao mesmo. Note-se por relevante que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na esteira da Suprema Corte dos EUA e da Corte Constitucional da Alemanha, o devido processo legal tem dupla dimensão, adjetiva e substantiva. No aspecto adjetivo, representa um processo judicial ou administrativo segundo regras preestabelecidas, respeitando amplamente o direito de defesa. No aspecto substantivo, o devido processo legal demanda a razoabilidade e a proporcionalidade das leis, especialmente das restritivas de direitos. Sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade, a lei deve significar uma medida adequada e necessária para os fins por ela perseguidos, e que tampouco interfira excessivamente, ou de modo desmedido, nos direitos por ela afetados”.

dando-se, nesta esfera, liberdade aos propósitos individuais do proprietário. Neste sentido, é o que se tem do art. 1.228, do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas;

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Em consonância com o exposto, o que se tem é que a chamada “doutrina da propriedade-função”⁹⁸, defendida pelas correntes mais socializantes do Direito, soa

⁹⁸ Ferrara, citado por Gomes (1961, p. 134-135), sintetizou, em exposição na Universidade de Pisa, os princípios norteadores do ordenamento jurídico na Itália fascista, dos quais se retira o conceito de propriedade-função:

“1- supremacia absoluta da autoridade do Estado sobre a atividade e os direitos subjetivos dos particulares.

2- todos os direitos subjetivos são saturados de interesse social, devendo ser tidos como deveres ou funções: a personalidade humana, o pátrio poder, a propriedade, a herança, se apresentam como centros de deveres jurídicos, como situações nas quais os indivíduos têm u’a missão a cumprir, em relação à qual pode exercer poderes.

3- toda atividade lícita do indivíduo deve ser interpretada e exercida no sentido que melhor responda aos fins sociais.

4- a vida e a personalidade do homem são bens postos nas mãos do Estado, que os defende, os assiste, os ativa e os garante.

5- o núcleo fundamental da sociedade é a família, cujos interesses pessoais e patrimoniais devem ser protegidos pelo Estado.

6- a missão do homem é o trabalho, pelo que deve ser considerado um fator da produção, considerado o trabalho um dever social.

7- a boa-fé de terceiros deve ser tutelada através de um regime de publicidade que resguarde os sujeitos na sua condição jurídica, as transmissões de bens, e as ações judiciais.

8- o contrato deve representar o meio válido da cooperação social; não é a vontade das partes que deve prevalecer, mas a lei é que a essa vontade atribui efeitos por motivos sociais, suprimindo ou corrigindo toda lesão na contraprestação, toda iniquidade, todo abuso e aproveitamento de circunstâncias, de paixões e da experiência de outrem.

9- a tutela jurisdicional deve ser igual, eficaz, onipresente e imutável para todos os cidadãos.

avessa ao Direito pátrio, pois o condicionamento do exercício do direito de propriedade, da própria propriedade estatuída no *caput* e no inciso XXII, do art. 5º, da Constituição Federal, à observância ou atendimento de certa função, equivaleria a dizer, nos moldes do fascismo italiano, que o direito em questão nada mais é do que uma concessão do Estado ao indivíduo, derogando-se todo o sistema de liberdades conquistado e garantido pelo Direito pátrio, como deflui da contundente lição de Ferrajoli (2006, p. 582), manifestando-se nomeadamente sobre a derrogação do princípio da presunção de inocência por aquele regime:

A crise do princípio, que como foi visto chega à sua negação, é uma explícita conseqüência da ideologia fascista da funcionalização do indivíduo em relação ao Estado: cf., por exemplo, V. Manzini, ob. cit., p. 183: 'O Estado, diferentemente do Estado democrático-liberal, não considera a liberdade individual um direito preeminente, mas sim uma concessão do Estado acordada no interesse da coletividade'; e quase com as mesmas palavras D. Pafundi, *Mandato di accompagnamento, di arresto, di cattura e di comparizione, Nuovo digesto italiano*, cit., VIII, 1939, p. 97: 'A tutela da liberdade individual, segundo a concepção fascista e contraposta à do Estado democrático-liberal, não é um direito preeminente do indivíduo em relação e em subordinação ao interesse social. São teses que ecoam do *Discorso* do Ministro Alfredo Rocco, pronunciado em Perugia em 30.08.1925 e relembado tanto por Manzini como por Pafundi: 'A fórmula das doutrinas democráticas, liberais e socialistas: a sociedade pelo indivíduo, o fascismo substitui por outra: o indivíduo pela sociedade. Mas com a diferença de que, enquanto aquelas anulavam a sociedade dentro do indivíduo, o fascismo não anula o indivíduo dentro da sociedade. Subordina-o... A liberdade, portanto, dá-se ao indivíduo e aos grupos no interesse social. Como todos os direitos individuais, também a liberdade é uma concessão do Estado.

10 – o poder judiciário é o órgão de contenção e conciliação e o juiz deve ser um poderoso colaborador e auxiliar para a delimitação dos direitos e a conciliação dos antagonismos de interesses.”

Gomes (1961, p. 136-137), falando sobre os riscos de uma reforma do Código Civil de 1916, anota, a partir dos princípios elencados por Francisco Ferrara:

“O mais grave, porém, é que se reivindica sua aplicação sob o fundamento de que corresponde à tendência para a socialização do Direito, apresentando-se, seus pregoeiros, como mensageiros de idéias novas”. E arremata:

“O que faz temer por uma reforma total do Cód. Civil é o risco de ser insuflada por esse espírito aparentemente progressista, mas verdadeiramente reacionário. Na estrutura econômica e social do país, generosos propósitos de humanização do Direito e justas reações aos princípios individualistas têm toda a probabilidade de se desvirtuarem, transformando-se em lastro para a implantação do autoritarismo que se nutre no puro endeusamento do Estado. Eis por que, na hipótese de ser tentada a revisão das bases do Código Civil, toda prudência será pouca para evitar que o espírito do Direito Privado seja substituído pelo espírito do Direito Público [...]. É de recear que legisladores mal informados crismem a orientação enganosa de fascistizar o Direito Privado supondo que estão socializando-o, tomando projeções difusas de um estado-de-espírito passageiro pela prefiguração de uma nova ordem jurídica norteada para a justiça social, tanto mais perigosas quanto, como já se observou com propriedade, o juiz é induzido a sentir e aplicar o Direito segundo critérios e impulsos que harmonizam com a atmosfera política e social em que vive. Importa, pois, que a renovação se processe em termos autênticos, depurando-se as necessárias inovações e reformas da ganga totalitária que se incrustou na idéia generosa de erradicação do burguesismo do Código.”

A concepção, com efeito, tornaria o direito de propriedade algo totalmente débil, violando, além dos dispositivos acima elencados, ainda o inciso XXIV do art. 5.º, que assegura indenização justa e prévia, em dinheiro, nos casos de desapropriação (que equivale à perda de qualquer das prerrogativas ou direitos inerentes à propriedade, ocorrendo, por exemplo, nas hipóteses de tombamento), bem como os arts. 182, § 4º, inciso III, e 184, todos da CF. Além da questão lógica de não ter qualquer valia assegurar-se um direito nominalmente e factualmente eliminá-lo, a “propriedade-função” ainda feriria frontalmente o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que veda emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. O regime do direito ou dos direitos pode variar, mas não de tal forma que os suprima ou viole os dispositivos constitucionais que asseguram a compensação.

Ao contrário do que ocorre com a função social da propriedade, a função social do contrato não é definida pelo legislador ordinário, não encontrando, por outro lado, qualquer previsão constitucional. Assim, a vagueza da dicção função social contida na legislação ordinária faz com que surjam, na doutrina e na jurisprudência, diferentes concepções acerca de sua conceituação e de seu alcance. A expressão contém-se no art. 421, do CCB, que prevê que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”. Trata-se, posto que o legislador não retire consequências da não observância da regra, de uma cláusula geral, cujo preenchimento e entendimento, assim, deve dar-se no campo da experiência, da aplicação, da qual se retirarão, também, caso a caso, as consequências de sua aplicação (HANEMANN FILHO, 2009, p. 19):

Tais instrumentos, em suma, exigem do juiz posição ativa na valoração dos conceitos legais indeterminados e muito mais ação diante de cláusulas gerais permissivas de sua atuação criadora, o que, de um lado, é altamente positivo, de outro lado, mostra-se preocupante.

Percebe-se da transcrição do dispositivo em que ela está contida, que a função social seria, a um só tempo, condição para o exercício da autonomia privada, da liberdade de contratual, sendo, igualmente, uma limitação a esta. A questão de ser uma condição para a contratação, entretanto, é combatida por autorizada doutrina

(FIUZA, 2004, p. 76)⁹⁹, devendo entender-se, com escopo nesta, que se trata, na espécie, apenas de um limite ao exercício desta liberdade (da liberdade contratual). Ademais, função, como bem observa Theodoro Júnior (2004, p. 46), é um objetivo que se dá a algo ou a alguém. Ao lado da função social, assim, os contratos têm, igualmente, clara função econômica, ínsita ao instituto e, pois, de desnecessária dicção legal. Pode-se dizer, inclusive, que função social e função econômica, em que pese poderem se confundir (afinal, a extinção, a criação, a transformação e a transmissão de obrigações, função econômica dos contratos, exercem também evidente papel social), podem funcionar como limitadoras entre si.

Tendo ele uma função econômica, o contrato não pode exercer um objetivo de promoção de igualdade entre as partes, pelo que o citado Humberto Theodoro Júnior refuta expressamente a ideia de Paulo Nalin¹⁰⁰, exprimida no conceito de que o contrato teria efeitos em duas esferas, uma extrínseca e outra intrínseca, atuando a função social nestes dois campos. Extrinsecamente, segundo o último doutrinador referido, a função social cuidaria dos efeitos emanados do contrato bilateral em relação à coletividade, preocupando-se com as consequências dos ajustes “no largo campo das relações sociais”, ou seja, em face de terceiros.

Já no aspecto intrínseco, dizendo respeito às partes contratantes, a função social produziria efeitos promovendo a igualdade material entre as partes, ligando-se aos princípios da equidade e da boa-fé objetiva, que seriam, todos, ainda conforme Paulo Nalin (citado mais uma vez por THEODORO JUNIOR, 2004, p. 45), decorrentes da “grande cláusula constitucional da solidariedade”. Ocorre que, como aponta Humberto Theodoro Júnior, ao discordar da ideia de promoção de igualdade enunciada, não se pode entender que o contrato exerça tal função, quanto mais quando se trata de promoção de uma igualdade assistencial, não servindo os instrumentos da espécie a tal desiderato. Ademais, somando-se à arguta observação, o que se tem é que o comportamento solidário é um comportamento

⁹⁹ Ricardo Fiuza, anota, sobre o Projeto de Lei (PL) 6.960/02, que objetiva a mudança do texto do art. 421 do CCB para “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”: “A alteração proposta, atendendo as sugestões dos Professores Álvaro Villaça Azevedo e Antonio Junqueira de Azevedo, objetiva inicialmente suprimir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também se procedeu a supressão da expressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”.

¹⁰⁰ Sustentada, conforme Theodoro Júnior (2004, p. 44-45), no artigo “A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro”, Revista de Direito Privado, São Paulo, RT, vol. 12, out/dez 2002.

ativo, entendido em conotação benéfica, sendo o próprio Código Civil expresso no sentido de que os negócios benéficos são interpretados restritivamente (CCB, art. 114¹⁰¹), do que se conclui que a inserção nos contratos em geral, de forma “tácita”, de uma cláusula benéfica, solidarista, que esteja acima da vontade declarada das partes (ou que do ajuste exsurja, nos moldes dos art. 112¹⁰² e 113¹⁰³, do CCB), seria contrária, sistemática ou analogicamente, às previsões do Código Civil pátrio para a espécie.

Em verdade, conforme constata Rodrigo Garcia da Fonseca, os que defendem, a pretexto de haver uma faceta interna da função social do contrato, “banalizar” (2007, p. 212) a intervenção judicial no universo contratual, buscam arrimo para tanto no “princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. Embora o autor afirme ser o valor em questão central na Constituição Federal, colocando-se ao lado de outras garantias, como os direitos à liberdade e à propriedade, seu uso indevido no ambiente interno dos contratos particulares geraria insegurança e terminaria por atentar contra outros princípios (além do da segurança), como o da livre iniciativa, em que se assenta a ordem econômica. Neste sentido, é a lição (FONSECA, 2007, p. 212):

Por mais relevo que tenha merecido na Constituição, e já nos referimos à sua posição central na carta hoje vigente, o princípio da dignidade humana deve ser compreendido razoavelmente, em conjunto com outros elementos constitucionais relevantes, juntamente com todos os demais princípios que emergem do sistema constitucional.

Entendemos que o princípio da dignidade humana não pode ser banalizado. Os seus contornos são nobres, e se relacionam às grandes questões colocadas na Constituição na seara dos direitos fundamentais, inclusive aos primados da segurança, da propriedade e da liberdade. Ora, uma intervenção excessiva do Estado-julgador nos contratos não só contraria a ordem econômica constitucional como, a pretexto de proteger a dignidade do homem, pode feri-la, gerando insegurança jurídica, má definição de direitos de propriedade e desrespeitando a liberdade de contratar.

Não há dúvida de que o princípio da dignidade humana justifica a proteção ao mais fraco na relação contratual. Mas a noção de dignidade também comporta uma dimensão de honradez e cumprimento da palavra empenhada.

E continua (FONSECA, 2007, p. 213):

¹⁰¹ “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

¹⁰² “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

¹⁰³ “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Utilizar o princípio da dignidade para tornar os contratos via de regra menos obrigatórios é banalizar aquilo que é o centro da Constituição e favorecer um comportamento oportunista por parte dos agentes econômicos. O princípio da dignidade humana, em matéria de contratos, só pode entrar em cena quando caracterizada a absoluta essencialidade da avença, e um desequilíbrio tal que comprometa a capacidade de ação de um dos contratantes, que fica impossibilitado na prática de defender seus próprios interesses.

Concorda-se aqui parcialmente com a justificativa apresentada para rechaçar-se a banal intervenção do Judiciário na relação contratual. A ofensa às liberdades, à segurança, mesmo à propriedade ou ao patrimônio, como um todo considerado e economicamente valorável, fazem com que a intervenção no universo contratual, pelo Judiciário ou o Estado-Juiz e com arrimo na função social do contrato, deva ser evitada, sob pena de ofensa à função econômica do instituto e, mais, à segurança jurídica.

Discorda-se, assim, da assertiva de que a intervenção do juiz no contrato (diga-se aqui que o autor também cita Paulo Nalin¹⁰⁴ como defensor da função social interna do contrato, mas na forma mais restrita, por aquele também dita válida), em certas circunstâncias excepcionais e com o fito de promoção de igualdade, seria possível, pois isto implicaria, de toda sorte, na busca de uma igualdade material, rechaçada com propriedade por Theodoro Júnior (2004, p. 46) nos seguintes termos:

Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado. Por exemplo: à jurisdição cabe a função de compor conflitos, ao legislativo a de editar normas, à administração, a de gerir a coisa pública etc. Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a igualdade dos contratantes equivale a dizer que este tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes 'sejam iguais'. Ora, o contrato jamais terá semelhante objetivo porque não se trata de instrumento de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos.

O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes, com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na posição de como aproximá-los e dar-lhes uma saída negocial.

De fato, não se pode ou deve pretender que o contrato civil exerça, internamente, uma função social distinta da circulação (transformação, extinção etc.) de riquezas, em especial que ele tenha cunho distributivo, sob pena de gerar-se insegurança decorrente do desequilíbrio na distribuição dos riscos da contratação (em verdade, tornando-se uma das partes um risco para a outra), com o

¹⁰⁴ Com base na mesma obra a que se referiu Theodoro Júnior, conforme, acima.

consequente impacto no desempenho da função econômica das avenças da espécie. Tal comportamento, que resultaria por fim em distributivismo, evidentemente geraria insegurança na contratação, o que refletiria em preços, condições contratuais etc., acabando por atingir, em suma, o desempenho da função econômica do instituto. E este distributivismo redundaria certamente na impossibilidade de contratação por certos atores sociais, o que, ademais, acarretaria ofensa ao preceito de que o Estado deve assegurar a todos a igualdade jurídica material¹⁰⁵, bem como liberdade e segurança.

Das proposições de Rodrigo Garcia da Fonseca para discordar da larga intervenção do Judiciário na relação contratual, com arrimo na função social do instituto, deve-se discordar, ainda, cuidando-se dos contratos civis, daquela que diz respeito à dignidade do homem, dignidade humana ou, nos dizeres da Carta de 1988¹⁰⁶, “dignidade da pessoa humana”. Com efeito, em conformidade com a lição de Luis Roberto Barroso, o que se tem é que o enunciado em questão, tal como se encontra na Constituição, não muito, ou nada, significa. Após fazer exposição acerca da divisão dos princípios constitucionais em fundamentais, gerais ou setoriais (BARROSO,1993, p. 290-293), o autor sentencia, sobre a dignidade humana (BARROSO,1993, p. 296):

Dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador.

E continua (BARROSO,1993, p. 298):

¹⁰⁵ Esta entendida sob o prisma da igualdade de oportunidades a que se refere Paulino Jacques, referindo-se à formulação original do conceito de igualdade, de Aristóteles, e a Rui Barbosa (1957, p. 161): “A verdadeira lei da igualdade está na proporcionalidade da desigualdade social à desigualdade natural. Aquela deve variar proporcionalmente a esta, e há mister dar a cada um na razão do que vale. Como se vê, o mestre não fala em igualdade natural e, muito menos, em igualdade social, que constituem a realidade passada, presente e futura, e não excluem o tratamento igualitário, que manda dar a cada um o que merece.

Pedro Calmon sustenta que o princípio jurídico igualitário não significa outra coisa que “igualdade de oportunidade” para todos. Igualdade no ponto de partida. O acesso ao poder e à propriedade fica aberto a todos que queiram atingi-los. As diferenças são posteriores, vencem as ‘superioridades naturais’.”

¹⁰⁶ Art. 1º, III.

Com efeito, embora não seja de rigor, é próprio das Constituições fazerem-se acompanhar de um preâmbulo. É comum que nele se incluam os antecedentes e o enquadramento histórico da Constituição, bem como sua justificação e seus grandes objetivos. Fruto do mesmo poder constituinte, o preâmbulo integra a Constituição formal, embora o seu texto tenha mais um caráter de proclamação do que sentido normativo. Distingue-se ele do corpo da Constituição precisamente pelo tipo de eficácia que possui. Ele não se destina a normatizar situações jurídicas, mas a situar historicamente a Constituição e apontar diretrizes para o Estado por ela constituído. Ao contrário dos princípios, que têm uma dimensão jurídica, o termo diretrizes tem uma acepção mais fluída, de conteúdo essencialmente político. Remarque-se: a política não é menos que o Direito. Apenas, a função social de cada um deles é distinta.

Frise-se que as asserções acerca da dignidade humana não são feitas aqui para infirmá-la, seja como princípio jurídico ou valor político, servindo apenas para confrontar as conclusões acima transcritas acerca das razões para a sua não aplicação nas relações entre particulares. Afinal, ainda que o ditame constitucional encerre efetivamente um princípio, como a corrente do Direito Civil constitucional defende (ao lado de sua ampla aplicação na esfera privada), o que se tem é que, na seara privada, são outros os valores que norteiam a interpretação das regras e relações. Marcadamente, incidem neste campo os valores da segurança jurídica, da propriedade, da função social da propriedade, da livre iniciativa, do valor social do trabalho e, por fim, da igualdade e da liberdade, todos estes direitos fundamentais, assim elencados pela Carta de 1988 (a livre iniciativa aparece como princípio fundamental – art. 1.º, IV – ao lado do valor social do trabalho, constando os demais valores elencados do art. 5.º, *caput* e incisos), por uma questão mesmo de especialidade das regras que contêm os referidos direitos. Ademais, convivendo aqueles, no texto constitucional, com a “dignidade da pessoa humana”, o que se tem é que, entendida esta largamente, são os demais direitos referidos facetas daquela, com ela se harmonizando, por conseguinte, e aplicando-se, eles sim, diretamente ao contrato civil, por imposição do § 1.º, do art. 5.º, da Constituição¹⁰⁷, também por sua especialidade.

Ademais, na lição de Menezes Cordeiro, o que se tem é que, em Portugal, país no qual a Constituição é expressa (art. 18.º) acerca da eficácia direta dos direitos fundamentais, a doutrina vem tirando conclusões no sentido de que esta aplicação não se dá de forma indiscriminada, descuidada. Há de diferenciarem-se, com efeito, os direitos que se opõe ao Estado daqueles que se opõem aos

¹⁰⁷ “As normas e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

particulares, bem como ter-se atenção a que a valoração dos direitos fundamentais, dos valores respectivos, deve dar-se por forma adequada, cabendo, pois, a ponderação axiológica sobre a sua aplicabilidade a determinadas situações. Nas palavras do doutrinador (CORDEIRO, 2005, p. 210):

Há, pois, que se distinguir, sob as construções lingüísticas jussubjectivantes, o sentido de certos direitos fundamentais: quando dirijam comandos ao Estado, não cabe, deles, extrapolar regras directas para os particulares.

Nos restantes casos, os direitos fundamentais podem ser directamente atendidos, tanto mais que eles tendem a reforçar posições já consagradas, máxime pelo Direito da personalidade.

Ainda aí, no entanto, com restrições que lhes restituam o seu verdadeiro sentido normativo e, designadamente:

- com adequação axiológica;
- com adequação funcional.

A adequação axiológica recorda que os direitos fundamentais não acautelam, somente, certos valores; antes, o fazem por forma adequada ou, noutro prisma, perante violações que eles considerem adequadas. Apenas nessa dimensão eles podem surtir efeitos civis. Por exemplo, a recusa em celebrar um contrato – máxime de prestação de serviço ou de trabalho - pode pôr em perigo a vida ou a integridade da outra parte; mas o direito à vida, como fundamental que é, não exige, aqui, a celebração do contrato (em princípio) por não haver adequação axiológica em tal dimensão.

A adequação funcional obriga a atinar nas próprias violações em si: também estas podem situar-se no termo de funções estranhas ao direito fundamental considerado, quer por conflitos de deveres em que este ceda – por exemplo, o soldado na guerra pode matar e, provavelmente, deverá mesmo fazê-lo – quer por simples alheamento ou desconexão – por exemplo, a pessoa que professasse uma religião que proibisse o trabalho não poderia, legitimamente, receber sem trabalhar em nome da liberdade de consciência.

Os direitos fundamentais têm um papel na argumentação, permitindo tornar mais consistentes soluções apoiadas noutros níveis normativos.

Eles contribuem para a concretização de conceitos indeterminados.

Eles admitem, por fim, uma aplicação directa, quando o seu sentido normativo, em termos de adequação axiológica ou funcional, a tanto dê lugar.

Como se vê, e sem adentrar o tema da “eficácia imediata ou horizontal das normas constitucionais” (remetendo-se entretanto às advertências contidas na nota de n.º 98, acima), a “dignidade da pessoa humana”, ainda que tomada como direito fundamental¹⁰⁸, a despeito do acima aduzido acerca da forma como posta na Constituição, não se adequaria, axiológica ou funcionalmente, às relações de cunho privado, notadamente as contratuais em sua dinâmica patrimonial, não havendo falar-se, portanto, em sua aplicabilidade às relações desta natureza, como

¹⁰⁸ Conforme Barroso (1993, p. 282), as normas constitucionais definidoras de direitos – entre os quais, por óbvio, os fundamentais, geram, contrariamente aos princípios constitucionais, direitos subjetivos.

ferramenta autorizativa da intervenção judicial no contrato. Não tem fundamento, assim, a pretexto de dar concreção à função social do contrato, utilizar-se da chamada dignidade humana. Caso isto ocorresse, o preceito seria invocado de forma randomizada, em certas contratações que envolvessem eventualmente pessoas “desvalidas ou hipossuficientes” (conforme citação de Humberto Theodoro Júnior, acima), promovendo por fim uma igual “randomização” do contrato, acabando por violar os preceitos constitucionais da igualdade e da segurança. Ora, levando-se em conta a isonomia com que devem ser tratados os contratantes, por dicção constitucional, também o fato de que os tratamentos dispensados em diferentes relações seriam distintos, isto violaria, por fim, além da garantia de isonomia (esta violada com escopo em diferença de condição econômica que a Constituição não discrimina), o preceito da segurança jurídica.

Afasta-se de plano, assim, a ideia de que a teoria do adimplemento substancial tenha aplicação, no Direito pátrio, com fundamento em uma pretensa faceta interna da função social dos contratos¹⁰⁹, como forma de conferir aos contratantes uma igualdade material, com a perda de direitos do mais afortunado em benefício do mais desvalido e só em razão da diferença de condição econômica existente entre as partes.

Utilizar a função social do contrato com este escopo seria impor ofensas a direitos individuais constitucionalmente garantidos, ligados à propriedade e outros direitos patrimoniais, além da segurança, o que, repita-se, é vedado mesmo ao legislador complementar.

Não se olvida aqui, entretanto, que certos contratos efetivamente exercem uma função social, notadamente aqueles referentes às áreas de atuação do Estado, que decorram assim de concessões, permissões ou autorizações por este outorgadas, como os contratos de fornecimento de energia elétrica, de telefonia, de serviço postal etc.¹¹⁰, justificando-se assim, quanto a estes e pela espécie a que se referem, tratamento diferenciado, dado o fato de que, efetivamente, exercem uma função social a eles inerente, ainda porque são afeitos à área pública. Justificam-se por seu regime diferenciado, assim, as restrições impostas aos particulares que exerçam as atividades concedidas, permitidas ou autorizadas, por se cuidarem,

¹⁰⁹ Em que pese o teor do Enunciado nº 361, do CJF, que afirma que ‘O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de forma a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando o art. 475’.

¹¹⁰ Constituição, art. 21, XI, XII, ‘b’, e X, respectivamente.

então, de contratos necessários, em que muitas vezes o cidadão sequer tem escolha de contratar ou não, vedando-se a quem explore atividades nestas condições, por conseguinte, a escolha daqueles com quem vão contratar, bem como outras liberdades.

Afastada a possibilidade de a cláusula geral da função social do contrato, a despeito do enunciado do CJF acima transcrito, operar como porta de entrada para a teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro, cumpre investigar se a boa-fé objetiva poderia servir a tanto.

Como decorre de todo o acima exposto sobre a evolução das relações sociais e econômicas, desde o século XIX, a evolução em questão representou ao longo do tempo clara tensão entre os valores, tradicionalmente (também desde o século XIX) garantidos nas Constituições de países ocidentais - em especial da tradição romano-germânica -, da igualdade¹¹¹ e da liberdade. Com efeito, garantida a igualdade formal, o que se verificou é que, materialmente (quanto à possibilidade do exercício de direitos, da liberdade), a igualdade (constante do *caput* do art. 5.º, da Constituição Federal) não se realizava, em função notadamente da forma de contratação e das diferenças de posição entre as partes contratantes, em especial quanto à posição econômica (não no sentido de uma ser mais afortunada que a outra, mas em razão da forma de contratação) e ao domínio da informação.

Daí é que o constituinte de 1988, garantindo os valores (direitos) de liberdade e igualdade, cuidou ele mesmo de, já na carta Constitucional, prever e contrabalancear valores inerentes a relações em que, sabidamente¹¹², ocorre desequilíbrio entre as partes, na esfera privada. O desequilíbrio na possibilidade material do exercício da liberdade em determinadas relações, assim, justificou a contraposição, pelo legislador constituinte, de valores como, por exemplo, a livre iniciativa e o valor social do trabalho (estes aparecem sempre juntos, na Constituição Federal, como se vê de seu art. 1.º, IV, e 170, *caput*), do exercício daquela com os direitos do consumidor (art. 170, inciso V), comprometendo e autorizando, desta forma, o legislador ordinário a intervir nestas relações, reconhecidamente desequilibradas, de maneira a equilibrá-las, evitando possíveis abusos, de forma a

¹¹¹ Trata-se aqui simplesmente da acepção jurídica da igualdade, não das demais facetas que esta amplamente alcança, citando-se, com base mais uma vez em Paulino Jacques (1957), a igualdade política, a social, a fiscal, a de jurisdição e a civil.

¹¹² Como dado da experiência social e econômica, considerando-se aqui, na assertiva, a interação que existe entre o Direito e a Economia, tal qual preconiza Niklas Luhmann, bem como a análise econômica do Direito.

garantir, assim, a igualdade objetivada e enunciada. Assim é que a Constituição, a um só tempo, recepcionou as normas trabalhistas então vigentes – no que não se chocavam com ela – bem como deu ensejo à edição do agora já vintenário Código de Defesa do Consumidor.

Quanto às relações de trato privado em geral, por outro lado, não cuidou o constituinte de imiscuir-se diretamente nas mesmas, imperando quanto a elas, no que emana da Constituição, a ideia de igualdade, em um ambiente no qual a liberdade exerce-se com os limites que o legislador ordinário para ela defina. Nas palavras de Cordeiro (2005, p. 30), e tal aqui como ocorre em Portugal (valendo, pois, a constatação), “nas situações jurídicas privadas, as actuações pautam-se pela igualdade e pela liberdade: as pessoas têm iguais poderes e podem agir sempre que não deparem com uma proibição”. Não se quer dizer aqui, de toda forma, que a noção de igualdade jurídica material absoluta, de equilíbrio, prevaleça em todas as relações de trato privado, notadamente em todas aquelas sob o domínio do Código Civil. Quer-se dizer, apenas, que a ideia geral, neste campo, é de igualdade, retiradas as hipóteses em que a legislação expressamente excetue o preceito ou, no domínio das cláusulas gerais, o magistrado constate a existência do desequilíbrio. Tanto assim o é que o legislador do Código Civil de 2002 esteve atento às hipóteses de relações em que a vontade de uma parte, decorrente de determinada situação jurídica, *a priori* prevaleça, estatuinto normas que visam ao equilíbrio destas relações, ao estabelecimento (ou restabelecimento) de uma igualdade ideal, através, por exemplo, de diretrizes interpretativas por ele estabelecidas (conforme, por exemplo, o art. 423, do CCB¹¹³, também o já citado art. 114), proscrevendo ainda determinadas imposições contratuais (como ocorre, por exemplo, no art. 424, do Código Civil¹¹⁴). A restrição de liberdades, ou a criação de esferas de liberdade, visa a garantir maior igualdade, equilíbrio de possibilidades, de liberdades. Cabe citar-se mais uma vez, neste ponto, a doutrina de Cordeiro (2005, p. 221), que anota que as limitações muitas vezes fazem reafirmar a autonomia privada, como espaço de liberdade (na passagem, o autor faz referência expressa às normas do Direito Civil português referentes às cláusulas contratuais preestabelecidas):

¹¹³ “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

¹¹⁴ “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

I. O desenvolvimento das sociedades no período pós-industrial tem provocado várias críticas às estruturas liberais, promovendo múltiplas limitações à autonomia privada. Tal sucede por via jurídica, designadamente nas áreas sensíveis do arrendamento e do trabalho; mas isso acontece, ainda, no simples plano dos factos, onde por razões práticas ou de mera opção dos sujeitos mais poderosos, a liberdade jurídica se cifre na (livre) submissão a esquemas pré-estabelecidos. O Direito interveio estabelecendo esquemas de controlo interno (portanto, quanto às concretas soluções fixadas pelas partes) e de controlo externo (portanto: em que condições se contratou).

Esta evolução obriga a perguntar pelo futuro da autonomia privada e pela sua própria situação atual.

II. A existência – e mesmo ampliação – de limites não deve fazer perder de vista o essencial. Muitas vezes, a autonomia privada torna-se perceptível justamente pela contraposição dos limites que lhe sejam apostos; de outro lado, ela passaria despercebida na massa informe de um jogo sem regras. Além disso, verifica-se que as dificuldades práticas por vezes colocadas à autonomia privada promove seja medidas jurídicas tendentes à sua preservação – por exemplo, as regras atinentes às cláusulas contratuais gerais [...].

É bom que se ressalte que a igualdade objetivada pelo legislador, entretanto, não é, embora exista o repúdio, *v.g.*, ao enriquecimento ilícito, aquela que diz respeito a um (suposto) necessário equilíbrio, no sentido de igualdade, das prestações devidas pelas partes, o qual não é um pressuposto legislativo ou político dos contratos. O Código Civil pátrio, com efeito, não proíbe, ao contrário prevê, os contratos meramente benéficos (e quanto a eles toma o cuidado apenas de prever a interpretação restritiva – art. 114, acima referido), donde se tem que não pressupõe equilíbrio e igualdade de prestações, almejando, por outro lado, manter o referido equilíbrio, conforme a vontade declarada das partes (que se presume coincidente com a “real intenção”), assim dita ou resultante do contrato, interpretado nos moldes do art. 113, do diploma civil. Prevê ainda, por princípio, que, no silêncio das partes, entende-se que estas almejam o equilíbrio, retirando-se disto uma diretriz interpretativa do chamado “princípio do equilíbrio” ou da “equivalência material”. Cordeiro (2005, p. 557) é bastante claro quanto à função interpretativa do princípio do equilíbrio contratual e à sua aplicação:

O equilíbrio das prestações impõe-se como regra de bom senso, mas muito significa em termos jurídicos. Naquilo que a margem interpretativa deixe em aberto – ou, se se quiser, sempre que as partes não tenham disposto de outra forma – há que validar a interpretação contratual mais justa, ou seja, para o caso: a solução que, tudo visto, surja mais equilibrada, sem infringir danos despropositados a uma das partes, em proveito da outra.

O equilíbrio das prestações, como expressão direta da justiça comutativa é a última regra a que, nos negócios onerosos, se pode recorrer para fixar o sentido juridicamente relevante.

Fato é, entretanto, que equilíbrio também não significa equivalência. As prestações, desta forma, podem não ser equivalentes, mas devem manter-se equilibradas, na proporção traçada pelas partes, de acordo com o contrato. Assim é que

A regulação contratual é sempre, na verdade, uma regulação «justa», na medida em que tenha sido acordada pelos interessados, «livremente», sem coacção, mas, na medida em que deixe espaço para uma interpretação, esta há de realizar-se com vista à medida da «justiça contratual» aqui possível. Para efeito, não deverá certamente o juiz pôr as suas próprias pautas de valoração no lugar das das partes do contrato. O juiz está, na interpretação do contrato, vinculado às bases de valoração aceite pelas partes, se é que a sua actividade haja ainda de continuar a ser interpretação do contrato.¹¹⁵

Não se tem na legislação atinente aos contratos, como se vê, qualquer ideia distributivista, como também não se rende qualquer homenagem à acima referida “cláusula constitucional de solidariedade”. Almeja-se, sim, o equilíbrio, assim definido de acordo com a vontade das partes, que se entende ajustada, nesta seara, em um ambiente de igualdade. Ao contrário das ideias de distribuição e solidarismo, seja pelas regras que atinem à necessária interpretação dos contratos, bem como por aquelas concernentes aos deveres contratuais (incidentes no silêncio das partes, em abstração de que estas teriam optado pelo regime legal), quanto ao comportamento no plano contratual, ao pagamento, às hipóteses de denúncia, reequilíbrio, à teoria da imprevisão, à rescisão e à resolução, o que se tem é que o legislador imaginou a relação contratual como ela efetivamente é, ou seja, uma relação em que os interesses das partes não são coincidentes, sendo muitas vezes até conflitantes¹¹⁶.

¹¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1991 (original Alemão METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT). LAMEGO, José (trad.), Berlin: Springer Verlag, 1991, p. 423.

¹¹⁶ Vale aqui a constatação de J. J. Calmon de Passos (2000, p. 38-39): “Pressuposto necessário do Direito é o conflito. Inexistissem conflitos na convivência social e o Direito seria descartável. Há conflitos porque o móvel da atividade humana – as necessidades experimentadas pelos homens – não logram plena satisfação em virtude dos muitos condicionantes que no particular operam. Não sendo naturais todas as necessidades que os homens experimentam mas também, e predominantemente, culturais, a Natureza está desaparelhada para satisfazê-las. O homem, contudo tem condições de operar sobre ela em termos de fazê-la produzir bens ou fornecer-lhe os materiais de que carece para criar produtos destinados à satisfação das necessidades e desejos humanos. Isto ele logra pelo trabalho, utilizando-se de instrumentos e procedimentos que a ciência e a técnica lhe permitem elaborar e produzir. Por si só, entretanto, ele é incapaz para tudo isso, conseqüentemente, dependem os homens uns dos outros, são necessariamente interdependentes. Não só incapazes, sozinhos, para isso, mas também, mesmo associados, também incapazes de produzir tudo quanto exigido para a satisfação das necessidades e desejos de todos os homens. Disso resulta conviverem necessariamente com a escassez (pouco importa se relativa ou absoluta), isto é, com um inevitável déficite de bens em relação às necessidades e desejos experimentados pelos homens, individual e socialmente. A escassez dos bens, a

Tanto assim o é que um extenso rol de normas e regras rege o direito das obrigações e o dos contratos, fenômeno mais que comum nos tempos atuais, objetivando-se, desta forma, não só a prevenção, como também a composição de eventuais litígios, a segurança, afinal, em campo no qual a posição antagônica é fecunda em possíveis desinteligências.

Também se confirma a proposição pelas disposições inerentes ao erro ou ignorância, ao dolo, à coação, ao estado de perigo e à lesão, que denotam a um só tempo que impera, quanto aos contratos, a vontade, por aquelas protegida, bem como que não se espera o solidarismo em relações da espécie, tanto que são necessárias as regras cogentes no sentido de proteção de uma parte no que concerne à atuação da outra.

É importante notar, neste ponto, que o Código Civil efetivamente abraça e protege a vontade externada na declaração, como fonte das obrigações, o que se confirma pelo fato de proteger o outro contratante no que concerne à reserva mental do declaratório (CCB, art. 110). E ele o faz, ainda, em ambiente em que enxerga a relação contratual (embora não o diga) como um fenômeno complexo, o que se constata através das funções atribuídas à cláusula geral da boa-fé objetiva. Estas funções, aliás, confirmam a importância da vontade declarada ou externada, sempre numa acepção complexa de negócio e em razão exatamente da regra de comportamento em que se traduz a cláusula geral falada. Em que pese não seja formalmente expressada (posto que inexigível a formalidade, conforme art. 107, do CCB¹¹⁷), a vontade, traduzida em comportamentos ou atos subjetivos (jurígenos), produz efeitos, dando origem a novas obrigações, extinguindo outras, vedando comportamentos ou o exercício de certas posições jurídicas, sempre com base na

interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e sua insaciabilidade são fatores que se casam para que ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva. De um lado, cumpre organizar a produção de bens (divisão do trabalho social), de outro, dada a escassez, imperativo também organizar-se o processo de apropriação do produto do trabalho social. Porque ineliminável o desatendimento dos desejos de alguns, sempre potencialmente ameaçador, pela insatisfação que imobiliza para a resistência, garante-se a efetividade e funcionalidade do processo econômico mediante o uso de instrumentos de persuasão e coerção, dentre os quais o Direito assume papel relevante. Retiramos dessa reflexão o convencimento da necessária relação do jurídico com o econômico, o que desautoriza sua compreensão em termos estritamente formais, como pura norma ou juízo. O Direito fenomenaliza-se no conflito, associado à solução institucional que lhe é dada, e estrutura-se não como fato estritamente econômico, político, ético ou jurídico, sim como um substrato existencial que exige seja compreendido e vivido necessariamente em todas essas dimensões”.

¹¹⁷ “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

teoria da confiança, da expectativa legitimamente gerada por uma parte para a outra. Assim é que se aplicam, no trato negocial e como visto acima, as figuras do *venire contra factum proprium*, *tu quosque*, *surrectio*, *supressio*. A aplicação destas dá bem a ideia de que, além de imaginar-se uma igualdade entre as partes por ocasião da contratação, igualdade esta que, também de forma ideal, reflete-se no conteúdo contratual, o legislador pretendeu, com a adoção da boa-fé objetiva, garantir que este equilíbrio não seja perdido no curso da relação negocial, dando ensejo ao surgimento de deveres laterais, sempre tendentes ao, como visto, melhor adimplemento.

Também na fase da execução contratual, demonstrou-se acima, a boa-fé objetiva aplica-se, seja como regra de cooperação (que é diferente de solidariedade) ou como diretriz interpretativa ou limitativa de direitos. Afastada a possibilidade de a teoria do adimplemento substancial estear-se em faceta interna do princípio da “função social” do contrato, o que se tem é que a doutrina, já secundada pela jurisprudência, defende a sua aplicação com arrimo na chamada função defensiva da boa-fé objetiva (BUSSATTA, 2008, p. 87-92).

Cumpre, de toda forma, a observação de que, conhecida de há muito a teoria em questão no direito estrangeiro, esta não se fez inscrever no Código Civil pátrio ou no Código de Defesa do Consumidor, valendo dizer que o legislador não optou, no contexto, por positivá-la, o que, embora não exclua a possibilidade de sua eventual adoção, bem dá o tom da sua excepcionalidade diante das normas legais que indicam que a prestação contratada é a que deve ser cumprida.

Ora, um dos efeitos do inadimplemento contratual é a abertura, à parte adimplente, da possibilidade de resolver o contrato. O art. 475, do CCB, nesse sentido, dispõe que “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”. De acordo com o que se colhe do art. 474, do CCB, o que se tem é que a cláusula resolutiva (resolutória) expressa, constante do contrato, opera de pleno direito, ao passo que a tácita, ínsita em todo contrato bilateral, depende de anterior interpelação. O art. 476, por sua vez, dispõe que “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro”.

Parte da doutrina visualiza, na ausência de uma qualificação do inadimplemento a que se refere o dispositivo legal em questão, a porta de entrada à

aplicabilidade, em solo nacional, da teoria do adimplemento substancial. Anelise Bercker (1993, p. 68), por exemplo, diz, referindo-se ao art. 1.092, do CCB/16, que a falta de qualificação do inadimplemento, na norma em questão e tal qual no transcrito art. 475, faria com que se devesse recorrer às demais normas do diploma civil revogado, em busca de resposta para a questão de qual seria o inadimplemento que daria direito à resolução contratual. Segundo a autora, com recurso aos arts. 1.092, § único, e 1.056, do mesmo diploma, chegar-se-ia à resposta de que apenas quando o credor perdesse o interesse na prestação, entendendo-se, por inversão, quando esta não mais lhe fosse de alguma forma útil, poder-se-ia falar em resolução contratual. Nestas hipóteses, determinando-se assim o que seria o adimplemento substancial (inversamente, o inadimplemento mínimo), o princípio da boa-fé, então ainda não positivado, funcionaria como um óbice ao exercício do direito formativo à resolução contratual. Entretanto, como bem argumenta Eduardo Luiz Bussatta (2008, p. 95), rebatendo argumentos da autora citada e ainda de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o legislador do Código Civil vigente não pretendeu distinguir um tipo de inadimplemento que desse ensejo à possibilidade de resolução, tendo outorgado, em verdade, uma faculdade ao credor, diante de uma situação mesmo de inadimplemento relativo. Isto porque a perda do interesse na prestação, frise-se mais uma vez, transmuda o que era relativo em inadimplemento absoluto. É o que se vê:

Em que pesem os argumentos e a autoridade de que sustentam esse entendimento, não parece ter sido ele admitido no direito pátrio. Poderia haver alguma dúvida diante da incompleta disposição do parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil de 1916. Porém, o art. 475 do Código Civil a sana, porquanto, repetindo o Código Civil na primeira parte do dispositivo, dispondo que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução, acrescenta, ainda – e essa é a inovação importante –, a oração “se não preferir exigir-lhe o cumprimento”, o que somente vem a reforçar a ideia de faculdade, denotando a opção, a escolha, a existência de dois caminhos possíveis, outorgando, então, um verdadeiro direito de escolha ao credor.

Dessa forma, o legislador do diploma substantivo foi muito claro ao conferir tal faculdade ao credor, de maneira que, havendo inadimplemento relativo (mora), poderá o credor escolher: 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 exigindo as perdas e danos que o caso importar.

E dessa faculdade, como não poderia deixar de ser, decorre a inexistência de prioridade ou hierarquia entre os caminhos abertos ao credor. Somente, num primeiro momento, é que indicará o caminho a ser seguido. De fato, em se tratando de um contrato de compra e venda de imóvel, caso o comprador não pague na data prevista o preço estipulado, poderá o vendedor escolher entre a ação de desfazimento do vínculo e a ação de cumprimento.

O conceito de inadimplemento absoluto, viu-se, liga-se ao interesse do credor na prestação, à utilidade da prestação para ele. E é ao inadimplemento absoluto que está conectado o direito resolutório, eis que a mora, inadimplemento relativo, perde esta conotação na medida em que o credor tenha perdido seu interesse na prestação tal qual devida (CCB, art. 395, § único¹¹⁸); transmudando-se aquela em inadimplemento absoluto, abre-se ao credor a possibilidade de resolução (gênero ao qual pertence a redibição¹¹⁹), mais a cobrança de perdas e danos (estas decorrentes da culpa do devedor), ou, além desta opção, a de requerer o cumprimento da obrigação, acrescida de perdas e danos se houver, igualmente, culpa do devedor. Da mesma forma, na hipótese da existência de um vício redibitório, a mesma opção é dada ao credor, que pode enjeitar a coisa e cobrar perdas e danos, estas quando houver culpa do devedor (art. 443, do CCB), ou requerer simplesmente o abatimento do preço, mantendo o contrato.

A determinação do que seria a utilidade da prestação para o credor, em um e outro casos referidos, é problema intrincado, que implica a necessidade mesmo de determinação dos motivos negociais, de difícil ou impossível aferição (tanto assim que o CCB, apenas por seu art. 140 rende homenagens aos motivos, ainda assim quando estes sejam declarados razão fundamental para a realização do negócio).

A doutrina do adimplemento substancial, viu-se acima, aplicar-se-ia quando haja diferença de pequena monta entre o contratado e o prestado, sendo satisfeitos, então, os interesses do credor; utiliza-se, então, para a introdução do teoria do adimplemento substancial, recurso à vedação legal ao abuso de direito. Explica-se: de acordo com o preceito do art. 187, do CCB, "...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".

Ou seja, a boa-fé exerceria a função de não permitir o exercício desequilibrado de direitos subjetivos, entendendo-se abusivo o (exercício) que seja desconforme a ela, à função econômica ou social do direito subjetivo em questão,

¹¹⁸ 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 amora, se tornar inútil ao devedor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação de perdas e danos.

¹¹⁹ Cf. Orlando Gomes (1983, p. 191): "Modalidade especial de resolução é a redibição, aplicável a certos contratos onerosos, notadamente o de compra e venda. A resolução do contrato por redibição tem como causa a inexecução parcial em forma específica, isto é, no cumprimento de dar sem que a coisa tenha as qualidades próprias, devido à existência de vícios redibitórios".

ainda aos bons costumes. A doutrina do abuso de direito, conforme explica Fernando Augusto Cunha de Sá, tem origem no direito francês, em questões atinentes ao direito de vizinhança. Foi com base no desenvolvimento desta teoria, falou-se acima, que se edificou a noção de função social da propriedade (em seu aspecto negativo).

De acordo com seu enunciado inicial, esta teoria tinha a feição absolutamente subjetiva, ligava-se à noção do exercício do direito com o fito simplesmente de prejudicar terceiros. Cuidava-se, então, de um desvio de finalidade do exercício do direito subjetivo, que não tinha outra utilidade, que não a de prejudicar terceiros.

O desenvolvimento da teoria, entretanto, cuidou de sua objetivação.

A lição de Eduardo Luiz Bussatta, repetindo Anelise Becker (concepção externada em passagem transcrita ao final do capítulo acima), deixa claro que a doutrina do adimplemento substancial teria por fundamento a boa-fé objetiva, servindo esta, então, em sua feição limitativa, como um freio, uma limitação ao intento do credor de resolver o contrato. A resolução seria, de acordo com a doutrina, uma espécie de pena desequilibradamente imposta ao devedor.

É o que se vê (BUSSATA, 2008, p. 87):

Como visto anteriormente, a teoria do adimplemento substancial constitui uma limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se oferece quando o incumprimento é de somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função da contratação.

O art. 475 do Código Civil autoriza o credor lesado pelo inadimplemento a buscar a resolução do contrato. Ou seja, ante o descumprimento do dever de prestar do devedor, o credor está autorizado a buscar o desfazimento do negócio. Contudo, tal dispositivo legal não especifica qual o inadimplemento apto a ensejar o exercício do direito potestativo, conferido ao credor, de resolver o negócio, dando a entender que todo e qualquer descumprimento obrigacional encontra apoio na hipótese. De fato há, na hipótese normativa, a previsão de que o inadimplemento dá azo à resolução, não havendo nenhuma adjetivação de tal inadimplemento.

A resolução é medida extrema, já que extingue a relação contratual com efeitos *ex tunc*, retirando-lhe, em geral, todos os efeitos práticos jurídicos que produziu ou que ainda deveria produzir. Logo, importa em séria sanção ao contratante inadimplente.

Pois bem. A doutrina transcrita parte de algumas pressuposições, notadamente quanto a pontos fundamentais à compreensão e aplicação do adimplemento substancial e, em especial, para a definição de em que circunstâncias a teoria em questão poderia ter aplicação. De início, tem-se que a resolução é tratada, seja pelo autor citado, também por Anelise Becker (artigo citado) e por Ruy

Rosado Aguiar Júnior, como uma pena imposta, a critério do credor, ao devedor. Certamente, o raciocínio decorre do fato de que, nos contratos em geral, existe a praxe de prever-se a cláusula resolutória como se se tratasse efetivamente de uma pena (“‘A’ deverá cumprir a obrigação tal, contraída frente a ‘B’, sob pena de resolução...”), que ela efetivamente não é. Ora, a resolução do contrato em si não representa perda patrimonial para qualquer das partes, mas o retorno destas ao status anterior. Trata-se, em verdade, não de uma pena imposta por uma parte à outra, mas de um remédio a uma situação jurídica; ela se dirige contra a relação jurídica, na preservação e garantia do interesse da parte adimplente, e não contra o devedor. Tanto assim o é que, repita-se, em que pese dê ensejo à aplicação de penas contratuais ou legais (de que se falará abaixo), ela induz o retorno das partes ao status anterior à contratação (isto, nos contratos em que haja apenas uma prestação de parte a parte, quando opera *ex tunc*, e não nos contratos continuados, quando opera *ex nunc*). Cite-se, no sentido de ser a resolução voltada contra a relação jurídica, e não à contraparte como uma pena a esta, a autorizada doutrina de Betti (1969, p. 71-72):

A resolução é um remédio que também pode aproveitar à parte contratante fraudada na sua legítima expectativa pela falta de cumprimento da contraparte (arts. 1.453º e 793º, último parágrafo), ou pela descoberta da alienação da coisa vendida (art. 1479º), o que, porém, não passa de um caso de responsabilidade particularmente qualificada. Divergindo dos meios de impugnação atrás referidos, a resolução é uma defesa destinada a tutelar a condição de respectiva paridade entre as partes, não no ato de celebração do contrato, mas – conformemente à sua destinação (causa) – no desenvolvimento da relação contratual; e, em coerência com essa função, dirige-se, precisamente, não contra o negócio, mas contra a relação jurídica a que ele deu vida.

Gomes (1983, p. 190 e 197) é do mesmo sentir:

Situações supervenientes impedem muitas vezes que o contrato seja executado. Sua extinção mediante resolução tem como causa, pois, a inexecução por um dos contratantes, denominando-se, entre nós, rescisão, quando promovida pela parte prejudicada com o inadimplemento. A resolução é, portanto, um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial.

A inexecução pode ser culposa, ou não. [...]

[...] Os efeitos da resolução não podem, contudo, ser idênticos na inexecução voluntária e na involuntária. Nesta, a obrigação se extingue por impossibilidade de cumprimento, acarretando conseqüências que variam conforme o contrato seja unilateral ou bilateral. É a lei que as determina, através de um conjunto de regras sistematizadas doutrinariamente na chamada teoria do risco.

Também na doutrina alemã de Westermann (1983, p. 121-122) a conclusão não é outra:

Pela rescisão extinguem-se as obrigações de prestação primárias ainda não cumpridas. Desde que, porém, do ponto de vista da mora ou da infração de obrigações de proteção secundárias, já tenham resultado pretensões a ressarcimento, a estas não lhes pode ser subtraído o chão por uma rescisão ulterior. Ao lado disso, a rescisão provoca, em ambos os lados, a obrigação da dissolução do contrato, quer dizer, da restituição das prestações efetivadas por ambos os lados (§ 346). Ela transforma o contrato em uma relação obrigacional de restituição. Até onde, neste caso, uma pretensão de ressarcimento substitui a coisa que não pode ou não mais pode ser restituída sem que apresente dano (compare o caso inicial), o § 347 estabelece a responsabilidade para ambas as partes, retrorreferida ao momento da troca das prestações. Uma parte das consequências da rescisão, por conseguinte, ocorre com efeito retroativo, sem que por isso se tenha de considerar nulo, desde o início, o que aconteceu (§ 142). Para a compreensão do § 347 não há, pois, necessidade da controvérsia infrutífera em torno do efeito *ex tunc* da rescisão. Da transformação da relação obrigacional, então, resulta ainda mais que as prestações até o momento efetivadas devem ser devolvidas, mas não em razão de um enriquecimento ilícito, nem tampouco com base em direitos reais de entrega, e sim, em execução das obrigações fundadas na relação obrigacional de restituição. A troca de prestações tem de suceder concomitantemente, conforme § 348.

Ou seja, a resolução não é uma pena. E não é ela, igualmente, que dá ensejo à aplicação de penas contratuais ou legais ao devedor inadimplente. A pena é corolário, isto sim, de uma combinação de fatores, quais sejam, a situação de atraso ou inadimplência e a culpa do devedor, por omissão ou comissão. A mora, viu-se acima, distingue-se do simples atraso exatamente pelo elemento culpa (embora ambas as situações possam dar ensejo à resolução contratual), e só ela dá causa ao pagamento de perdas e danos (desde que as partes de outra forma não tenham ajustado), a teor do disposto no art. 395, do CCB, assim como, conforme art. 408, do referido diploma¹²⁰, à operação da cláusula penal contratual, a qual também reclama o elemento subjetivo, tudo como corolário do instituto da responsabilidade civil. Ou seja, a pena que se impõe ao devedor inadimplente não é a resolução contratual, mas a que a lei ou a cláusula penal contratual prevê, sendo certo que a própria lei já cuida de estabelecer a equalização destas, quando impostas ao devedor. Ora, os arts. 402¹²¹ e 403¹²² do CCB estabelecem uma correlação direta entre os prejuízos

¹²⁰ “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou incorra em mora.”

¹²¹ “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

experimentados e os efeitos da mora ou inadimplemento, ao passo que o art. 413¹²³ prevê a redução equitativa da pena, pelo juiz, considerando o caso concreto.

Quanto à resolução em si, ela é medida cujos efeitos estendem-se, alcançam, tanto ao devedor como ao credor, sendo os mesmos para chico ou francisco, ante a imposição de que as partes retornem à situação anterior à contratação. Não é ela, assim, medida que traga “prejuízos excessivos ao devedor”¹²⁴ e, em contrapartida, “benefícios para o credor”. Ela decorre, é certo, de uma situação que o credor, como o devedor, não imaginava fosse acontecer no início do programa contratual, e, igualmente, não a desejava, embora sua ocorrência seja sempre possível, como dado da experiência, tanto assim que prevista pela lei em hipótese. Quando contratam, com efeito, as partes imaginam que em verdade, e mesmo em decorrência da cláusula geral da boa-fé objetiva, ocorrerá o melhor adimplemento. Não ocorrendo este por qualquer motivo, entretanto, a resolução é a solução, o remédio para uma determinada situação de fato.

Assim, quando o credor exerce o direito de resolver o contrato, ante o descumprimento contratual parcial ou total pelo devedor, não se deve tomá-lo como uma figura ativa e agressiva¹²⁵, que se volta contra um devedor passivo, tido como se fosse uma vítima dos arroubos do “credor malicioso” a que se refere Anelise Becker em transcrição contida no final do capítulo anterior. Na relação contratual bilateral, sinalagmática, as posições de credor e devedor, quanto às respectivas

¹²² “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

¹²³ “A penalidade deve ser reduzida equitativamente 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”.

¹²⁴ Ademais, Cunha de Sá (1997, p. 354 et seq.) bem aponta que o dano resultante do exercício de um direito não é o que diz ser o exercício abusivo ou não. Anota o autor que “Ora, o critério da anormalidade introduz no conceito de abuso de direito, como qualificação jurídica autônoma, um elemento qualificativo, seja no valorar indirectamente o exercício do direito, seja no medir-lhe as consequências danosas, que havemos confessar ser de difícil apreensão. Mas este não é o reparo mais importante – e nem sequer é o decisivo – que se pode fazer à referida construção. [...] Que é como quem diz: a licitude ou ilicitude e o carácter abusivo ou não abusivo de certo acto jurídico hão-de explicar-se não pelas consequências usual ou anormalmente danosas desse acto, mas precisamente por aquilo que torna tais consequências um prejuízo normal ou excessivo e, assim, juridicamente irrelevante ou relevante. Neste sentido, o carácter anormalmente danoso do acto de exercício de um direito subjetivo só pode relevar juridicamente se como tal vier a ser qualificado – e o critério dessa qualificação não pode ser, conseqüentemente, a própria anormalidade do dano, que dela é antes o resultado ou consequência. [...] O que significa afinal que o critério do abuso não pode ser o da anormalidade do dano causado pelo exercício do direito; há-de estar algures, noutra elemento, que tem de dizer respeito, forçosamente, à relação entre o comportamento humano e a sua qualificação normativa.”

¹²⁵ Usando-se aqui a terminologia de Fritjof Capra (2005, p. 35 et seq.), distinguindo o Yin do Yung, complementares de acordo com a filosofia oriental.

prestação e contraprestação, invertem-se, afinal. Também assim o é no que concerne à exceção do contrato não cumprido, que também visa a remediar uma situação: o que se quer, com ela, é resguardar os interesses do credor, e não punir o devedor.

Ora, quando o credor exerce o direito à resolução contratual ou erige a exceção do contrato não cumprido, deve-se ter em mente, primeiramente, que ele o faz em razão (isto sim) de uma situação de desequilíbrio, acarretada exatamente pelo inadimplemento. Deve-se ter em conta, ainda, que justamente pela obrigatoriedade do contrato, o fato de ele, credor (o mesmo ocorrendo quanto ao devedor), perder o interesse na prestação no curso da relação não tem o condão de liberá-lo de suas obrigações assumidas em contrato. Por fim, deve-se observar que toda pessoa, várias vezes em um mesmo dia, torna-se credora e devedora de obrigações, descabendo assim a “demonização” da figura do credor.

A figura do abuso de direito não se destina, afinal, a que eventuais preconceitos ideológicos ou concepções morais sejam alçados a uma categoria superior à das próprias normas jurídicas¹²⁶, vindo assim a conformá-las de acordo com os pensamentos de uma pretensa maioria de ocasião. A advertência, pertinente, é feita por Cunha de Sá (1997, p. 20-22):

¹²⁶ E nem deve servir a que o Direito Civil assuma um caráter impositivo, como adverte Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (2009, p. 51-52): “Da mesma forma que se observa a liberdade como motor do Direito Civil, hábil até mesmo a justificar a intervenção estatal em certas esferas particulares, verifica-se que esta intervenção pode extrapolar tal desiderato e prestar-se ao controle da ordem civil e à restrição das liberdades individuais.

Circunstâncias específicas e pontuais permitem que se interfira na esfera privada, restringindo-a a fim de assegurar interesses supostamente superiores aos interesses particulares. Todavia, findos ou modificados os fatos que acarretam tal intervenção, esta não cessa, passando a se justificar e a se sustentar por si própria, de forma inercial, como se representasse um avanço histórico, e não um produto de circunstâncias específicas. [...]

Atualmente, a intervenção estatal no domínio privado é aceita por praticamente todas as correntes do pensamento político e filosófico. Naquelas hipóteses em que se destina a corrigir distorções existentes no seio da própria sociedade, pode-se mesmo afirmar que seu maior intuito é o de conferir ao indivíduo a possibilidade de se manifestar de acordo com as suas reais pretensões. Serviria, então, como um mecanismo indutor da livre expressão volitiva. Decerto que, como explanado, há também hipóteses em que a intervenção estatal se apresenta como um instrumento autoritário e impositiva. Necessária para resolver uma situação específica, ela se mantém e perpetua, quando não se aprofunda, mesmo após contornada e resolvida a circunstância que a ensejou. Ao invés de se retrair, o Estado passou a ocupar o espaço que deveria ser devolvido ao indivíduo. [...]

O que se percebe, porém, e que constitui o objeto de estudo desta tese, é o desenvolvimento de uma outra tendência no Direito Civil brasileiro, de cunho também autoritário e impositivo. A par da já conhecida intervenção legislativa, registra-se lento, porém gradual, controle da vida privada pelo Poder Judiciário.”

A outra alternativa (o abuso como limite externamente decorrente dos dados históricos-culturais não juridicamente apropriados) só deixaria, também, aberto o caminho para entender o abuso em termos próprios de outro pensamento: pois ele mais não seria do que um meio ao serviço de fins económicos e sociais *tout court* e o abuso equivaleria, afinal, estranhamente, a uma vitoriosa praça forte das ideologias e dos grupos dominantes em cada concreto momento do devir histórico. Quer dizer: o abuso, se se quiser pensá-lo como figura jurídica, tão pouco pode ser entendido como resultado de um expediente técnico ao serviço da teleologia económica e social momentaneamente prevalente (pressupondo, pois, uma exterioridade hierárquicamente superior ao direito). Também aqui a juridicidade fez seus, em termos susceptíveis de um pensamento autónomo, o substrato político, económico e social, numa palavra, cultural, dos direitos. A intenção cultural dos direitos sofre a mesma apropriação que a sua intenção moral, por forma que ambos os problemas têm de ser e podem ser encarados numa perspectiva (não filosófica, não moral, não sociológica, não político-económica, etc., mas) especificamente jurídica, como problemas jurídicos a que o direito não deixa, enquanto tal, de dar solução.

A uma observação mais atenta, o abuso de direito revela-se-nos, afinal, como o sinal exacto (ou um dos sinais mais exactos) de que o mundo jurídico ultrapassou em muito os tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma, ou o constante aferir e confrontar da concreta realidade histórico-cultural com os valores jurídicos que lhe presidem, numa simbiose inelutável ou numa assimilação exigente de facto e direito.

A problemática do abuso de direito reflecte, pois, o profundo sentido unitário do real e da norma, do direito e da vida. E ao mesmo tempo, permite compreender como opções que à primeira vista se diriam extremamente teóricas ou, quando muito, respeitantes ao mero enquadramento jurídico formal do problema, poderão levar afinal a resultados práticos bem diferenciados, mórmente no que diz respeito à exata reacção da ordem jurídica contra actos abusivos. Opções fundamentais determinam respostas diversas no plano concreto: há que tê-lo em atenção de modo a tornar claro como são as concepções adoptadas sobre os próprios fundamentos da juridicidade e da organização social que se prendem directamente com a construção dogmática que os autores vêm a fazer do abuso de direito.

Viu-se acima que a resolução contratual não é uma pena imposta pelo credor ao devedor. Ela é, sim, uma solução jurídica para uma situação de desequilíbrio, em que uma parte tenha cumprido as suas obrigações, não o tendo feito a outra, em tempo, lugar ou modo. Assim, para dizer-se que alguém abusou do direito de resolver o contrato, é necessário que se considere exactamente de que direito se está a falar, eis que a configuração do abuso ou do excesso depende da compreensão do fim a que se dirige o direito em questão, inclusive de sua compreensão axiológica.

Ora, a constatação da melhor doutrina, de que o mundo actual é uma espécie de mundo de contratos, remete à ideia de que uma contratação muitas vezes liga-se a várias outras. Num emaranhado de contratos, uma operação de circulação de riqueza e transformação de direitos muitas vezes liga-se a outras, permite o

cumprimento de outras obrigações, contraídas por via de outros negócios ou por outras formas. Em um mundo tal, a ferramenta muitas vezes usada para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial é o desdobramento do que seriam os interesses do credor, em interesses objetivos e subjetivos. Nesse sentido, é o que se colhe, por exemplo, de Silva (2007, p. 138), tratando do instituto da mora:

Muito embora minoritária, parece ser esta a melhor interpretação. Ocorre que, conquanto seja o devedor o melhor interprete do seu próprio interesse, cabe também ao juiz verificar se os interesses do credor seriam, no caso concreto, realizáveis pela prestação tardia, do que, aliás, não se duvida. É exatamente por isso que, desde o início destes comentários, se referiu aos interesses objetivos do credor, e não aos meramente subjetivos.

É patente que a categorização dos interesses, procedida pela doutrina transcrita, refere-se não a outra coisa, mas à distinção entre causa contratual e motivo contratual. A causa, embora não seja, no Direito pátrio, elemento do contrato, é entendida pela melhor doutrina, em um contrato bilateral e quanto a cada uma das partes, como exatamente a prestação da outra. Os motivos, por outro lado, são subjetivos, não se alçando ao plano contratual, a não ser que as partes os erijam como razão do contrato (CCB, art. 140). Quanto ao que seja causa, cite-se a doutrina do argentino Garibotto (1985, p. 78):

3. Por ello, la causa final aparece como um elemento necesario e permanente de todo acto jurídico y su autonomía deriva de la posibilidad de diferenciarla com respecto a los demás elementos esenciales constitutivos del negocio jurídico: la voluntad, el objecto e la forma.

4. De acuerdo com esta concepción, la causa final es la finalidad que, mediante la celebración de lacto jurídico, explica y justifica el establecimiento de relaciones jurídicas entre las personas: es la representación mental anticipada que el o los otorgantes de lacto tienen de la finalidad que persiguen mediante su realización e que los determina a celebrar esse acto jurídico.

5. Desde este punto de vista, la causa final comprende dos aspectos complementarios: a) la causa final directa o inmediatamotivo abstracto o jurídico del acto; b) la causa final indirecta o mediata, constituída por los móviles psicológicos – subjetivos, ocasionales y concretos – determinantes de la voluntad del o de los sujetos de lacto jurídico.

6. Para que la causa final se configure como tal es menester que concurram três requisitos: a) que sea la razón determinante de la voluntad del agente; b) que se oriente a la realización del acto jurídico considerado como uma totalidad; y c) que se haya incorporado – expresa o implícitamente – al contenido del negocio jurídico.

O Código Civil pátrio abstém-se da regulação dos interesses subjetivos das partes, dos motivos contratuais ou móvel subjetivo de cada uma delas no que

concerne ao contrato, mas garante às partes, em contramedida, que seus interesses não ficarão a descoberto, assegurando-lhes, entre outros, o direito potestativo à resolução contratual como solução para uma situação jurídica que promova a perda de interesse de qualquer delas na prestação.

Com isto, em um mundo que é um emaranhado de contratos, ele assegura às partes que elas receberão aquilo que lhes é contratualmente devido, calçando assim eventuais obrigações calcadas exatamente no cumprimento de outros contratos.

Trata-se a resolução, desta forma, de uma solução para uma situação de incumprimento, solução esta que tem lugar quando ocorra desequilíbrio contratual, restando prejudicado o sinalagma, a comutatividade dos ajustes, tal qual imaginado pelas partes, em situação de equilíbrio que valorou os respectivos interesses na contratação e que assim se espelha no contrato. Sinalagma é, de acordo com Aristóteles, citado por Fonseca (1995, p. 12-13):

No aprofundamento da lição da justiça corretiva, que se concretiza justamente pelo synallagma, busca a explicação do justo meio: “ de maneira que o igual vem a ser o justo meio entre o mais e o menos; o ganho se confunde com o mais; a perda, pelo contrário com o menos; o primeiro é o excesso em relação com o bem e a carência com relação ao mal; a perda é o contrário. E, posto que o igual ocupa o termo médio, diremos que ele é o justo. Em consequência, a justiça será o justo meio entre a perda de um e o ganho de outro. A justiça é, pois, um justo meio, se pelo menos o juiz o é. O juiz mantém a balança equilibrada entre as duas partes. Façamos uma comparação: se uma linha foi cortada em duas partes desiguais, o juiz toma aquilo que na parte maior ultrapassa a metade, e o acrescenta à parte menor. Quando o todo está dividido com igualdade, todos reconhecem ter o que lhes toca; por ambos os lados, as partes são iguais”.

Desta forma, segundo o pensamento aristotélico, o synallagma – o contrato – é a concretização da busca do justo meio, ou do exato meio-termo, sem qualquer preocupação com os elementos subjetivos.

Assim é que haverá casos em que, embora descumprida alguma obrigação de uma das partes, não se terá propriamente a quebra da comutatividade, não se adequando, então, a resolução contratual. Figure-se, por exemplo, a hipótese de uma compra e venda de apartamento, em que uma das partes tenha se obrigado a arcar com os condomínios e taxas do imóvel, até a entrega da posse à outra. Ela recebe o preço do imóvel e, por fim, entrega-o, só que com débitos referentes a impostos e taxas. De fato, as prestações que se equivalem, que se referem uma à outra, estarão cumpridas, pago o preço, entregue o imóvel e dada a escritura de compra e venda, não o estando entretanto prestações acessórias, que não correspondem necessariamente a uma contraprestação da outra parte. Nesta

hipótese, é simples, com base em critérios objetivos e diante da falta de correspondência entre a obrigação e uma contraprestação da outra parte, dizer-se não haver a quebra de equilíbrio que justificaria o manejo da resolução, por meio da demanda respectiva. Então, é possível dizer não ter desaparecido o interesse da parte na prestação.

De outro lado, o estabelecimento de critérios que digam que determinado percentual do valor contratado seja suficiente a garantir a utilidade da prestação para o credor é, além de pouco científico, falacioso. É certo que qualquer valor, qualquer percentual de um valor contratado que seja pago será sempre útil ao credor, mas a utilidade efetiva não se pode aferir com segurança em uma situação tal. Não se pode, com efeito, dizer satisfeitas as pretensões do credor em uma hipótese como a figurada.

Assim é que julgados, por exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao dizerem não se poder resolver o contrato, com base na teoria do adimplemento substancial, quando 80% do preço de um imóvel esteja pago, aventuram-se no campo da ficção, eis que o substrato de motivos não integra o contrato, por opção legislativa, não se podendo, portanto, aferir se esta utilidade para o credor, suposta nos julgados, efetivamente ocorre. Ilustra-se a afirmação¹²⁷:

De proêmio, acertado o posicionamento da d. Magistrada em afastar a rescisão contratual c/c reintegração de posse, adotando a tese do adimplemento substancial do contrato. Observe-se que a ré pagou o equivalente a 81,25% do preço do imóvel, sendo este um valor substancial a impossibilitar a rescisão contratual.

A propósito, Ruy Rosado de Aguiar: "para resolver, a falta deve atingir substancialmente a relação, afetando a utilidade da prestação. Como a inutilidade deriva da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, termos que a prestação inútil - que pode ser enfeitada e levar à resolução do contrato e mais perdas e danos - é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade reverso, quando não obstante a mora, o cumprimento ainda é possível e capaz de satisfazer basicamente o interesse do credor, ou quando, apesar da imperfeição do cumprimento, parcial ou com defeito, foram atendidos os elementos objetivos e subjetivos a serem atingidos pelos cumprimento, diz-se que o adimplemento foi substancial e atendeu às regras dos arts. 394,

¹²⁷ Apelação cível COM REVISÃO Nº 994.09.348349-2, FOR O CENTRAL/SÃO PAULO - 35a VARA CÍVEL, Recorrentes, RUBENS LESZKOWICZ, ANA ZYSKINDLESZKOWICZ e ANNA LUIZA MULLER CARAVELLAS; Recorridos, ANNA LUIZA MULLER CARAVELLAS e RUBENS LESZKOWICZ. 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 03 de agosto de 2010, negaram provimento ao primeiro apelo e deram ao segundo, v. u., rel. Des. Egidio Giacoia – Fonte: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4623791>>, Acesso em 27/09/2010.

395 e 389 do Código Civil, afastando-se a resolução". Extinção dos Contratos por Incumprimento do evedor, p. 124 -132, Rio de Janeiro; AIDE. Não há dúvidas de que o pagamento de percentual acima de 80% do valor do contrato significa adimplemento considerável, sendo este o posicionamento também adotado pelo Des. Jesus Lofrano desta C. 3ª Câmara de Direito Privado na Apelação nº 994.04.074 332-2, em recente julgado de 30.03.2010.

Desta forma, evidente que o pedido de resolução contratual recebeu julgamento de improcedência, o que deve mesmo ser mantido pelas razões acima colocadas. Trata-se de uma conclusão que decorre logicamente da r. sentença que julgou procedente a cobrança.

No entanto, parte da r. sentença que julgou alternativamente procedente a cobrança condenando a ré ao pagamento do saldo residual do contrato, extrapolou os limites constantes do pedido inicial de fls. 07/08, que não continha qualquer pleito alternativo de cobrança.

Ora, a pressuposição de utilidade da prestação, no caso e considerando-se que a mesma foi feita em desacordo com o contratado, constitui uma clara invasão do plano dos motivos contratuais, que não integram o ajuste. Assim, esta pressuposição, que não está assentada em qualquer base fática (de motivos) ou científica, poderá acabar, ela sim, por provocar verdadeira injustiça, trazendo problemas e constrangimentos à parte credora. Suponha-se, por exemplo, que o credor cuidado no acórdão acima transcrito tenha, ao vender seu imóvel, imaginado comprar outro, comprometendo, portanto, todo o produto da venda neste novo negócio. Ter-se-á, então, situação em que o novo negócio não se realizará, em razão do comportamento do devedor inadimplente, desaparecendo, por evidente, todo e qualquer interesse do credor no negócio que com aquele encetou.

Ademais, é certo que o critério de utilidade é pouco seguro, tendo-se em vista, em especial, que qualquer parcela do preço que foi pelo credor recebida, em uma relação como a reportada, ser-lhe-á sempre "útil", nada impedindo, por conseguinte, que dos 80% falados no julgado, amanhã os julgadores vejam esta utilidade em 70, 60 ou 50% do valor do imóvel.

Em um contexto tal, partindo-se do pressuposto contido na lição de Larenz acima transcrita, de que o contrato é a regulação justa e equilibrada da relação entre as partes, o que se tem é que a vedação ao exercício do direito de resolução – ou da exceção do contrato não cumprido - constitui clara fonte de desequilíbrio, efetiva punição à parte adimplente em benefício da inadimplente, para a qual não se vê outra razão senão aquelas calcadas em injustificados preconceito e paternalismo. Ora, as partes contratam tendo conhecimento da existência da cláusula resolutiva, seja contratual ou legal, afirmando as respectivas obrigações e esperando sejam

estas cumpridas, de parte a parte, em ambiente no qual se tem uma ideia de equilíbrio e igualdade, a qual (ideia) não se pode dizer rompida ou quebrada por presunção, demandando prova. Diante do incumprimento por uma das partes, entretanto, diz-se que a outra não pode resolver o contrato, eis que 20% do preço seria parte não substancial do valor. Sujeita-se a parte credora, assim, a longos prazos de processo de cobrança ou execução, os quais, fossem de seu conhecimento antes da contratação, certamente a fariam não contratar. E isto é feito em contrato que, na hipótese do acórdão, não tem qualquer outra função, senão a transferência de um imóvel de um contratante ao outro, mediante contraprestação, sem qualquer outra razão social (função) que dele se possa extrair.

Quando muito, em uma situação tal qual a descrita, poder-se-ia possibilitar ao devedor a emenda de sua mora, de maneira a preservar os interesses do credor na contratação, sempre no prazo da contestação e de maneira a evitar que se configure e protraia a situação de desequilíbrio, na forma do art. 401, I, do CCB¹²⁸. A configuração e manutenção da mora, com efeito, só confirmam a hipótese de perda de interesse do credor, diante da situação de incumprimento por parte do devedor. E nem se diga que o fato de os encargos da mora serem pagos ao credor, posteriormente, teria o condão de atender os interesses deste, eis que esses interesses, no que vá além da prestação da outra parte, são desconhecidos, presumindo-se assim desatendidos na medida em que a parte adimplente assim o diga.

As constatações acima contidas não constituem a negação da aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro. Elas decorrem, é certo, da verificação de que há, na legislação e conforme todo o exposto, um reforço da obrigatoriedade das obrigações contraídas pelas partes, no contrato celebrado dentro da esfera de liberdade que é o Código Civil. E isto ocorre em função do fato de entenderem-se equilibradas e justas as relações contratuais no ambiente do Código Civil, cuidando o legislador de proteger a vontade externada e de conferir às partes a segurança de que receberão suas prestações e contraprestações tal qual as contrataram, tiradas as hipóteses em que necessário o reequilíbrio. A boa-fé

¹²⁸ “Purga-se a mora:

I- por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;”. E a purga da mora deve ser feita até o momento da contestação, como decorrência do efeito de estabilização da relação processual que esta tem, como deflui do art. 303, do Código de Processo Civil.

objetiva é, neste sentido, posto que destinada, como princípio, ao melhor adimplemento, um reforço a esta constatação, não constituindo, por outro lado, um dever de que uma parte seja compreensiva quanto ao inadimplemento das obrigações da outra, eis que, com base na confiança, o que esta tem é o direito de esperar que a contraparte cumpra suas obrigações conforme contratadas, bem como a legítima expectativa de, por decorrência do descumprimento, fazer uso dos direitos que sejam consectários do fato, destinados exatamente à preservação de seus próprios interesses na contratação. O não cumprimento gera, em verdade e mais uma vez com base na constatação acima, situação em que o prejuízo e a eventual perda de interesse da parte contrária são presumidos (a última a partir da alegação feita nesse sentido), e não o contrário, quanto mais quando se conclui em sentido diverso (contrário) com base em pressuposições sem arrimo no sistema, muito antes ofensivas a ele e que decorrem de tratamento paternalista, contrariando os preceitos da igualdade, da liberdade e do equilíbrio, por conseguinte, também a segurança jurídica.

Entretanto, o direito à resolução contratual, direito subjetivo que é, pode sim dar azo ao abuso por parte de um dos contratantes, o mesmo ocorrendo no que se refere ao manejo da exceção do contrato não cumprido. Este abuso terá lugar quando a parte o utilizar (exercer) em desacordo com a finalidade a que ele se propõe, de manutenção do equilíbrio e da comutatividade, ainda de proteção aos interesses da parte credora.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de uma companhia seguradora que, parcelando o prêmio do seguro de um automóvel em doze vezes, não resolve o contrato diante do não pagamento das duas últimas prestações a ela devidas pelo segurado. Suponha-se, então, que, diante de um sinistro e do pedido de pagamento do seguro (indenização), ela, que vinha cobrando os valores devidos ao segurado, erija a exceção do contrato não cumprido ou pretenda resolver o contrato celebrado. Ter-se-á, então, hipótese na qual restará cabalmente configurado um comportamento contraditório da seguradora, contrário à boa-fé, e que, assim, configurará violação ao art. 187, do CCB, verdadeiro abuso de direito, não se

podendo, por conseguinte, acolhê-lo. O Superior Tribunal de Justiça já teve ocasião de decidir neste sentido¹²⁹:

Processo REsp 883990 / RJ
RECURSO ESPECIAL 2006/0159555-1
Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107)
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento 01/04/2008
Data da Publicação/Fonte DJe 12/08/2008
Ementa
RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA AVENÇA. ESCASSA IMPORTÂNCIA.
1. Em havendo mora de um contratante (vendedor) de escassa importância, relativa a débito de IPTU, a suspensão indefinida do pagamento por parte do outro contratante (comprador) de importância de aproximadamente um milhão de reais, já estando aquele gravame tributário liquidado, com sua manutenção na posse do bem (imóvel), a exceptio favorece ao primeiro, acarretando a rescisão da avença.
2. A exceção, consoante a melhor doutrina, não pode "ser levada 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".
3. Recurso especial conhecido.

Haverá ainda as situações em que a comutatividade do contrato não restará prejudicada, e nas quais o fato poderá ser aferido objetivamente, constatando-se a efetiva utilidade do cumprimento da obrigação para o credor. Então, poderá ser afastado o direito à resolução, com base em critérios objetivos, com arrimo na teoria do adimplemento substancial e por não se afigurar a quebra da comutatividade que enseja o manejo daquele. Figure-se, por exemplo, a contratação entre alguém e uma empreiteira, para a construção de uma casa. Suponha-se que, nas especificações técnicas do empreendimento, tenha constado um determinado tipo de fiação, de vergalhões ou ainda de encanamento. Imagine-se, então, que a empreiteira não tenha seguido estas especificações, usando materiais distintos dos especificados.

Embora seguindo especificações diferentes, em uma hipótese como a que se aventa, será possível que se verifique, no caso concreto, se a prestação efetivamente atende aos interesses do credor, possibilitando-se, assim, se for o caso, dar-se a mesma por cumprida, embora insatisfatoriamente, arbitrando-se então as perdas e danos sofridas pelo credor.

¹²⁹ Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adimplemento+substancial&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>> Acesso em: 26/09/2010.

Em verdade, a valoração para a aplicação da teoria, especialização que é do abuso de direito, deverá ser feita caso a caso, conforme sejam aferíveis ou não os interesses do credor e o atendimento a estes, levando-se sempre em conta as prescrições doutrinárias acerca da concreção das cláusulas gerais, de maneira a evitarem-se ofensas ao sistema e, em especial, que sejam cometidas injustiças nos casos concretos, como o é a hipótese de um tabelamento de percentual de preço a ser pago (que equivale a reescrever os dispositivos legais que regem o pagamento e o não cumprimento), como limitador ao exercício do direito de resolver o contrato ou do uso da exceção do contrato não cumprido. Neste sentido, é o que diz a melhor doutrina acerca da forma de aplicação ou de dar-se concreção às cláusulas gerais, sempre com atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a evitar-se a insegurança jurídica (SILVA, 2009, p. 131-147):

Para os críticos, as normas abertas do Código Civil de 2002 trouxeram enorme poder ao juiz para intervir nos negócios jurídicos, especificamente nos contratos, integrando-os e modificando-os, muitas vezes em detrimento da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Tal estado de coisas, na visão dos críticos, traria insegurança às relações jurídicas contratuais, situação esta reforçada pelo despreparo de alguns magistrados e pela precariedade e morosidade que têm marcado a prestação da tutela jurisdicional no Brasil, que vê aumentar ano a ano o número de demandas sem um compatível investimento na formação de juízes e funcionários e na própria estrutura do Poder Judiciário.[...]

O princípio da proporcionalidade, como aponta Paulo Bonavides, é governado pelos elementos ou subprincípios da pertinência ou aptidão (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

- (a) a escolha judicial do princípio ou valor que prevalecerá na concreção da norma de tipo aberto deve ser adequada à finalidade desejada;
- (b) a necessidade exprime-se pela escolha do meio menos gravoso ou mais suave (se para atingir o resultado almejado existem dois ou mais critérios, opta-se pelo critério que produza menos danos ou restrições);
- (c) a proporcionalidade em sentido estrito exprime a necessária correspondência entre o meio empregado e o fim almejado.

O autor citado, por fim, alerta para o fato de que o juiz não tem, no caso concreto, a faculdade de valorar da forma como queira a situação e aplicar à mesma os princípios que lhe convenham, devendo, ao contrário, ater-se à vontade do sistema e aos princípios incidentes na relação entre as partes contratuais:

Nesse sentido, merece ser transcrita a lição de Karl Engisch sobre o que ele denomina discricionariedade vinculada: "aqui podemos também lançar mão do conceito evanescente de 'discricionariedade vinculada' e dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o

‘único ajustado’, em rigorosa conformidade com as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as ‘circunstâncias do caso concreto’.

As cláusulas gerais não introduziram no sistema a equidade como instrumento de derrogação da lei, mas como forma de buscar a decisão justa para o caso concreto, sempre em harmonia com os princípios constitucionais que atuam sobre o direito privado. A lei e a Constituição Federal ditam os limites das escolhas e valorações realizadas pelo juiz no caso concreto e a solução deve sempre atender à finalidade da lei.

De outro sentir, aliás, não são Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro de Faria, que anotam, após constatarem que “No entanto, nos limites do negócio jurídico, o contrato é, para as partes, fonte de obrigações e direitos subjetivos, com a mesma força vinculante que a lei”¹³⁰:

Quando se trata de avaliar o descumprimento de um contrato, não só no tocante aos prazos, mas quanto ao próprio conteúdo das cláusulas, impõe-se, antes de tudo, distinguir entre obrigação principal e obrigações acessórias. Somente o descumprimento grave da obrigação principal (verdadeira causa do negócio) justifica a resolução do contrato por inadimplemento. As infrações de obrigação acessória, que não comprometem a finalidade principal do ajuste, motivam outras sanções (diversas da ruptura do contrato), principalmente quando estas já estejam enunciadas no contrato. Não sendo, pois, afetada a essência do contrato, a ofensa à obrigação acessória resolve-se, quase sempre, em perdas e danos ou em execução forçada da prestação devida.

Quanto à passagem, de fato, cabe dizer que há violações positivas do contrato que constituem infrações que acarretam evidente quebra de confiança e, conseqüentemente, dada a sua gravidade, dão ensejo à possibilidade de resolução contratual, pela parte inocente. Cite-se nesse sentido, por exemplo, a hipótese de um construtor contratado para edificar a planta industrial de uma empresa, na qual há inovações que constituem vantagens competitivas para esta e, pois, segredos industriais. Suponha-se, então, que, violando a confiança da contratante, o construtor revele estes segredos a terceiros. Em hipóteses tais, a quebra da confiança será de tal gravidade que justificará igualmente o rompimento do vínculo.

Por fim, mais uma vez quanto à aplicação da teoria do adimplemento substancial, tem-se que a mesma deverá ocorrer com a cabível prudência, sabidos os efeitos que o Direito exerce em áreas como a da Economia. Um ativismo judicial que descure das regras e princípios que compõem o sistema, com efeito, ao gerar

¹³⁰ Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. Revista de Direito Privado. n.º 38, abr-jun/09, p. 149/175.

insegurança, tem graves efeitos em novas contratações, na formação e execução de contratos, como bem reconhece a melhor doutrina (FONSECA, 2007, p. 189 et seq.):

Já se viu anteriormente que um aspecto fundamental do direito dos contratos, do ponto de vista econômico, é a redução dos custos de transação. Normas que aumentem os custos de transação tenderão à ineficiência e à má distribuição dos direitos de propriedade.

Neste passo, não é difícil vislumbrar as razões pelas quais a segurança jurídica é tão importante para a economia. Se os contratos não forem honrados e se o Poder Judiciário não fizer com que sejam, os custos potenciais são tamanhos que os negócios não se realizam. A insegurança e a imprevisibilidade jurídicas aumentam enormemente os custos de transação em todas as fases do negócio. Torna-se necessário encontrar um parceiro contratual confiável, redigir um contrato altamente detalhado, que não deixe margem a dúvidas, e exigir o máximo de garantias. Incorpora-se ao preço um adicional, um verdadeiro prêmio, quase securitário, pelo risco que se vai correr com o negócio. Há ainda uma preocupação muito maior de monitoramento da outra parte durante a execução do contrato, e se o problema desaguar na Justiça, a imprevisibilidade do resultado também tende a aumentar o tempo e os custos do litígio.

Como já se disse, se os contratos não são cumpridos, ou se viram pó da noite para o dia, como na imagem de Douglass North, a economia trava e não se desenvolve. Sem crescimento econômico, há menos empregos, menos consumo, e toda a sociedade sofre. [...]

É como no exemplo citado por Douglas Malheiros Duclerc Verçosa, no qual a proteção a alguns locatários, individualmente, às expensas dos respectivos locadores, pode acabar por prejudicar a imensa maioria dos locatários, pois o efeito econômico – e social – é a redução da oferta de imóveis e o aumento do preço dos aluguéis.

Não é outro o exemplo dado por Joaquim de Paiva Muniz [...]

É exatamente isto o que aconteceu no Brasil, na década de 1980. Em 1979 foi editada uma legislação para locações residenciais extremamente protetiva aos locatários, a Lei n. 6.649/79. O mote era exatamente o fim da denúncia vazia, ou seja, a restrição dos direitos de retomada do imóvel e despejo do inquilino pelo proprietário.

Com a passagem do tempo e a verificação de que na prática os direitos de propriedade do locador tinham sido excessivamente restringidos, cumulada com uma realidade de inflação crescente que deteriorava rapidamente o valor do locativo, embora a revisão do contrato só fosse permitida em Juízo ao cabo de cinco anos, notou-se uma acentuada retração no investimento para construção de imóveis habitacionais [...]

É público e notório que a Lei n. 8.009/90, sobre a impenhorabilidade do bem de família, teve o efeito colateral de dificultar a vida de locatários, pois os locadores passaram a exigir como fiadores pessoas que fossem proprietárias de pelo menos dois imóveis, reduzindo muito o espectro de potenciais fiadores. A correção de rumo veio com a Lei n. 8.245/91, cujo art. 82 acresceu o inciso VII ao art. 3.º da Lei n. 8.009/90, excepcionando a impenhorabilidade do bem de família na hipótese de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

A postura paternalista, em eventual ativismo judicial (conforme a parte final da nota de n.º126, acima), com a aplicação desenfreada e assistemática da teoria do adimplemento substancial, ao romper com a necessária igualdade, geraria insegurança, com a aleatorização da sorte dos contratos, de efeitos deletérios certos

no tráfico jurídico. Cuidando de conceituar o paternalismo jurídico como forma de proteção do Estado ao indivíduo, Sampaio Júnior (2009, p. 43) destaca os evidentes riscos de um paternalismo pretoriano, que se verificaria na hipótese de indiscriminada aplicação da teoria do adimplemento substancial:

Como mencionado na seção anterior, o paternalismo jurídico reflete uma das formas de intervenção do Estado e se manifesta durante o processo legislativo, ocasião em que se estabelece uma série de restrições ou de imposições à conduta privada. Esse expediente, como também mencionado, não é ontologicamente positivo ou negativo. Essa valoração somente poderá ser feita na análise da situação concreta, mas não se questiona que quanto maior o espaço deixado para o indivíduo manifestar-se livremente, mais se prestigia a sua própria dignidade, especialmente porque a Filosofia do Direito reconhece a “autonomia [...] como necessidade primordial do homem contemporâneo.

Há, porém, que se fazer uma ressalva no tocante ao paternalismo que se revela na jurisprudência, aqui designado pretoriano, que se refere à conduta do magistrado que, analisando o caso concreto, é tomado do mesmo espírito de humanidade que notabilizou o bom juiz Magnaud. Presume-se, para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, leva em consideração uma série de dados e estudos que não estão à disposição do magistrado no momento de prolatar a sua decisão.

7 CONCLUSÃO

A adoção de técnica legislativa mista, no Código Civil de 2002, com a convivência da técnica casuística com a adoção de cláusulas gerais, objetiva conferir maior flexibilidade à legislação, que não se entende completa e que se entende destinada, com o passar do tempo, à obsolescência.

Uma das características das cláusulas gerais, cujo conteúdo e consequências não são trazidos pela legislação, é conferir ao juiz, quando do conhecimento do caso concreto, a possibilidade de seu preenchimento, nos referidos conteúdo e consequência quanto aos quais a lei é lacônica, dando-lhes ‘concreção’. A atividade do magistrado, em hipóteses tais, não é, entretanto, absolutamente livre, devendo, além de observar a razoabilidade e a proporcionalidade, ter apoio e fundamento no sistema legal vigente, com recurso, ainda, a valores outros, que não sejam jurídicos.

Embora o legislador do Código Civil de 2002 não tenha previsto a figura do adimplemento substancial no corpo do diploma legislativo mencionado, doutrina e jurisprudência vêm entendendo pela sua aplicabilidade, como decorrência da adoção das cláusulas gerais por aquele. Parte dos autores, nesse sentido, diz que, em virtude do disposto no art. 421, do CCB, notadamente com fundamento na chamada função social do contrato, em sua faceta interna, a doutrina em questão, do adimplemento substancial, encontraria aplicabilidade no Direito pátrio, eis que a cláusula geral em vertente constituiria mecanismo de promoção da igualdade, do equilíbrio, entre as partes contratuais, que se materializaria em decorrência da aplicação da referida teoria ou doutrina.

Entretanto, a promoção da igualdade entre as partes não é uma das funções do contrato, não sendo a equivalência entre as prestações um dos pressupostos da figura, mesmo porque o Direito pátrio prevê contratos meramente benéficos. Além disto, a funcionalização de direitos (em que se consubstanciaria a promoção da igualdade), que caracteriza regimes autoritários, implica a perda de liberdade pelos cidadãos, passando aqueles (direitos) a ser entendidos como concessões do Estado a estes últimos, passíveis então de serem modificados ou mesmo derogados em função de um maleável “interesse social”.

De outro lado, outra parte da doutrina vê na cláusula geral da boa-fé objetiva, notadamente em sua faceta restritiva do exercício de posições jurídicas (CCB, art. 187), a porta de entrada para a doutrina do adimplemento substancial no Direito nacional. De acordo com esta doutrina, estaria o credor desautorizado a manejar pretensão de resolução contratual, contra o devedor inadimplente no que toca a fração mínima de sua obrigação. Na mesma esteira, ele estaria impedido, ainda, de erigir a chamada “exceção do contrato não cumprido”, eis que isto constituiria uma reação desmedida, desproporcional, a tão pequena falta, constituindo, em que pesem os autorizativos legais no sentido do exercício das soluções referidas, pena excessiva imposta ao devedor.

Entretanto, o que se tem é que o exercício dos direitos em questão, de resolução ou de arguição da “exceção do contrato não cumprido”, não constitui uma penalidade – a resolução implica o retorno de ambas as partes aos respectivos status anteriores – mas soluções destinadas exatamente à manutenção de um equilíbrio contratual, de maneira a preservar os interesses do credor em relação que, diante do inadimplemento, torna-se desequilibrada. Estas soluções ganham em relevância por constituírem garantias à realização dos referidos interesses, mesmo como consequência de os motivos, tirando quando erigidos ao contrato pelas partes, não serem essenciais aos ajustes travados na esfera civil.

Além disto, o que se tem é que a postura de suposta proteção de uma das partes frente à outra, em ambiente no qual há uma ideia de igualdade entre estas (no que concerne ao ajuste das respectivas vontades), que é o das relações travadas sob a incidência do Código Civil, deve ser precedida de todos os cuidados, sob pena de, além de ofensa à liberdade que caracteriza as relações civis, randomização da sorte dos contratos, com a consequente insegurança jurídica, aumento dos custos de transação etc. Ademais, a cláusula geral da boa-fé objetiva, constituindo norma de comportamento, reforça a obrigatoriedade, pela parte devedora, de observância daquilo a que ela se obrigou, sendo descabida uma postura paternalista na hipótese de incumprimento.

De toda forma, sendo o direito à resolução contratual, como o é o de manejo da “exceção do contrato não cumprido”, um direito subjetivo, este, como tal, pode ser objeto de abuso, hipótese em que a boa-fé objetiva, em sua feição protetiva, terá aplicabilidade.

Não será possível o exercício dos direitos em questão, com efeito, em hipóteses nas quais a efetiva comutatividade, equilíbrio, entre as obrigações das partes não houver sido, diante do inadimplemento verificado, realmente quebrada. Será possível, então, a aplicação da doutrina do adimplemento substancial, precedida, entretanto, da análise do caso concreto, englobado o comportamento das partes e sua feição jurígena, eis que, por exemplo, o descumprimento de obrigações acessórias, em determinados casos, poderá implicar claramente a perda do interesse do credor na prestação principal, ao passo que as atitudes deste, ainda que descumprida em parte a obrigação principal, podem denotar que, de fato, ele não perdeu o interesse na prestação, quando descaberá a resolução ou o uso da exceção do contrato não cumprido.

REFERÊNCIAS

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1988.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. V. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *As obrigações e os contratos*. Revista CEJ, Brasília, n. 9, set./dez. 1999. p. 31-39.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – pontos de convergência*. Revista de Direito do Consumidor. n. 48. s.d., p. 55-58.

AGUILA, Ramón Dominguez. *Teoría general del negocio jurídico*. s.l. ed. Jurídica de Chile, 1977.

ALMEIDA, António Ramos de. A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. In: BRANDÃO, António José. *Vigência e temporalidade do Direito e outros ensaios de filosofia jurídica*. V. 2. s. l.: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1991.

ALVES, José Carlos Moreira. *Negócios Jurídicos*. Revista do Advogado, Rio de Janeiro, n. 20, p. 46/51.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

ANDRADE, Manuel A. *Domingues de - Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. I e II. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*, v. I, II e III. Coimbra: Coimbra Editora, 1997-1999-2002.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974.

BARRE, Raymond. *Économie politique*. Paris:PUF, 1957.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. São Paulo:USP, 1949.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2 ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro:Renovar, 1993.

BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. 3 v. Milano: Giuffrè, 1954.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Baptista, Fernando Pavan; Sudatti, Ariani Bueno. 4. ed. revista. Bauru: EDIPRO, 2008.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. *Lesão e contrato no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

BRASIL. *Código Civil*. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e das outras providências. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>

BRASIL. Lei n.º 4504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra. Fonte: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102350&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>.

BRASIL. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades anônimas. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade dos bens de família. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre a locação de imóveis urbanos. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Fonte: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=233156&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883990 / RJ (Recurso Especial 2006/0159555-1), Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, v. u., julgado em 01/04/2008, DJ 12/08/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adimplemento+substancial&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5> – acesso em 26 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível com revisão n. 994.09.348349-2, foro central/São Paulo – 35. Vara Cível, Recorrentes, Rubens Leszkowicz, Ana Zyskindleszkowicz e Anna Luiza Muller Caravellas; Recorridos, Anna Luiza Muller Caravellas e Rubens Leszkowicz. 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 03 de agosto de 2010, negaram provimento ao primeiro apelo e deram ao segundo, v. u., rel. Des. Egidio Giacoia – Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4623791>, acesso em: 27 set. 2010.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

CABRAL, Thiago Colnago. *A reestruturação do conceito de propriedade: a função social enquanto componente do domínio*. Monografia. 2009. 25p. Pós-graduação em Direito Civil. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas Virtual). Belo Horizonte.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; rev. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo:Martins Fontes, 2000.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação : a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Cabral, Álvaro (trad.). 31. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. Coimbra:Centelha, 1981.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários á Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976*. v.2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASILLO, João. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: RT, 1982.

CASTRO, Cláudio de Moura. *O milagre brasileiro*. Veja, ano 43, ed. 2173, n. 28, p. 24, 14 jul. 2010.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual : modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005.

CONTINENTINO, Mucio. *Da cláusula penal no Direito brasileiro*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Comp., 1926.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da modernização do Direito Civil*. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito Civil português*. T. I. Parte Geral. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Direito das obrigações*. v. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

COUTO E SILVA, Clovis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COVELO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CUNHA, Alexandre dos Santos (Coord.) et al. *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

DABÍN, Jean. *La teoria de la causa*. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. 2. ed. Carvalho, Hermínio A. (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DINIZ, Souza. *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1962.

DINIZ, Souza. *Código Civil suíço e Código Federal Suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.

ESCALADA, Federico Videla; RAY, José Domingo. *La frustracion del contrato y la teoria de la causa*. Buenos Aires:Abeledo-Perrot, 1985.

ESPAÑA. *Código Civil: com notas, concordâncias, jurisprudencia y disposiciones concordantes y complementarias*. Madrid: Academia Editorial Lamruja, 1984.

ESPÍNOLA, Eduardo *et al.* *O método positivo na interpretação e na integração das normas jurídicas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição federal*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria geral do Direito Civil*. V. I. Lisboa: Lex, 1995.

FERNANDES, Milton. *Problemas e limites do dirigismo contratual*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1969.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Saraiva, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros; RÉGIS, Mário Luiz Delgado (col.). *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática dos princípios gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel Diritto moderno italiano*. V. II. 6, ed. Firenze: Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", 1903.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Direito Privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. rev., atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro:Forense, 2006.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo:Malheiros Editores, 2008.

GUIMARÃES, Otávio Moreira. *Boa-fé no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1938.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HANADA, Nelson. *Da insolvência e sua prova na ação pauliana*. São Paulo: RT, 1982.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. *A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos*. Revista de Direito Privado, n. 37. São Paulo:Revista dos Tribunais, jan-mar/2009, p. 09-40

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Almedina, Coimbra, 2000.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. edição. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ITÁLIA. *Codice Civile*. Edizione aggiornata al 1º-2-1985. Milano : editore Ulrico Hoepli, 1985.

JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2. ed. revis. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1986.

KLANG, Marcio. *A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LAMARCA, Albert (Trad.). *Código Civil alemão: Bürgerliches Gesetzbuch*. Madri : Marcial Pons, 2008.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. T. I. Trad. espanhola Briz, Jaime Santos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. T. II. Trad. espanhola Briz, Jaime Santos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1991 (original Alemão METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT). Lamego, José (trad.), Berlin: Springer Verlag, 1991.

LASARTE, Carlos. *Derecho de obnligaciones: princípios de derecho civil II*. 12 ed. Madri: Marcial Pons, 2008.

LIQUIDATO, Alexandre Gaetano Nicola. *A causa dos contratos: estudo sintético acerca da causa no sistema brasileiro*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 63, p. 93-110, jan./fev. 2010.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, s. d.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAIA, Paulo Carneiro. *Da cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 1959.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005.

MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES, Claudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Raphael Manhães, *A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações*. Revista de Direito Privado, nº 33, p. 250-289, 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Flavio Alves. *A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. *Ensaio sobre o princípio do equilíbrio contratual*. Revista IOB de Direito Civil e Direito Processual Civil, v. 8, n.48, p. 128/135. São Paulo: IOB, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MENDES, João de Castro. *Teoria geral do Direito Civil*. V. I e II. Lisboa: AAFDL, 1978.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. *Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 96, n. 860, p. 91-133, jun. 2007.

MOSCO, Luigi. *La Risoluzione del contratto per inadempimento*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugene Jovene, 1950.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OPTIZ, Oswaldo. *Mora no negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

PAES, Pedro. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito Privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. IV.

POTHIER. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1947.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo : Max Limonad, 1952.

REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil*. v. 5. t. 2. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989.

REIS, Élcio Fonseca. *O princípio da boa-fé e a utilização retroativa dos dados da CPFM para fins de constituição de crédito tributário*. In <http://www.elcioreis.com.br/publicacoes/boa_fe.pdf>. Acesso em 27/07/2009.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. da terceira ed. francesa: Oliveira, Osório de. 2. ed. Campinas: bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *O erro como vício da vontade*. São Paulo: Saraiva, 1979.

ROMAIN, Jean-François. *Theorie critique du principe général de bonne foi em Droit prive*. Bruxelas: Bruylant, 2000.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri, SP : Malone, 2004.

SAMPAIO JUNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo Direito Civil brasileiro*. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2009. In <http://books.google.com.br/books?id=vkTQdHPat7EC&printsec=frontcover&dq=rodolpho+barreto+sampaio+junior&hl=pt-BR&ei=1F_yTMrfKMH88AbbpdnQDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCcQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>, acesso em 10/09/2010.

SAN TIAGO DANTAS, F. C de. *Problemas de Direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações: consequências à luz do princípio da restituição integral: interpretação sistemática e teleológica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 6/ coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa).

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2 ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Luciano Felix Amaral e. *Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas X segurança jurídica*. Revista de Direito Privado. n.º 37, jan-mar/09, p. 131-147. Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Adimplemento substancial*. Dissertação. 2006. 290p. Dissertação (Mestrado em Direito). Mestrado na área de Direito das relações sociais, sub-área Direito Civil. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e boa-fé objetiva : o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008.

SOUZA DINIZ. *Código Civil Alemão*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1962.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de Perigo e lesão*. Belo Horizonte, abril de 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. 39 ed. Padova:CEDAM, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. II. 7. ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro:Forense, 1977.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito Público Direito Privado: sob o prisma das relações jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1972.

WEDY, Gabriel de J. Tedesco. *O princípio da boa-fé objetiva no Direito Tributário*. In Revista da AJUSFERGS, nº3, p. 251/287.

WERNER, José Guilherme Vasi. *A Formação, o controle e a extinção dos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão: direito das obrigações: parte geral*. Laux, Armindo Edgar (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução de . M. Botelho Espanha. Lisboa:Fundação Calouste /Gulbenkian, 1967.