



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
Mestrado em Direito, Ciências Jurídicas

**ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: RAZOABILIDADE DA SUA APLICAÇÃO NAS
RELAÇÕES CONTRATUAIS DO CAPITALISMO MODERNO.**

DANIEL GUERREIRO BONFIM

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR ARMINDO SARAIVA MATIAS

PORTUGAL / LISBOA

2017

**ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: RAZOABILIDADE DA SUA APLICAÇÃO
NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DO CAPITALISMO MODERNO.**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa
como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

APROVADO: _____ / _____ / _____

Prof. Doutor Armindo Saraiva Matias

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

PORTUGAL / LISBOA

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meu filho, Daniel Guerreiro Bonfim Filho, por quem tenho amor incondicional e teve que ser privado, compulsoriamente, da minha companhia enquanto me dedicava aos estudos deste mestrado.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela proteção dada em todos os dias da minha vida.

A minha família pelo incentivo e torcida para que esse objetivo fosse alcançado.

Aos meus verdadeiros amigos, irmãos que escolhi no decorrer da vida.

Ao professor Armindo Saraiva Matias, meu orientador, pela dedicação paternal com que conduziu a zelosa orientação acadêmica, pessoa quem sempre tomarei como exemplo de humanidade, paciência e sabedoria.

A todos os professores e professoras da Universidade Autônoma de Lisboa, que fizeram parte do Curso de Mestrado em Direito – Ciências Jurídicas, em especial a Professora Stela Barbas pela dedicação ao magistério e pela atenção que dispensa aos seus alunos.

Aos colegas de turma pela amizade que levarei por toda a vida.

A todos que de alguma forma contribuíram para que esse momento chegasse.

LISTA DE SIGLAS

BR	–	Brasil
CC	–	Código Civil
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CF	–	Constituição Federal
CPC	–	Código de Processo Civil
MM	–	Mui Meritíssimo
PT	–	Portugal
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TJMA	–	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TJSP	–	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UAL	–	Universidade Autónoma de Lisboa

RESUMO

Estudo sobre a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos sistemas jurídicos vigentes contemporâneos, em face da finalidade de se manter o equilíbrio contratual prejudicado por fatos ou atos não previstos inicialmente. Pesquisa acerca dos institutos jurídicos vinculados e sua evolução no cenário jurídico clássico e moderno. Abordagem dos princípios jurídicos afetos aos contratos e reflexão quanto aos preceitos sobrepesados no aparente confronto na busca por solução dos casos jurisdicionados. Análise do entendimento positivado hodierno e pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Civil. Direitos das obrigações. Contratos. Mora. Adimplemento. Inadimplemento. Adimplemento substancial.

ABSTRACT

Study on the application of the theory of substantive due performance in contemporary legal systems, given the purpose of maintaining the contractual balance prejudiced by events or acts not foreseen initially. Research on the related legal institutions and their evolution in classical and modern legal scenario. Approach affects the legal principles to contracts and reflection about the sobrepesados precepts in the apparent clash in the search for solution to the jurisdictional cases. Analysis of today's understanding positivado and jurisprudential research.

Keywords: Civil right. Rights obligations. Contracts. Lives. Due performance. Substantial due performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O CONTRATO E SEU CONTEÚDO: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
1.1. O Contrato como Fonte de Obrigações.....	16
1.2. O Contrato e os Princípios que o regem.....	20
1.2.1. Princípios contratuais propriamente ditos.	24
1.2.1.2. A força obrigatória dos contratos (<i>pacta sunt servanda</i>).....	28
1.2.1.3. A relatividade dos efeitos das obrigações para terceiros.....	31
1.2.2. Princípios constitucionais afetos aos contratos.	40
2. ADIMPLEMENTO E INADIMPLEMENTO: CONCEITOS E MODALIDADES. ...	46
2.1. Cumprimento da Obrigação e Adimplemento.	46
2.2. O inadimplemento: noção e modalidades.	50
2.2.1. Inadimplemento absoluto, descumprimento total ou incumprimento definitivo. ...	52
2.2.2 Cumprimento tardio ou retardado: Mora.	54
2.2.2.1. Cumprimento defeituoso, imperfeito, parcial ou inexato	57
2.2.3. Efeitos jurídicos do inadimplemento e responsabilidade civil contratual.....	60
2.2.3.1 Inadimplemento definitivo	62
2.2.3.2 Mora.....	63
2.2.3.3 Causas de Inadimplemento não Imputáveis ao devedor: Caso Fortuito e Força Maior e Mora do Credor.	66
3. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.....	71
3.1. Origem Histórica: O Caso Boone versus Eyre.....	72
3.2. A gravidade do descumprimento.	75
3.3. O Adimplemento Substancial: Noção Jurídica.	77
3.4. Princípios que orientam a Teoria do Adimplemento Substancial	80
3.4.1 Abuso de direito e Enriquecimento sem causa.	82
3.4.2. Análise das penalidades à luz dos princípios estudados.	84

4. HIPÓTESES LEGAIS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO	
SUBSTANCIAL.	86
4.1. A jovem jurisprudência brasileira.....	88
4.2. Risco de instabilidade jurídica quanto a aplicação indiscriminada da Teoria do	
Adimplemento substancial.	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

O ser humano carece, desde a sua própria origem, para atendimento de suas necessidades mínimas – ou mesmo supérfluas, de buscar os itens necessários à sua sobrevivência, ao seu bem-estar ou à sua satisfação pessoal, visto que ele, sozinho, não é capaz de produzir ou de deter consigo tudo aquilo que precisa ou lhe convém.

A aquisição do que lhe é preciso pode ser alcançada por meio de seu próprio esforço ou por intermédio de terceiros, seja pelo trabalho prestado, seja por trocas realizadas. O escambo, dessa maneira, passou a ocorrer desde o início da civilização e, com ele, a necessidade de regramento das avenças que iam sendo firmadas.

A organização social, com o transcurso do tempo, tornou-se cada dia mais complexa e a dinamicidade das operações econômicas trouxe o conhecido instituto do contrato.

Originado na esfera privada entre aqueles que uniram interesses para finalização de pretensões pessoais, situações em que a parte mais frágil ficou exposta e subserviente àquela em condições mais favoráveis acabaram por aparecer e, no decorrer da História, a concepção do contrato passou a ter acepções menos individualistas. No contexto liberal, o ideal de liberdade tratou de uma igualdade formal – hipotética – para que as contratações se realizassem livremente entre os interessados, sem qualquer justificativa para que o Estado interviesse nas relações privadas. Na Revolução Industrial, com a massificação das negociações existentes, tornou-se inviável atender à demanda advinda da expansão capitalista que se deflagrava, com a preservação do individualismo a cada novo negócio que se concretizava. As Guerras Mundiais impuseram, na busca pela recuperação da economia, a intervenção estatal nos negócios, imiscuindo a autonomia dos indivíduos para contratar.

Problemas contemporâneos advieram do contexto caracterizado pela multiplicidade e popularização dos negócios havidos, e com as diversas relações de consumo, de trabalho, entre outras, a História se deparou com acidentes de trabalho, prejuízos, e circunstâncias que inviabilizavam a consumação das tantas avenças.

A busca do ideal de justiça, apta a restaurar o equilíbrio perdido impunha um trato mais humano e social em detrimento do interesse puramente individualista da relação obrigacional tal qual nascida no momento do pacto.

Ora, com o surgimento do próprio homem, sempre houve a busca intrínseca pela preservação da igualdade e do justo, valores cujas acepções sofreram mudanças desde a sua origem. O pensamento aristotélico já entendia o tratamento igualitário como um reflexo da ideia de justiça. No Direito Romano, em que já se tratava de distinguir, pela finalidade, a esfera privada da pública, feições formalistas e solenes foram atribuídas às negociações praticadas, e somente quando observadas as exigências da época impunha-se a força de vínculo obrigatório. Na concepção liberal, a intangibilidade do contrato era sinônimo de respeito ao indivíduo e à sua autonomia. Nisto, a História prova que a ideia de justiça remete sempre a um ideal de igualdade, impondo equilíbrio entre a vontade dos sujeitos envolvidos.

Certamente, o Direito retrata as súplicas sociais, e os institutos jurídicos que precisam ser sobrepujados quando invocada a tutela jurisdicional, no trato do instrumento do contrato, são objeto do presente estudo.

Inicialmente, o capítulo dois trata do conteúdo do contrato, versando sobre os princípios que regem a questão e os quais orientam, na solução dos conflitos havidos nas ligações contratuais, os sujeitos envolvidos e os seus julgadores na busca pelo entendimento de sua natureza jurídica, desde a sua feição estritamente individual até a sua atual acepção de cunho social. Em seguida, fez-se necessário tecer noções contratuais próprias do instituto, considerando que, ao se firmar um contrato, se pretende a conclusão do negócio, entretanto, outras situações podem surgir implicando o não cumprimento da obrigação, ou o cumprimento de forma parcial ou defeituoso, o que pode denotar prejuízos para um lado em desfavor da vantagem do outro. Ainda, tratam-se dos efeitos jurídicos decorrentes dessas situações anômalas, imprevisíveis, as quais carecem de correção, impondo-se a restauração do *status quo ante*. Num terceiro momento, são apresentados os aspectos históricos e conceituais propriamente vinculados ao surgimento da Teoria do Adimplemento Substancial. Por fim, em observância aos princípios abordados, confronta-se o objeto do presente trabalho, com a análise da matéria no que tange à manutenção do vínculo contratual, pelo atingimento de seus fins, em contraposição com o interesse de uma das partes pelo desfazimento obrigacional em que pese o adimplemento retardatário, imperfeito ou parcial dos deveres assumidos pelo sujeito passivo da relação.

O cenário mostra que atos ou fatos podem prejudicar o equilíbrio em que o contrato foi celebrado e, que, por um lado, tem-se um credor que busca o cumprimento integral e

perfeito do negócio jurídico enquanto, por outro, há um devedor que carece que as prestações adimplidas sejam consideradas, embora existam deveres que podem não ter sido observados.

São os efeitos jurídicos desse estremecimento contratual que passam a ser examinados, o que ainda não possui um entendimento pacífico frente aos estudiosos do Direito, os quais têm apreciado a questão sob a ótica dos valores individuais e sociais que devam ser preservados.

As situações carecidas de solução jurisdicional envolvem questões que, embora possam ser previsíveis, não decorreram de um comportamento propositado e irresponsável do proponente e, por outro viés, não eram aguardadas pelo interessado.

A ruptura do liame contratual e, via consequência, da relação de equilíbrio entre as cláusulas do instrumento estabelecidas, carece, nesse panorama, de ser restaurada mediante a busca de uma justa equação entre os deveres adimplidos, as perdas havidas e a expectativa de cumprimento integral do contrato.

Assim, “o aplicador do Direito, ao zelar pela equivalência originária do contrato, ou procurar a razoável resolução da obrigação – quando não for possível restaurar o seu equilíbrio – com apuração dos prejuízos está, em verdade, à procura do *justo* como critério”¹.

É nessa conjuntura que se apresenta o Adimplemento Substancial e as questões jurídicas atuais que são cerne de discussão mundial na perquisição por uma compreensão única e pacífica, de modo a garantir a segurança jurídica dos institutos vigentes.

¹ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

² VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p.

1 O CONTRATO E SEU CONTEÚDO: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto do contrato, popularmente, traz ao ser social a ideia de um acordo em que os contraentes formalizam as suas pretensões, avençando, cada qual, as prestações que são obrigados a desempenhar.

Inicialmente, o conceito de contrato, na concepção romanista, “retratava a situação de pessoas que *contraía* uma obrigação, primeiro através das palavras *solenes* e dos gestos *rituais* que caracterizavam os actos jurídicos mais importantes (como o *nexum* e a *stipulatio*), mais tarde mediante a entrega simbólica de determinadas coisas, a marcar o momento culminante da perfeição do acto”².

Na acepção secular, percebe-se que o direito romano entende apenas dos contratos com contornos patrimonialistas e solenes.

O contrato, como instituto jurídico, assumiu noções jurídicas diversas, influenciadas pelos fatos históricos por quais passavam a humanidade. Três correntes de pensamento, no entender de alguns autores, contribuíram decisivamente para a formação do novo conceito do contrato, tal como entendido nos ordenamentos jurídicos modernos. A esse respeito, discorre João de Matos Antunes Varela que:

“Destaca-se, em primeiro lugar, o ensinamento dos canonistas, que pregaram o dever moral de fidelidade à palavra dada, condenando o perjúrio como pecado e realçando o valor dos *nuda pacta*, independentemente de qualquer formalismo ou solenidade negocial. Foram os canonistas quem, a partir do século XVI, mais decididamente combateu o culto *fetichista* da *forma* (a emissão da declaração perante certas testemunhas ou em determinado local; o respeito de fórmulas sacramentais; a observância de ritos solenes, como o aperto de mão a selar a conclusão do contrato ou a prática de certos actos litúrgicos v.g., a troca de alianças nos *esponsais*) como a verdadeira fonte da *força vinculativa* da promessa feita.

A velha máxima *pact sunt servanda* aparece já defendida pelos antigos canonistas, embora tendo especialmente em vista as relações entre Estados.

Refere-se, em segundo lugar, a contribuição doutrinária da escola jusracionalista do Direito natural e do iluminismo setencista, que colocaram a liberdade individual no centro ideológico de todo o sistema jurídico, afirmando a supremacia da vontade esclarecida do homem entre as forças criadoras do Direito (*solus consensus obligat*).

Foi o *jusnaturalismo* que mais contribuiu para *espiritualizar* o contrato, libertando-o da carga *ritual, simbólica, materialista* ou *formalista* que, durante séculos, cobriu a *pureza* ou a *essência* do fenómeno jurídico.

E aponta-se, em terceiro lugar, o voluntarismo jurídico, estimulado pelas necessidades da burguesia triunfante, interessada em desembaraçar o comércio jurídico das peias sociais, muitas delas de origem feudal, que desnecessariamente entorpeciam o seu desenvolvimento.

² VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 214.

À acção conjugada desses três factores – um, de natureza predominantemente ético-religiosa; outro, de índole política; e o último, de carácter social – se deve a nova fisionomia jurídico do *contrato*”³.

Portanto, o contrato, moderna e amplamente, é concebido, por Roberto de Ruggiero, como um vínculo “entre duas ou mais pessoas”, no qual “basta que as vontades se tenham se encontrado, basta que haja consenso, desde que (compreende-se) seja justificado pela existência de um fim lícito e protegido”⁴.

Há, assim, na doutrina, um entendimento diverso que não admite o contrato como um acordo de vontades unicamente criador de obrigações. Trata-se de uma concepção lata, que “considera contrato todo o acordo de duas ou mais partes que tenda à produção de efeitos jurídicos, qualquer que seja a matéria”⁵.

O direito italiano consagra, em seu Código Civil, uma posição intermediária na qual “o contrato se reporta às relações patrimoniais, quer dizer, aos domínios dos direitos de crédito e do direito das coisas, tanto do ponto de vista da sua criação como da sua modificação ou extinção. Excluem-se, por conseguinte, as relações extrapatrimoniais”⁶.

No direito civil português, “o contrato pode ser, entre nós, fonte de constituição, transmissão, modificação e extinção de obrigações ou direitos de crédito, bem como fonte de direitos reais, familiares e sucessórios”⁷.

João de Matos Antunes Varela diz ser o contrato um “o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”⁸.

O doutrinador Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ensina que:

“O contrato assume-se assim como o resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma unitária estipulação de efeitos jurídicos. Consequentemente, os contratos pressupõem

³ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 2015, p. 215.

⁴ NADER, Paulo - **Curso de direito civil**. 4.^a ed. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10

⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 218.

⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 2014, p. 219.

⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 2014, p. 220.

⁸ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 2015, p. 212

sempre uma proposta e sua aceitação, das quais deve resultar o mútuo consenso sobre todas as cláusulas sobre as quais uma das partes julgue necessário o acordo.”⁹

O conceito, no *córtex* civil português, não está definido expressamente, porém a doutrina entende contrato como um negócio jurídico bilateral, o qual, nos ensinamentos de Inocêncio Galvão Telles, consubstancia-se, no “acto produtor de efeitos jurídicos que representam uma aplicação do princípio da *autonomia da vontade*, traduzindo uma *auto-regulamentação de interesses*”¹⁰.

No Direito Brasileiro, Fábio Ulhoa Coelho define contrato “como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros”¹¹. Contudo, “entende-se por parte, não uma pessoa, mas antes o titular de um interesse, o que poderia implicar que duas ou mais pessoas constituíssem uma única parte, quando tivessem interesses comuns”¹².

Flávio Tartuce, portanto, ao discorrer sobre o tema, ensina que:

“O contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (*ato jurígeno*); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. Em suma, em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.”¹³.

Caio Mário da Silva Pereira assinala que contrato “é um negócio jurídico bilateral, e, por conseguinte, exige o *consentimento*; 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”¹⁴, isto é, em suma, “um acordo de vontades, na

⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 168-169.

¹⁰ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 58.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa - **Curso de direito civil**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 2015, p. 167.

¹³ TARTUCE, Flávio - **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. São Paulo: Método, 2011, p. 34.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7

conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”¹⁵.

Deve-se, reputar, por fim, que, o contrato quando não tem cunho patrimonial é conceituado por alguns doutrinadores e em alguns ordenamentos jurídicos, como o francês, como simples convenção, quando trata de direitos reais, familiares ou sucessórios, ou, ainda, quando extingue ou modifica obrigações¹⁶.

Concludentemente, o contrato, por essência, é um acordo entre duas ou mais partes que possuem interesses opostos, todavia, harmonizáveis entre si, para a concretização, consensualmente, de um resultado comum, podendo ter cunho patrimonial ou extrapatrimonial, se assim entendido no ordenamento jurídico sob análise.

1.1. O Contrato como Fonte de Obrigações.

Como o *contrato* é a principal fonte das relações de crédito, cujo cerne está inserido no Direito das Obrigações, regulamentador jurídico da maior parte da vida econômica, necessário se faz entender o conteúdo obrigacional e a natureza jurídica desse instituto.

Inocêncio Galvão Telles, em sentido ainda “desprovido de rigor técnico-jurídico”, designa *obrigação* como “o lado passivo de qualquer relação jurídica, ou seja, de qualquer relação da vida social regulada e tutelada pelo Direito. Abrange o *dever jurídico*, por força do qual uma pessoa se encontra vinculada a observar certa conduta no interesse de outra e de outras”¹⁷.

Por sua vez, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, esclarece que, segundo o Código Civil Português, em seu artigo 397º, obrigação trata do “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realidade de uma prestação”.¹⁸

Já em sentido técnico ou jurídico, João de Matos Antunes Varela explicita que:

“São obrigações em sentido técnico as relações constituídas entre o comprador, que tem o dever de pagar o preço, e o vendedor, que tem o direito de exigir a entrega dele; entre o senhorio, que tem o dever de proporcionar o gozo temporário do prédio, e o arrendatário, que tem o poder de reclamá-lo; entre o credor da sociedade ou o

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 2015, p. 7.

¹⁶ MESSINEO, Francesco - **Doctrina general del contrato**. Vol. T.I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952.

¹⁷ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 2010, p. 09.

¹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 11.

sócio, que responda por ela; entre a vitimado atropelamento e o condutor responsável pelo acidente.

O termo *obrigação* abrange a relação no seu conjunto e não apenas, como sucede na linguagem comum, o seu lado passivo: compreende, portanto, *o dever de prestar*, que recai sobre uma das partes bem como *o poder de exigir* a prestação conferido à outra.”¹⁹.

Sílvio de Salvo Venosa, citando Clóvis Beviláquia, assim doutrina:

“Obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.”²⁰

A obrigação é definida pelo doutrinador Washington de Barros Monteiro como “a relação jurídica, de carácter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.”²¹

Nessa esteira, pontua-se que as obrigações “não têm necessariamente por objeto, ao contrário do que na linguagem muitas vezes se pressupõe, o pagamento de *dinheiro*. Podem vincular à entrega de *outras coisas* ou à realização de *factos positivos* (acções) *ou negativos* (omissões)”²².

Sendo assim, o objeto da obrigação é sempre uma conduta ou um ato humano: de dar, fazer ou não fazer (*dare, facere, praestare*).

Por oportuno, de modo a se entender que as relações jurídicas podem ser fontes de obrigações, veja-se o que continuamente ensina o mesmo doutrinador:

“A cooperação econômica entre as partes, em regra assente na espontânea iniciativa dos indivíduos, mas muitas vezes imposta pelo Estado, pode revestir múltiplos aspectos, de entre os quais se destacam os seguintes: *a)* a *circulação* de bens, através de negócios de alienação ou de oneração de coisas móveis, imóveis ou imateriais; *b)* a *colaboração* dos homens e das empresas, na organização e funcionamento das sociedades, nos contratos de trabalho ou de empreitada, ou na prestação de serviços; *c)* a *prevenção* de riscos individuais, capazes de afectarem a economia pessoal, familiar ou da empresa (contrato de seguro; renda perpétua; renda vitalícia; etc); *d)* a *reparação* patrimonial dos danos sofridos, quer como consequência da violação dos contratos, dos direitos absolutos ou das normas destinadas a proteger interesses de

¹⁹VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 63.

²⁰VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

²¹MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil**. 30.^a ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 8.

²²TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.11.

outrem, quer por virtude do exercício de certas atividades que envolvem riscos, cada vez mais graves, nas sociedades tecnicamente mais evoluídas (acidentes de viação e de trabalho).²³”

E, finalmente, na linguagem jurídica, João de Matos Antunes Varela relaciona que:

“As *modalidades* das obrigações são as várias *categorias* de relações civis e obrigações naturais, quer quanto ao sujeito (obrigações singulares e plurais; obrigações conjuntas e solidárias; obrigações de sujeito indeterminado), quer quanto ao objeto (obrigações divisíveis e indivisíveis; genéricas e específicas; pecuniárias, alternativas, de indemnização, etc.), pela diferente disciplina a que estão subordinadas.²⁴”

Dito isto, e das definições colacionadas, depreende-se que o objeto da obrigação é a denominada *prestação* a ser cumprida, assertiva corroborada por Sílvio de Salvo Venosa, o qual assevera que a obrigação “estrutura-se pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, determinada prestação²⁵”

Nesse diapasão, também ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“O objeto da relação obrigacional é a prestação, consistente na coisa a ser entregue (obrigação de dar) ou no fato a ser prestado (obrigação de fazer ou não fazer), importando invariavelmente uma ação ou omissão do devedor. Ou seja, ao dever jurídico especial imposto ao sujeito passivo (devedor) corresponderá um direito subjetivo do sujeito ativo (credor). A relação obrigacional consiste no elo entre os dois lados do fenómeno.²⁶”

Por fim, exemplifica o mestre Orlando Gomes:

“O objeto da obrigação específica de um comodatário é o ato de restituição da coisa ao comodante. O objeto dessa prestação é a coisa emprestada, seja um livro, uma joia, ou um relógio. Costuma-se confundir o objeto da prestação, fazendo-se referência a este quando se quer designar aquele, mas isso só se permite para abreviar a frase. Tecnicamente, são coisas distintas.²⁷”

²³VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 22-23.

²⁴VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17.

²⁵VENOSA - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 53.

²⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 38.

²⁷GOMES, Orlando - **Obrigações**. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21.

João de Matos Antunes Varela ministra que “é o *dever de prestar*, a que uma pessoa fica adstrita, no interesse de outra, que distingue a relação obrigacional de outros tipos próximos de relações”²⁸.

Ora, sendo o dever jurídico um comando ditado pelas normas estatais o qual deve ser observado por uma determinada pessoa, os deveres de prestação são aqueles vinculados às obrigações. Portanto, infere-se que “o dever correspondente às obrigações em sentido técnico tem de característico ainda o facto de ser imposto no interesse de determinada pessoa e de seu objeto consistir numa *prestação*”.²⁹

Frisa-se, outrossim, que os deveres de prestação podem ser de trato principal ou acessório. Tal distinção é abordada por Jorge Cesa Ferreira da Silva que define deveres principais como “deveres de proteção do patrimônio do devedor ou do credor”³⁰, enquanto os acessórios, secundários ou laterais implicam na realização dos interesses do credor de forma mais adequada e satisfatória³¹.

Nesse diapasão, as circunstâncias, o modo e a forma que as prestações, principais e acessórias, serão desenvolvidas pelas partes são formalizadas por um instrumento de contrato, entendido, nesse panorama, como criador de obrigações, as quais podem assentar patrimonialidade ou não.

A maior parte da doutrina jurista concebe a obrigação como vínculo jurídico que confere a uma parte - credor - o direito de exigir de outrem - devedor - o cumprimento de determinada prestação, correspondente a uma relação creditícia, isto é, consistente numa prestação economicamente aferível.³²

A patrimonialidade da obrigação não é questão incontroversa no mundo jurídico, sendo admitida, a obrigação *per si*, em determinadas relações jurídicas, por outros

²⁸ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 16.

²⁹ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 62-63.

³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140-141.

³¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³² COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

doutrinadores, como sem revestimento económico, entretanto, na maior parte das vezes, o objeto da obrigação, a prestação, assume um valor pecuniário³³.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão leciona, sobre essa discussão, que:

“A doutrina mais antida entendia que a obrigação não se poderia constituir se não fosse susceptível de avaliação pecuniária. Como argumentos em defesa desta tese invoca-se o facto de a execução apenas se poder exercer sobre o património do devedor e, como esta execução pressupõe sempre a liquidação do crédito numa soma pecuniária, daí resultaria a necessidade de a prestação ter valor pecuniário. Para além disso, estaria em princípio excluída a ressarcibilidade dos danos morais causados pelo incumprimento das obrigações. Daqui resultaria para a tese clássica a insusceptibilidade de se constituírem obrigações sem natureza patrimonial.”³⁴

Salienta-se que, em que pese tal ressalva, o tema não tem muito interesse prático, de tal sorte que vez ou outra apenas a obrigação é destituída de sua – quase intrínseca - natureza patrimonial.

Deve-se pontuar, por fim, e para interesse do presente estudo, que a relação contratual – com conteúdo obrigacional e patrimonial – apresenta, dentro desse conceito, de um lado um credor e, de outro, um devedor. O primeiro tem interesse que a prestação seja cumprida, o segundo, “é a pessoa que deve praticar certa conduta, determinada atividade, em prol do credor, ou de quem este determinar. Trata-se, enfim, da pessoa sobre a qual recai o dever de efetuar a prestação”³⁵.

Importa dizer, que a obrigação vincula às partes pelo seu conteúdo: o dever jurídico de prestar ao outro envolvido determinada ação ou mesmo omissão - seja de dar, de fazer, ou de não fazer,

1.2. O Contrato e os Princípios que o regem.

Segundo o dicionário Silveira Bueno, a palavra *princípio* significa o “momento em que alguma coisa tem origem”³⁶. Dito isto, os princípios jurídicos tomam a concepção de que são o sustentáculo, a base, do sistema de normas de um determinado Estado.

³³ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

³⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 83.

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 36.

³⁶ BUENO, Francisco da Silveira - **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000, p. 264

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio de Mello conceitua princípio como:

“(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e Inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”³⁷”

Vezio Crisafulli define o termo *principio* de forma bem pontual, denotando a sua função dentro de um ordenamento jurídico, de tal forma que:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.”³⁸”

Indubitavelmente, como já abordado reiteradamente, o Direito é uma expressão da ordem social e as normas buscam exatamente regulamentar as relações jurídicas decorrentes das interações humanas em uma sociedade.

Ao passo que, primeiro surge o problema, para depois ser elaborada a solução; o fato ou ato antecede à lei a ele aplicável. Nesse ínterim, passa a existir um momento em que não há norma para resolução do caso que se busca solver, de tal modo que os aplicadores do direito precisam utilizar os fundamentos basilares do sistema jurídico para dissolver a questão.

Justamente sobre isto, comenta Andrea Cristina Zanetti:

“As mutações sociais – o que inclui valores sociais, novas tecnologias encontradas pelo homem, mudanças comportamentais do indivíduo, formas de relacionar-se em sociedade – deixam um “vazio jurídico” e podem ocasionar contradições normativas demandando constante estudo e solução dos aplicadores do direito, sendo certo que a definitiva resolução só será possível em momentos posteriores, quando houver (e se houver) a intervenção do Poder Legislativo.”³⁹”

Na mesma vertente, Maria Helena Diniz disserta que:

“Sabendo-se que as relações humanas são dinâmicas e sofrem transformações e que estar-se diante de uma realidade mutável, o sistema jurídico, entendendo-se este em

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de - **Curso de direito administrativo**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 450-451.

³⁸ CRISAFULLI, Vezio - **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Em Curso de direito constitucional, por Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 257.

³⁹ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

sua concepção aberta, como um ordenamento normativo com dimensão fática e valorativa e por isso comporta a existência de lacunas e antinomias.⁴⁰”

Ora, a inexistência de norma aplicável a determinado fato, enquanto não se pode aguardar a discussão jurídica em torno do problema, é tratada como *lacuna*, assim definida por Andrea Cristina Zanetti, em nota explicativa de n.º 33:

“O conceito de lacuna acaba apresentando contornos próprios dependendo de cada autor. Mas, em linhas gerais, admite-se a lacuna como um descompasso do princípio da plenitude do ordenamento jurídico. É a falta de uma norma que possa ser aplicada a um determinado comportamento ou fato, e, desta feita, não encontra solução na lei.⁴¹”

Também, pode existir no ordenamento um confronto de normas que devem ser sobrepujadas na resolução do caso, o que se conhece como *antinomia*, que “se dá quando há uma incompatibilidade, um conflito, entre duas ou mais normas que integram um dado sistema jurídico⁴²”

Na ocorrência de lacunas legislativas ou de antinomias de normas, os juristas buscam junto às premissas basilares - ou seja, aos princípios que norteiam o Direito – a solução mais coerente, harmônica, de modo a resgatar o *status quo ante* da questão que precisa ser solvida.

Oportuna aqui a lição de Karl Larenz:

“(…) no grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma ‘ideia jurídica geral’, pela qual se orienta a concretização ulterior, como por um fio condutor. Desta espécie são, por exemplo, o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da responsabilidade pessoal. Os primeiros indícios de uma especificação de previsão e consequência jurídica e, portanto, do começo da formação das regras, mostra-nos princípios tais como o preceito de igual vertentes, como, por exemplo, enquanto proibição de retroactividade de leis desvantajosas ou como uma base de ‘responsabilidade por confiança’ no Direito privado, o preceito da salvaguarda da ‘boa-fé’ em todas as relações jurídicas especiais, o princípio da culpa, o princípio da responsabilidade pelo risco e o de uma imputação daqueles riscos que alguém há de suportar ‘mais directamente’ que outrem, enquanto critérios de uma responsabilidade por danos.⁴³”

⁴⁰ DINIZ, Maria Helenav **As lacunas do direito**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25-27.

⁴¹ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

⁴² ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40

⁴³ LARENZ, Karl - **Metodologia da ciência do direito**. 4.ª ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 p. 674-675.

O professor Norberto Bobbio explicita que princípios são “as normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema”⁴⁴.

No que tange ao tema estudado, contrato, deve haver aplicação harmônica dos princípios basilares do ordenamento jurídico aos “processos sociais de cooperação e troca, de acordo com parâmetros e valores da juricidade”⁴⁵. Isso porque, ao jurista, “idealmente, compete-lhe realizar, em simultâneo, o livre, o útil e o justo”⁴⁶.

Ora, o contrato, enquanto norma *inter pars*, deve ser regido por princípios, os quais podem ser gerais em abstrato ou específicos do direito contratual, “especializando-se de sorte a facilitar concretização da *equidade*, por meios de parâmetros objetivos, visíveis e, por isso mesmo, mais seguros”⁴⁷.

De forma conclusiva e pontual, os princípios assim têm por finalidade:

“Mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se, por força da consequência, a arquitetura jurídica subjacente. Mas o contrato é sempre o contrato, afinal. Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia revolucionária francesa, ou sob o paradigma de consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do direito como a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época. Até que se mostre, a cada época. Até que se mostre, a cada época, como insustentável ou deficiente, quando então ele se remoldura e busca sua readequação, para prosseguir como o que sempre fundamentalmente foi: um instrumento essencial à organização social.”⁴⁸

Em face desse contexto, em que, na resolução dos contratos, podem surgir as lacunas e as antinomias, certo é que os princípios são os segmentos norteadores para que se encontre a devida solução, sendo esta aquela que melhor atende ao que a sociedade proclama como justo.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto - **Teoria do ordenamento jurídico**. 9.^a ed. Tradução: Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: UnB, 1997 p. 159.

⁴⁵ RIBEIRO, Joaquim de Sousa - **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 637.

⁴⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa - **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999 p. 637.

⁴⁷ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 51.

⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista dos Advogados de São Paulo**, nº 2 Ano 12 (dezembro 2002), p. 80.

1.2.1. Princípios contratuais propriamente ditos.

Como já dito, o contrato, em sua acepção menos elaborada, surge regido por características rígidas e associadas à preservação da vontade única do indivíduo. Aos poucos, em virtude dos fenômenos econômico-sociais, outra feição lhe foi atribuída, afastando-o de seu aspecto estritamente pessoal para aproximar-se de uma existência simultânea como parte de um todo social, sem violação da garantia da vontade privada.

Nesse contexto mutável, como forma de dirimir conflitos, princípios contratuais, como mandamentos de base, foram extraídos dos ideais da Codificação francesa, sejam eles, o princípio da autonomia privada, da obrigatoriedade das convenções, do consensualismo e da relatividade dos efeitos das obrigações perante terceiros.

Posteriormente, novos paradigmas foram inseridos pela dinâmica social do século XX, com influência direta do Código Civil Alemão, conhecido, na doutrina como *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*), com a vinculação da liberdade contratual à liberdade social, a concepção principiológica e fundamental da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações contratuais.

Segundo João de Matos Antunes Varela

“Os *princípios fundamentais* em que assenta toda a disciplina legislativa dos contratos são os seguintes: *a)* o princípio da *autonomia privada*, que atribui aos contraentes o poder de fixarem, *em termos vinculativos*, a disciplina que mais convém à sua relação jurídica; *b)* o princípio da *confiança*, assente no *stare pactis*, segundo o qual cada contraente deve responder pelas expectativas que justificadamente cria, com a sua declaração, no espírito da contraparte; *c)* o princípio da *justiça comutativa* ou da *equivalência objectiva*, de acordo com o qual, nos contratos *a título oneroso* (que são, de longe, os mais frequentes no comércio jurídico), à prestação de cada um dos contraentes deve corresponder uma prestação de valor objetivo (ou subjectivo) sensivelmente *equivalente* da parte do outro contraente.⁴⁹”

Tais princípios são, atualmente, o que se conhece como contratuais propriamente ditos.

De outro modo, as garantias fundamentais dos indivíduos, assecuratórias da dignidade humana, da igualdade, da solidariedade social e do desenvolvimento, livre iniciativa e justiça social, acolhidas pelas constituições modernas, permeiam todos e quaisquer institutos

⁴⁹ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 226.

jurídicos vigentes; estando o contrato regido por tais princípios, eis que deixa seu aspecto privado e o insere em uma acepção social e mais humana no decorrer do tempo.

Nesse diapasão, desenvolve Andrea Cristina Zanetti:

“A estrutura básica do contrato mantém-se, ou seja, continua sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que normalmente apresenta em seu bojo interesses contrapostos, mas harmonizáveis, e pauta-se pela autorregulamentação, em geral. Contudo, já não é possível sustentar uma liberdade absoluta e uma igualdade formal que justifiquem o cumprimento do contrato em qualquer circunstância, sendo intangível mesmo diante de abusos e situações adversas, imprevisíveis e extraordinárias.”⁵⁰

Francesco Messineo, acerca da evolução dessa regência, esclarece que:

- a) “A inserção no sistema contratual de manifestações do princípio da socialidade que vem corrigir os exageros individualistas do contrato, tais como, a defesa do contratante débil contra o contratante forte (em especial nos contratos de adesão e *contratos tipo*); o respeito pela boa-fé do outro contratante com a conjunta tutela da confiança; a exclusão – em matéria contratual – de interesses não merecedores de tutela; a inserção automática de cláusulas determinadas no contrato, as quais já não podem ser afastadas pela vontade da parte; o respeito ao direito de terceiros (no caso de simulação); a rescindibilidade do contrato, constituído em estado de perigo e por efeito de lesão; a exigência de que o contrato apresente descumprimento substancialmente, logo considerável, para que seja resolvido; a possibilidade de resolver o contrato quando o ônus se tornar excessivo etc.;
- b) A prevalência de interesses gerais sobre particulares, sem que isso signifique abolição do contrato como instrumento da livre iniciativa e autonomia privada;
- c) A generalização de princípios, então aplicáveis contratos singulares, que passam a ser aplicados como categorias de princípios contratuais.”⁵¹

1.2.1.1. A Autonomia Privada e a Liberdade Contratual

O contrato, assim, surge como uma necessidade de satisfação de interesses, na qual está presente a ideia de um acordo de vontades, em que dois ou mais partícipes, no exercício da autonomia da vontade de cada um, determinam as obrigações que serão cumpridas.

Introdutoriamente, Caio Mário da Silva Pereira, assevera que seu “fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica”⁵².

Bem explicita Andrea Cristina Zanetti acerca da autonomia de vontade do indivíduo que:

“Trata-se da liberdade que os particulares possuem para resolverem seus “conflitos de interesses, criar associações, efetuar escambo de bens e dinamizar, enfim, a vida

⁵⁰ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

⁵¹ MESSINEO, Francesco - **Doctrina general del contrato**. Vol. T.I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952, p. 20-22.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

em sociedade”. Para a consecução destes fins, as pessoas podem vincular-se juridicamente, expressando sua vontade de diferentes maneiras, sendo a via contratual a forma mais comum.⁵³”

Certo deste contexto, o contrato surge numa relação particularizada e, por isso, nasce da vontade das partes em contratar aquilo que lhes convém, da liberdade individual inerente à condição de ser humano e intrínseca à noção original do contrato.

Daí, não há como o contrato ser dissociado, em seu nascimento, do valor da liberdade, derivado da Revolução Francesa e do Iluminismo⁵⁴ e definido por Dalmo de Abreu Dallari da seguinte forma:

“A possibilidade de escolha seria insuficiente, se não fosse orientada para os valores fundamentais da pessoa humana, revelados e definidos através dos séculos. Um desses valores é a liberdade, sem dúvida alguma. Entretanto, é indispensável que haja coerência na concepção de liberdade. Com efeito, as doutrinas individualistas exaltaram a liberdade individual, mas concebendo cada indivíduo isoladamente. Ora, se todos reconhecem que o homem é por natureza um ser social, o homem situado, que não existe isolado na sociedade. A liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades.⁵⁵”

A liberdade corresponde, nessa acepção, à autonomia do indivíduo, o qual, pela manifestação de sua vontade, contrata aquilo que lhe parece conveniente.

Inocêncio Galvão Telles assim comenta:

“A liberdade, em princípio, refere-se ao *se* e ao *como* do contrato: se há-de ser celebrado e como há-de sê-lo. Dentro dos limites da lei, as partes são livres de celebrar ou não o contrato e de atribuir a este o conteúdo que lhes aprouver, fazendo figurar nele as cláusulas do seu agrado. Na determinação do conteúdo podem inclusivamente afastar-se dos modelos expressamente previstos na lei (contratos *típicos*), adoptando fórmulas da sua inventiva ou apenas consagradas pelos usos ou pela prática (contratos *atípicos*). Podem também formar contratos resultantes da conjugação de cláusulas correspondentes a dois ou mais tipos regulados na lei (contratos *mistos*).⁵⁶”

Todavia, no decurso de tempo, em face dos fatos históricos já trazidos a lume, a autonomia, entendida assim como valor de liberdade, não pôde existir numa acepção absoluta

⁵³ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

⁵⁴ CAENEGEM, Raoul Charlas Van - **Uma introdução ao direito privado**. 2.^a Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu - **Elementos da teoria geral do estado**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 258-259

⁵⁶ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 62.

e ilimitada e, aos poucos, cedeu para uma noção mais restrita, tolhida pelo limite estatal, em respeito a um bem maior de ordem social e pública, decorrente da necessidade de ingerência estatal em face da desigualdade formal entre os particulares no contexto complexo contemporâneo.

Nesse pensamento, Dalmo de Abreu Dallari retrata a liberdade individual como simultaneamente uma liberdade social:

“A possibilidade de escolha seria insuficiente, se não fosse orientada para os valores fundamentais da pessoa humana, revelados e definidos através dos séculos. Um desses valores é a liberdade, sem dúvida alguma. Entretanto, é indispensável que haja coerência na concepção de liberdade. Com efeito, as doutrinas individualistas exaltaram a liberdade individual, mas concebendo cada indivíduo isoladamente. Ora, se todos reconhecem que o homem é por natureza um ser social, é evidente que se deve conceber sua liberdade tendo em vista o homem social, o homem situado, que não existe isolado na sociedade. A liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades.”⁵⁷

Isso porque o contratante é “uma pessoa cujas garantias e direitos fundamentais são assegurados constitucionalmente; e por isso mesmo o valor *liberdade* que se observa nos atos praticados por particulares, não deve ser reduzido à liberdade econômica, a liberdade de perseguir a maior vantagem possível, sem medidas ou limites”⁵⁸.

Ora, é certo que, nos dias de hoje, bem se sabe que o contratante nem sempre possui essa liberdade de contratar, de escolher o conteúdo exato daquilo que está sendo contratado, de ajustar os exatos termos do que pretende contrair, sendo fácil constatar abusos sobre o lado mais vulnerável nessas situações.

Andrea Cristina Zanetti, destarte, sucintamente tece explicações sobre a evolução do conceito de autonomia da vontade do indivíduo:

“Originalmente, entendia-se que a liberdade contratual possuía em seus significados: a) a regra de que uma parte não podia impor unilateralmente a outra o conteúdo do contrato e que este deveria ser resultado de uma livre expressão de ambas, o que era presumido pela força da lei; b) a observância das diretrizes da norma jurídica; c) a faculdade das partes em fixar o conteúdo do contrato, ou seja, “autodeterminação de cada uma das cláusulas concretas contratuais”; d) a possibilidade dada às partes de afastar normas, quando não imperativas, ou seja, dispositivas ou supletivas (cuja incidência se dá em caso de silêncio do contrato) e substituí-las por regras e regime

⁵⁷DALLARI, Dalmo de Abreu - **Elementos da teoria geral do estado**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 258-259.

⁵⁸ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

fixados pela vontade das partes; e) a “autodisciplina”, isto é, estipular normas, surgidas da atuação das próprias partes; e f) a faculdade das partes em concluir contratos com “*finalidades práticas ainda que não previstas em lei* (contratos inominados).

É certo que muitos destes aspectos mantiveram-se na atualidade. Todavia, a visão deste princípio, hodiernamente, distancia-se daquela que a considerava como um dogma imutável e impenetrável. A autonomia, antes traduzida como liberalismo econômico e regras mercantis que se distanciavam de intervenções externas à avença, vincula-se agora não apenas à liberdade econômica, mas sim à própria pessoa.⁵⁹”

A autonomia da vontade, como princípio, passou, portanto, a ser concebida, no decorrer do tempo, como *autonomia privada*, eis que sucedeu de forma limitada pela própria ordem jurídica, a qual deve preservar a manutenção das relações jurídicas em consonância com os preceitos de igualdade, liberdade, solidariedade, dentre outros direitos fundamentais do indivíduo⁶⁰.

Nas palavras de João de Matos Antunes Varela:

“(…) a autonomia privada é um princípio de área bastante mais dilatada (do que a liberdade contratual), pois compreende ainda a *liberdade de associação* (para a constituição de pessoas colectivas), a liberdade de tomar *deliberações* nos órgãos colegiais, a liberdade de *testar*, a liberdade de celebrar *acordos* que não são contratos (como os que abundam na vida da sociedade conjugal) e a liberdade de praticar os numerosos actos unilaterais (passar procuração, perfilhar, anular, revogar, resolver ou denunciar negócios jurídicos, etc.) que concitam a tutela do Direito.⁶¹”

Por conseguinte, o contrato só pode ser firmado se existir a manifestação de vontade do sujeito em aderir aos termos propostos e contrapostos; dessa forma, é imprescindível a existência da autonomia privada, revestida nos negócios jurídicos de liberdade contratual, todavia, está há de coexistir com a preservação das garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos, eis que não pode haver desequilíbrio entre a vontade das partes.

1.2.1.2. A força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda) e o Consensualismo

Da autonomia privada, decorre que, partindo-se da premissa de que na esfera particularizada, sujeitos, em igual condição, almejam concretizar seus propósitos, não há,

⁵⁹ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55-56.

⁶⁰ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶¹VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 226-227.

inicialmente qualquer razão para um terceiro ou o poder estatal se imiscuir nessa relação. Dito isso, originou-se o preceito de intangibilidade do contrato.

Nesse passo, Caio Mário da Silva Pereira trata, recorrendo às discussões quanto ao *fundamento da obrigatoriedade* que:

“Para a escola jusnaturalista, assenta no pacto social (Grotius, Puffendorf), com a hipótese, hoje desacreditada, de que teria havido, primitivamente, uma convenção tácita em virtude da qual os indivíduos teriam transigido com seus apetites egoístas, e determinado o respeito pelos compromissos livremente assumidos. A concepção utilitarista de Jeremy Bentham aponta-lhe como suporte a conveniência de cada um, que no respeito ao interesse alheio enxerga o resguardo dos seus próprios. Giorgi, assente nas teses de Vico, Fries, Belime, Tissot, aceita-lhe para sucedâneo a decorrência da lei natural, que leva o homem a dizer a verdade, como uma imposição de suas tendências interiores. A Escola Positivista quase faz abstração do problema, sustentando simplesmente o princípio da obrigatoriedade no mandamento da lei, e dizendo que o contrato obriga porque assim a lei dispõe, o que não é explicar nem justificar, pois o de que se cogita é precisamente de retroceder ao *porquê*, no momento em que se afirma o princípio. Messine, seguindo o ministério de Kant e Boistel, defende a obrigatoriedade como consectário da liberdade de contrata, armando esta equação: o contrato obriga porque as partes livremente o aceitam. Ruggiero e Maroi assentam a regra na unidade da vontade contratual.⁶²”

O denominado princípio da obrigatoriedade das convenções ou o princípio da confiança, ou, ainda, o conhecido *pacta sunt servanda* é herança da gênese romana, da qual se estatuiu que o contrato faz lei entre as partes, e originou, como principal efeito, a impossibilidade de dissolução do vínculo obrigacional, a menos que seja por mútuo consentimento ou nas hipóteses previstas na legislação.

Discorrendo acerca do tema, Caio Mário da Silva Pereira assim trata:

“O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrependerem-se; lícito não pe revoga-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes (...) o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.⁶³”

Sobre a positivação desse princípio no córtex civil português, Mário Júlio de Almeida Costa ensina que:

“Este significa que, uma vez celebrado, o contrato plenamente válido e eficaz constitui lei imperativa entre as partes («lex privada») ⁽¹⁾. É o que expressa o art. 406.º, n.º 1, do Cód. Civ.: «O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 14-15.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 13.

modifica-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contratos ou nos casos admitidos na lei.⁶⁴”

João de Matos Antunes Varela conceitua tal premissa da seguinte forma:

“É, com efeito, a protecção da legítima expectativa criada pelo recebimento da *proposta* contratual no espírito do destinatário que explica a irrevogabilidade dela pelo proponente durante o período razoavelmente reservado à reflexão e decisão deste (art. 230.º).

Tal como é a tutela do sentido da proposta, colhido pelo declaratório através da ponderação atenta do texto declarativo, que justifica a possibilidade de a declaração de vontade valer com um alcance diferente daquele que o declarante pretendeu imprimir-lhe.⁶⁵”

Entretanto, já se tratou de que a autonomia privada, reflexo do valor da liberdade individual, passou a ter uma noção de liberdade social, em face das garantias individuais dos sujeitos envolvidos.

Não há, assim, também, como conceber, nessa nova acepção, que a intangibilidade contratual é absoluta, visto que o ordenamento jurídico atende ao chamado social e há de coexistir com uma aplicação harmônica dos preceitos por ele albergados.

Vinculado ao sentido do princípio do *pacta sunt servanda*, no trato da autonomia da vontade do sujeito, tem-se o princípio do consensualismo, cuja nomenclatura, apesar de constante na doutrina de vários ordenamentos jurídicos dada à sua origem clássica, não tem, hodiernamente, ampla menção e divulgação.

Uma vez que o consensualismo, vocábulo que remete às palavras *consenso* e *consensual*, relaciona aprovação unânime, acordo, anuência, permissão⁶⁶, tem-se que o princípio preceitua que “o contrato nasce do consenso puro dos interessados”⁶⁷.

A origem de tal princípio, nascido na égide romana, traz que os escribas lavravam à termo o que as pessoas diziam estar convencionado no campo fático, preservando-se os acordos informais realizados, atualmente, implica no entendimento de que, uma vez que um negócio surge do consenso entre partes, o contrato não pressupõe forma especial, embora,

⁶⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 312-313.

⁶⁵ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 227.

⁶⁶ BUENO, Francisco da Silveira - **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18.

algumas modalidades, careçam de determinadas formalidades para que sejam considerados válidos perante a ordem jurídica⁶⁸.

Raciocina, no estudo dos contratos, assim, Andrea Cristina Zanetti que “o princípio do consensualismo é a manifestação recíproca, em acordo, da vontade de duas ou mais pessoas, com o objetivo de obrigarem-se a determinadas prestações (direitos e deveres)”⁶⁹.

Dito isto, não há dúvidas de que os princípios tratados decorrem daquele que considera preponderante a autonomia de vontade das partes contraentes, de tal forma que, consensualmente, obrigam-se a cumprir certas prestações.

Por fim, reflete-se que o efeito jurídico presente nessas premissas é a vinculação, a qual Pontes de Miranda referencia em seus ensinamentos que “sem que as manifestações de vontade entrem no mundo jurídico não há vinculação, porque a vinculação já é eficácia do negócio jurídico”⁷⁰.

1.2.1.3. A relatividade dos efeitos das obrigações para terceiros

Tal princípio consiste do brocardo justiniano *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, o qual significa que “aquilo que é realizado entre outros, a outros não aproveita nem prejudica”⁷¹.

Concretamente, é Andrea Cristina Zanetti quem melhor explica acerca da aplicação deste preceito na análise dos casos que carecem de apreciação, na medida em que diz que “decorre dessa afirmação que apenas o patrimônio dos contratantes responde pelas obrigações contratuais, impedindo que terceiro, no que concerne à sua ou aos seus bens, seja atingido ou prejudicado pela avença da qual não participou”⁷².

Entretanto, não se pode deixar de distinguir os efeitos internos do contrato, os quais só afetam as partes, concluindo-se que ninguém mais pode ser enquadrado como credor ou devedor contra sua própria vontade e responder civilmente pelo seu patrimônio a não ser os contraentes, dos externos, que correspondem às repercussões reflexas para terceiros, estranhos

⁶⁸ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁹ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.61.

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. XXXVIII vols. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 47-48.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15.

⁷² ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

alheios à relação jurídica, mas que podem vir a sofrer as consequências do contrato ou mesmo auferir vantagens indiretamente⁷³.

Esse princípio, de relatividade dos efeitos das obrigações para terceiros, é de fundamental importância ao estudo do contrato, eis que positivado nas codificações civis italiana, francesa e espanhola⁷⁴, já que, atualmente, sob a égide do direito contemporâneo, agregado aos outros preceitos, orienta no sentido de que, embora determinado negócio jurídico não imponha direitos e obrigações a terceiros, isto não significa que seus efeitos não tenham consequências ou reflexos sobre eles, o que pode implicar na intervenção estatal no julgamento dos casos jurisdicionados⁷⁵.

1.2.1.4. A boa-fé objetiva

Quando se fala que algum sujeito está imbuído de boa-fé na sua conduta, claramente, se exprime um conceito pessoal, retratado pela visão própria e peculiar do indivíduo, impregnada dos aspectos sociais, culturais e econômicos da realidade particular do sujeito.

Sobre a dificuldade de se definir a boa-fé, Orlando Gomes ensina que:

“Boa-fé não é uma ideia de fácil conceituação, porém, ao analisar o caso concreto, podemos utilizar mecanismos que nos levam a aferir se um sujeito agiu com boa-fé e dentro da boa-fé, contudo formular um conceito abstrato é demasiado complexo. Os pensamentos dos autores civilistas apontam, via de regra, para a ideia de boa-fé objetiva, como é o caso de Orlando Gomes quando afirma que “agir de boa-fé significa comportar-se como homem correto na execução da obrigação.”⁷⁶

Deve-se frisar, entretanto, que a boa-fé pode ter caráter subjetivo ou objetivo. Andrea Cristina Zanetti perfeitamente aborda tal distinção:

“As duas espécies de boa-fé – subjetiva (presente no CC desde 1916 e comumente percebida na área dos direitos reais) e objetiva (inserida com a reforma de 2002) são absolutamente distintas. Enquanto a boa-fé subjetiva baseava-se na ignorância de estar lesando direito alheio ou no erro escusável de uma determinada situação que o contratante acredita a ser regular, muitas vezes restrito às disposições literais do contrato, a boa-fé objetiva pauta-se na ética, honestidade, retidão, lealdade e cuidado

⁷³ GOMES, Orlando - Contratos. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁷⁵ Díez-PICAZO, Luis, e Antonio Gullón - **Sistema de derecho civil**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2003.

⁷⁶ GOMES, Orlando - Contratos. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 112.

com o interesse do outro contratante, tido como um membro da sociedade que possui proteção jurídica.⁷⁷”

Em mesma viés, aclara Silvio de Salvo Venosa que:

“Na boa fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁷⁸”

Ao estudo, interessa a boa-fé contratual, de caráter objetivo, a qual, na qualidade de princípio base, orienta, com segurança, os ordenamentos jurídicos vigentes.

Judith Martins-Costa, doutrinariamente, comenta que três são as funções desse princípio. A uma, tem uma função hermenêutica-integrativa, devendo ser observada na aplicação harmônica das normas; a duas, é fonte de deveres secundários, estatuidos aqueles que permeiam o pacto, tais como os deveres de cuidado e previdência, e; a três, constitui limite ao exercício de direitos subjetivos, entendendo-se que a esfera particular de um não pode causar o abuso do direito de outrem⁷⁹.

A respeito da aplicação de tal princípio, mais uma vez, de forma brilhante, ensina Andrea Cristina Zanetti que:

“A boa-fé é o princípio geral a que todas as obrigações devem se subordinar. Associa-se a um das características da liberdade contratual que é a de autovinculação, mandamento moral de preservar a confiança dada e assumida numa relação obrigacional livremente pactuada.

(...)

É indubitável que o comércio e as tratativas contratuais ficariam irremediavelmente prejudicadas se não houvesse a proteção da confiança suscitada pelo comportamento do outro, da boa-fé; daí a razão pela qual o ordenamento jurídico não podia, e nem pode, se furtar protegê-la. Trata-se de assegurar uma condição pacífica da vida em comunidade e da cooperação entre os homens.⁸⁰”

No âmbito contratual, Emílio Betti explica que:

⁷⁷ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112. (Zanetti, 2012, p. 112)

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Savio - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 379.

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith - **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁸⁰ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

“A boa-fé contratual não se limita aos atos singulares do contratante, mas sim à avaliação da totalidade de conduta de cooperação das partes no âmbito do contrato, mesmo que não esteja expresso na avença, determinando atos de confiabilidade, fidelidade, empenho, sacrifício, disponibilidade de auxílio à contraparte, rapidez e veracidade na troca de informações, a fim de atender às expectativas do outro, segundo a finalidade da espécie contratual.”⁸¹

Por sua vez, Caio Mário da Silva Pereira discorre que:

“Ao lado da criação dos deveres anexos (dever de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação e sigilo, de prestar contas) a boa-fé objetiva ostenta função interpretativa dos negócios jurídicos, e função limitadora do exercício de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*), que veda que a conduta da parte entre em contradição com conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado)”⁸²

Destarte, é de se notar que a boa-fé tem “alcance de princípio geral de direito”⁸³, razão pela qual foi consagrado expressamente nas legislações vigentes, a ponto de ser classificado como um princípio normativo, que se contrapõe a uma norma jurídica, já previstos nos ordenamentos alemão e francês⁸⁴.

Vale aqui colacionar que Luís Manuel Teles de Menezes Leitão relacionou os dispositivos legais portugueses, pertinentes ao direito português, que encerram em seu conteúdo tal premissa:

“No âmbito do Direito das Obrigações, o princípio da boa-fé objectiva encontra-se essencialmente plasmado em cinco institutos:
- a responsabilidade pré-contratual (art. 227º, nº 1);
- a integração dos negócios (art. 239º);
- o abuso de direito (art. 334º);
- a resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias (art. 437º, nº 1);
- A complexidades das obrigações (art. 762º, nº 2).”⁸⁵

No córtex civil brasileiro, há a previsão no artigo 422, comentado por Caio Mário da Silva Pereira desse modo: “o Código Civil de 2002 preencheu essa lacuna e dispôs no seu art.

⁸¹BETTI, Emilio - **Teoria geral das obrigações**. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 111.

⁸²PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

⁸³COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 120.

⁸⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁸⁵LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 12.ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 51.

422 que os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”⁸⁶.

No contexto atual e ora estudado, tem-se que os usos e costumes não podem ser postos de lado pelo julgador na análise da conduta contratual adequada, que deve estar em conformidade com aquela adotada noutros negócios jurídicos firmados, impondo “comportamentos objetivamente conforme aos parâmetros de cooperação, honestidade e lealdade dirigidos à promoção dos fins perseguidos na concreta relação obrigacional”⁸⁷.

Desse modo, a boa-fé objetiva é princípio geral do direito que impõe às partes a observância de um padrão ético social, bem como à lealdade e a confiança recíprocas, ainda que não haja previsão expressa em contrato, indispensável ao atendimento das expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

1.2.1.5. A função social do contrato.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social, indubitavelmente, o direito social emerge com o declínio dos direitos puramente individuais. Nesse contexto, a doutrina cristã, representada pela concepção filosófica de Santo Tomás de Aquino, faz a propriedade ascender como um direito natural, de tal forma que a função social da propriedade se erige como um pilar que transcende o âmbito particularizado em prol da busca por uma sociedade boa, livre e justa.

Para Giselda Hironaka, “a função social, como qualidade inerente ao conceito de propriedade, visa adaptar esse direito aos interesses maiores de toda a coletividade, além da figura singular do proprietário”⁸⁸.

Nesse sentido, a função social da propriedade influencia diretamente a noção moderna de contrato. E, a esse respeito, Rogério Ferraz Donnini afirma que:

“(...) a função social do contrato deriva da noção social de propriedade, em virtude do modo pelo qual se opera a transferência do domínio, ou seja, pelo contrato.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 20.

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.

Afinal, não teria sentido exigir-se um comportamento social do proprietário e outro diverso para as partes envolvidas numa relação contratual.⁸⁹”

No Brasil, a Constituição de 1967, já contempla tal mudança social, com a previsão da função social da propriedade. Mas a consolidação veio com a Carta Magna de 1988.

Segundo ensinamento de Gustavo Tepedino:

“(…) o que diferencia o ângulo de consideração da função social, na Constituição Federal de 1967-69 e na de 1988 é que, enquanto naquela a função social era princípio da ordem econômica e social, na Constituição vigente é encartada no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (inciso XXIII do art. 5º).⁹⁰”

O Código Civil Brasileiro, de 2002, dispõe em seu artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁹¹. Tal norma comprova que o Direito contemporâneo, cedendo aos ditames sociais, positivou a consolidação do interesse coletivo ao particularizado do contrato, atribuindo-lhe função social.

Considerando introdutoriamente a questão, Caio Mário da Silva Pereira, em atenção ao supracitado dispositivo legal brasileiro, ensina que:

“A redação que vingou deve ser interpretada de forma a se manter o princípio de que a liberdade de se contratar é exercida em razão da autonomia da vontade que a lei outorga às pessoas. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem os seus interesse. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.⁹²”

Maria Bernardete Miranda sobre a função social do contrato bem arremata que:

“Trata-se, sem sombra de dúvida, do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual. O contrato, embora aprioristicamente se refira somente às partes pactuantes (relatividade subjetiva), também gera repercussões e - por que não dizer? - deveres jurídicos para terceiros, além da própria sociedade, de forma difusa.⁹³”

⁸⁹ FERRAZ, Rogério - **Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Ferraz, 2007, pp. 118-119)

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo - **Contornos Constitucionais da propriedade privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 292.

⁹¹ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12.

⁹³ BERNARDETE, Maria. - **Teoria geral dos contratos**. [Em linha] Direito brasil, 2008. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>.

Ora, nesses termos, é certo que o contrato deve ser analisado de maneira sistemática, observando-se os preceitos constitucionais, para uma aplicação voltada ao social, apta a garantir a igualdade das partes e o equilíbrio contratual⁹⁴.

Andrea Cristina Zanetti discorre com muita precisão que:

“A função social não tolera a submissão do interesse coletivo ao interesse particular; a luta contratual desleal; o abuso de superioridade de um dos contratantes; o desequilíbrio do contrato e a conduta imoral em explorar a inexperiência, necessidade ou estado de perigo do outro.”⁹⁵

O princípio da função social refere, por conseguinte, ao atendimento do interesse coletivo, o que impõe a sobreposição do aspecto social, de forma harmônica, ao privado. Deve-se frisar que não há, nessa visão, uma mitigação do ser humano na qualidade de indivíduo único e exclusivo que o é; o que se concebe é que ele, numa relação, possui a própria liberdade tolhida pela liberdade da outra parte, que também é detentora de direitos.

Concludentemente, acerca do novo cenário em que está inserido o contrato, Caio Mário da Silva Pereira assim aborda sobre tal premissa:

“Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. A função social do contrato, portanto, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Reconhece-se, ao revés, que a autonomia da vontade é limitada pela função social do contrato, dada à repercussão contratual sobre interesses extracontratuais socialmente relevantes, a demandar maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação de determinado objeto, em razão do interesse maior da coletividade.”⁹⁶

Finalizando a questão, por oportuno, Nelson Nery Junior esclarece que “tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá forçosamente repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo contrato”⁹⁷.

⁹⁴ SANDRI, Jussara Schimitt - **Função social do contrato: Conceito, Natureza jurídica e fundamentos**. Revista de Direito Público. Londrina: Direito Público. Ano 6, n.º 2 (agosto 2011), p. 120-141.

⁹⁵ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 12-13

⁹⁷ JUNIOR, Nelson Nery - **Código Civil comentado**. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 627.

A função social do contrato impõe, portanto, o atendimento não só aos interesses das partes envolvidas, mas também aos proclames sociais, de modo que não pode haver conflito dos termos do contrato com os valores albergados no seio da sociedade.

Isto é, não pode haver em uma específica e determinada relação obrigacional o desatendimento aos preceitos da boa-fé objetiva ou do equilíbrio das prestações contratuais, o que, via consequência, seria sinônimo de desproporção: com a vantagem de um sobre o ônus do outro. O ordenamento jurídico, se permissivo quanto à chancela de tal abuso de direito, poderia criar diversas situações jurídicas equivalentes àquela, perpetuando injustiça.

1.2.1.6. O equilíbrio econômico das prestações.

O princípio econômico das prestações pode ser encontrado sob as denominações de *igualdade material*, *equivalência material*, *igualdade contratual* e *sinalagma*, e trata da proporcionalidade que deve existir na relação contratual entre as forças individuais envolvidas, de modo que não haja vantagem de um sobre o ônus de outrem.

Andrea Cristina Zanetti, escrevendo sobre o princípio do equilíbrio contratual, conclui, em sua dissertação, que:

“1. O princípio do equilíbrio contratual assenta sua origem na *equidade* – na ideia de justiça –, integra o *princípio da justiça contratual*, mas não se confunde com este, uma vez que seu campo de atuação é mais estrito, circunscrevendo-se à busca pelo adequado e justo balanço de prestações e contraprestações assumidas pelas partes contratantes numa determinada espécie contratual.

(...)

5. O princípio do equilíbrio contratual é o preceito jurídico que visa evitar a falta de *equidade* nas relações contratuais em geral, sobretudo as sinalagmáticas, o que faz com base na normatização e em colaboração com outros princípios vigentes no sistema (boa-fé, função social, justiça contratual).

(...)

8. O princípio do equilíbrio contratual não se limita apenas a um equilíbrio econômico atualmente. Trata-se de um equilíbrio entre a totalidade de deveres e direitos, da distribuição adequada de ônus e riscos que até poderá apresentar a oscilação, segundo a natureza do contrato e as condições particulares de cada caso, mas sempre dentro da mesma ideia de *justeza* e *adequação* que se espera daquela espécie contratual, o que também é balizado por disposições legais e princípios integradores da nova ordem contratual.

9. O princípio do equilíbrio contratual, como forma de manifestação da justiça *comutativa* ou *corretiva*, deve ser entendido não somente como um limite à autonomia da vontade ou exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos,

mas, sobretudo, como um princípio que vem servir e garantir a própria *liberdade contratual*.⁹⁸”

Comenta Claudia Lima Marques, por sua vez, que:

“À procura do ‘equilíbrio contratual’, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé da partes contratantes.⁹⁹”

Felipe Peixoto Braga Netto acentua que:

“O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.¹⁰⁰”

No Direito Português, Carlos Ferreira de Almeida observa que o princípio invocado tem orientação subsidiária, todavia, para ele, tem papel primário, já que o intérprete não pode se distanciar do balanço equitativo entre custos e benefícios nos contratos onerosos¹⁰¹.

Os contratos devem conter, certamente, uma paridade entre as prestações, consubstanciada na harmonia entre utilidade e equidade, de tal sorte que seja preservada a proporcionalidade entre direitos e deveres contraídos pelas partes.

O princípio que ora se trata denota, por conseguinte, que a relação obrigacional deve manter a usura, isto é, a equidade entre obrigações e contraprestações assumidas pelos contratantes, entendendo-se justiça como valor ético supremo e fundamental, que, sob a forma corretiva ou distributiva, dá a cada um o que é seu.

⁹⁸ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315-316.

⁹⁹MARQUES, Claudia Lima - **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 288.

¹⁰⁰FERREIRA, Aparecido Hernani, e Paulo Luiz Netto Lôbo - **O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. Campinas: Bookseller, 2003, p. 87.

¹⁰¹ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Contratos IV: funções. circunstâncias. interpretação**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 292.

1.2.2. Princípios constitucionais afetos aos contratos.

A Constituição de um Estado consiste no normativo maior que rege a sua estrutura e funcionamento. Já que na Constituição está contido o regramento basilar e fundamental, nela também estão presentes os princípios primeiros que vão servir para orientar todas as demais normas.

Dito isto, existem princípios constitucionais que devem ser observados nas negociações praticadas entre os particulares, ou seja, a concretização de um contrato, em hipótese alguma, poderá se afastar daquilo que a sociedade entendeu como justo e fundamental.

Luiz Edson Fachin, sobre o assunto, refere que:

“O Direito Constitucional penetra, hoje, em todas as disciplinas e, via consequência, também, no Direito Civil. Além da liberdade, constitucionalmente assegurada, e suas repercussões no direito à intimidade, trata a questão da igualdade no Direito Civil, dividindo-a em momentos básicos: igualdade como não discriminação no exercício, ou do gozo dos direitos civis; igualdade em matéria sucessória.”¹⁰²

Os ordenamentos jurídicos modernos, no estudo do contrato, tendo em vista sua natureza jurídica primária estritamente privada, apresentam como fundamentais os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade social e do desenvolvimento, livre iniciativa e justiça social.

Ora, tal fenômeno jurídico é o retrato de um novo cenário jurídico, sobre o qual Andrea Cristina Zanetti se manifesta:

“Assistimos, em verdade, a convergência de interesses, de pontos em comum nos direitos público e privado, razão pela qual não subsiste mais a antiga divisão romana entre direito público e direito privado – centrada na subordinação do indivíduo, no primeiro; e na exclusiva atuação individual, no segundo.”¹⁰³

1.2.2.1. A dignidade da pessoa humana.

O princípio tutelado de dignidade da pessoa humana colocou o indivíduo em um “patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal”¹⁰⁴. A valoração do indivíduo

¹⁰²FACHIN, Luiz Edson - **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 300.

¹⁰³ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

¹⁰⁴FINGER, Julio César- **A Constituição Concretizada - Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

de tal forma findava com a noção concebida de que regulamentação do âmbito privado do ponto de vista unicamente patrimonial, “para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais”¹⁰⁵.

Comentam, do mesmo modo, os professores Costa Machado e Anna Candida da Cunha Ferraz, que:

“A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que deve ser considerado fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político (...).¹⁰⁶”

Andrea Cristina Zanetti, por sua vez, trata do magnânimo e fundamental preceito em face de concepção na vida em sociedade:

“Como princípio jurídico, a dignidade humana apresenta dois aspectos: a) no negativo é a garantia de que a pessoa não será objeto de ofensas e humilhações, atuando em defesa da pessoa; b) no positivo é o preceito que garante o pleno desenvolvimento de cada indivíduo portanto promocional, alcançando todos os setores do direito, inclusive o direito privado.¹⁰⁷”

Finalmente, traz-se a lume o ensinamento de Maria Celina Bodin tão reproduzido pelos constitucionalistas:

“Por fim, entendido o axioma da dignidade como valor intrínseco à pessoa humana, podemos trata-lo como um fonte de onde emanam quatro outros preceitos, segundo estudo de Maria Celina Bodin de Moraes. Assim: 1º) o reconhecimento pelo sujeito de que existem outras pessoas iguais a ele, que detêm direitos iguais e merecedoras de um mesmo tratamento digno, leva-nos à constatação do princípio jurídico da igualdade; 2º) da mesma forma, o respeito equânime à integridade psicofísica da pessoa, remete-nos ao princípio da integridade física e moral; 3º) a proteção da vontade livre do sujeito, da autodeterminação de seus interesses, por sua vez, implica a proteção do princípio jurídico da liberdade; e 4º a constatação de que o sujeito pertence a um grupo social, em relação ao qual deve cooperar e também receber tratamento que permita convivência e desenvolvimento social, desemboca no princípio da solidariedade.¹⁰⁸”

¹⁰⁵ FINGER, Julio César- **A Constituição Concretizada - Construindo Pontes entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

¹⁰⁶ MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha - **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2014, p. 5.

¹⁰⁷ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

¹⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de - **O princípio da dignidade humana. Em Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

Por certo, a dignidade da pessoa humana é “o vetor para a ponderação de colisão entre os direitos fundamentais”¹⁰⁹.

1.2.2.2. Princípio da igualdade.

A lição secular do filósofo Aristóteles ensina, nas exatas palavras de Robert Alexy, que “os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais, desigualmente”¹¹⁰.

Os mestres Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino explicam, sobre tal máxima, que “o princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades”¹¹¹.

De tal ensinamento, extrai-se, claramente, o vocábulo *equivalência*, o que nos remete à busca humana pelo equilíbrio, isto é, à utilização de parâmetros razoáveis com vistas a colocar, lado a lado, sujeitos diferenciados.

Os renomados autores continuam a esse respeito:

“O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras; o que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público.”¹¹²

Outrossim, deve-se fazer uma distinção quanto a esse assunto. Existe uma igualdade formal ou jurídica em contraposição com uma igualdade substancial – ou fática. A primeira corresponde à paridade perante o Direito de que todos são iguais perante a lei; a segunda, busca afastar as disparidades entre as pessoas mediante instrumentos eficazes de promoção de uma igualdade real e concreta¹¹³.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

¹¹⁰ ALEXY, Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 419.

¹¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo, e Vicente Paulo - **Direito Constitucional Descomplicado**. 7.^a ed. São Paulo: Método, 2011, p. 122.

¹¹² ALEXANDRINO, Marcelo, e Vicente Paulo - **Direito Constitucional Descomplicado**. 7.^a ed. São Paulo: Método, 2011, p. 122.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo - **Curso de direito constitucional: a importância do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

A Constituição da República Federativa do Brasil aborda tanto a igualdade formal quanto a material. O artigo 5º determina que "todos são iguais perante a lei"¹¹⁴. Aqui, há a igualdade formal. O dispositivo 3º dispõe que, em seu inciso IV, que "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos sem preconceitos, de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"¹¹⁵, trazendo a base da igualdade material.

Para Pedro Lenza, com relação à previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como garantia fundamental no Estado Brasileiro tem-se que:

“O art. 5º, *caput*, consagra serem todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a igualdade material. Isso porque, no *Estado social* ativo, efetivador dos direitos humanos imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei.”¹¹⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello aborda que três questões carecem de observação, na aplicação desse basilar princípio:

- a) “a primeira diz com o elemento tomado com fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”¹¹⁷

Portanto, o princípio da igualdade ou da isonomia consiste em assegurar às pessoas, em igual situação, os mesmos direitos, prerrogativas ou vantagens, enquanto, por outro lado, quando houver uma discrepância de circunstâncias, deverão ser utilizados instrumentos para que os envolvidos sejam equiparados e haja garantia de que ambos terão a mesma oportunidade de acesso ao direito que se busca perquirir.

¹¹⁴ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

¹¹⁵ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

¹¹⁶ LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1072.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21.

1.2.2.3. Princípios da solidariedade social e do desenvolvimento, livre iniciativa e justiça social

A solidariedade trata do “auxílio mútuo”, da “ligação recíproca entre pessoas ou coisas independentes”¹¹⁸.

Na Constituição Federal interpretada, de coordenação de Costa Machado, “*solidariedade*, enfim, como peça fundamental para a caracterização da pessoa humana como ente social, é o princípio que norteia o relacionamento no espaço público, a aproximação e a cooperação social entre pessoas, entre povos e também entre Estado e pessoas”¹¹⁹.

Portanto, “o princípio da solidariedade encerra em si o dever de reciprocidade”¹²⁰.

A solidariedade, dessa forma, trata do ser individual como sujeito dotado de personalidade única e independente e de sua relação com os demais indivíduos, de forma a considerar, em sua conduta, a esfera de direitos destes, proporcionando bem estar geral mediante o respeito recíproco.

Corroborando o aduzido, mais uma vez bem pontua Andrea Cristina Zanetti que:

“A solidariedade social, por um lado, leva o Estado e o indivíduo ao bem comum, à consecução de atos que, embora possam ser particulares, não impliquem em perturbação da sociedade e seus valores; e, por outro lado, exige que o Estado assegure condições idôneas para o desenvolvimento pleno das aptidões pessoais de cada um.”¹²¹

Não é à toa que a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 3º, inciso I, preconiza, como um dos objetivos fundamentais do Estado, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Maria Celina Bodin de Moraes frisa que a solidariedade é:

“(…) a expressão mais profunda de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e cada um de nós.”¹²²

¹¹⁸ BUENO, Francisco da Silveira - **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000, p. 724.

¹¹⁹ MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha - **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2014 p. 8.

¹²⁰ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

¹²¹ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

¹²² MORAES, Maria Celina Bodin de - O princípio da solidariedade. **Em Os princípios da Constituição de 1988, por Manoel Messias Peixinho, Isabela Franco Guerra e Firly Nascimento Filho**. Rio de Janeiro: Lumen, 2001, p. 176.

Relacionado a esse princípio de caráter primeiro e constitucional, o Direito Brasileiro consagra, nos artigos 1º, inciso IV e 170, os princípios do desenvolvimento, livre iniciativa e justiça social.

Sobre o assunto, estudado ainda por Andrea Cristina Zanetti:

“Em outro aspecto, tomada como livre concorrência, o Estado deve interferir para assegurar que não haja abuso de indivíduos e entidades provadas detentoras de posição dominante ou privilegiada no mercado, visando a sua eficiência, o que implica buscar formas para facilitar a obtenção de bens e serviços por pessoas e empresas. Trata-se, em última instância, de uma das medidas salutaras ao desenvolvimento da economia, assegurando um mercado com liberdade real e minimamente equilibrado, voltando sua atenção às necessidades do empreendedor, da empresa, bem como seus atos particulares, que repercutem no meio social.¹²³”

A ideia, portanto, é na vertente de que a ordem jurídica deve estatuir instrumentos que visem a proteção de uma existência digna a todos os jurisdicionados ao mesmo passo em que garanta uma sociedade livre e justa, sem exclusão ou marginalização¹²⁴.

Verifica-se, em face de tudo o que já foi mencionado, sempre estar-se diante da preservação e limitação da liberdade individual desde que, concomitantemente, esteja assegurada a liberdade social.

¹²³ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

¹²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de - O princípio da dignidade humana. **Em Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

2. ADIMPLEIMENTO E INADIMPLEIMENTO: CONCEITOS E MODALIDADES.

Naturalmente, haja vista que o contrato surge dos interesses consonantes de dois ou mais sujeitos, imbuídos – presume-se - de boa-fé, para a concretização de objetivos comuns, não se imagina a transgressão deliberada do pacto, apta a acarretar a sua impontualidade ou inviabilidade. Entretanto, em que pesem as condições originárias em que ocorreu a avença, outras circunstâncias adversas podem vir a surgir na relação obrigacional, acarretando, inevitavelmente, a não concretização, seja parcial seja integral, daquilo convencionado primariamente.

2.1. Cumprimento da Obrigação e Adimplemento.

Nos pontuais ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, tem-se que “como todo negócio jurídico, o contrato cumpre o seu ciclo existente. Nasce do consentimento, sofre as vicissitudes de sua carreira, e termina”¹²⁵.

Portanto, a respeito do término regular da relação obrigacional, elucida Lucas Gaspar de Oliveira Martins:

“Na grande maioria dos casos, as obrigações são espontaneamente cumpridas, isto é, realizada voluntariamente a prestação, a obrigação preenche, em regra, a sua função, satisfazendo, através do meio próprio (cumprimento) o interesse do credor e liberando o devedor do vínculo a que se encontrava adstrito. Nascida a relação obrigacional, esta se desenvolve para o seu fim, ou seja, para o adimplemento, também chamado mais estritamente de ‘cumprimento’, ‘execução’, ‘pagamento’.”¹²⁶

Ou, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, ainda, sobre o tema:

“As obrigações surgem para ter existência mais ou menos efêmera, transitória, fugaz. Uma vez cumpridas, exaurem seu papel no campo social, propiciando a circulação de riquezas, a criação de obras, a realização, por não dizer, de sonhos e ideais”¹²⁷.

Oportuna, outrossim, a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, a qual sustenta que o contrato:

“Normalmente, cessa com a prestação. A *solutio* é o seu fim natural, com a liberação do devedor e satisfação do credor. Não cabe retornar ao assunto, já que sobre todos os aspectos do *pagamento* dissertamos nos n^{os} 152 e segs., *supra* (vol II). Não

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 129.

¹²⁶ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

¹²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 235.

importa a natureza da *solução*, nem a sua forma. Na *obligatio dandi* ou na *obligatio faciendi*, o cumprimento extingue a obrigação. Extingue o contrato.¹²⁸”

De acordo com João de Matos Antunes Varela, “o *cumprimento* da obrigação é a realização voluntária da prestação debitória. É a actuação da relação obrigacional, no que respeita ao dever de prestar”¹²⁹. E, nos seus próprios termos, “o fim natural da obrigação, seja qual for a modalidade que a prestação revista, é o *cumprimento*, que representa o meio normal de satisfação do interesse do titular activo da relação”¹³⁰.

Segundo Inocêncio Galvão Telles, comentando o artigo 762º, nº 1, do Código Civil português, “cumprimento é a actuação da obrigação, ou seja, a realização da *prestação creditória*, trate-se de prestação ou de prestação de facto”¹³¹.

Nesse sentido, ressalva-se, apropriadamente, que a terminologia *cumprimento* refere à realização do avençado de forma voluntária. Ou seja, fala-se em cumprimento quando o contrato inicia e finda do modo planejado, pela via normal¹³².

Sucinta e pontualmente, Werter R. Faria assevera que “quando a prestação corresponde exactamente ao avençado, ao objetivo da obrigação, esta se exaure, desonera o devedor e satisfaz o interesse do credor”¹³³.

Explicita, quanto a esse respeito do aspecto voluntário, João de Matos Antunes Varela que:

“Num sentido amplo pode dizer-se que a obrigação se cumpre, sempre que o obrigado efectua a prestação, espontânea ou compulsivamente (arts. 762.º e 817.º). No seu sentido próprio, mais rigoroso, o cumprimento não abrange a realização coactiva da prestação, resultante da execução judicial, até porque nesta falta o acto voluntário que é o cerne do cumprimento”¹³⁴.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.ª ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 129.

¹²⁹ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 7.

¹³⁰ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 17.

¹³¹ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.ª ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 219.

¹³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 12.ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015.

¹³³ FARIA, Werter R. **Mora do devedor** - Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1981, p. 10.

¹³⁴ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 7.ª ed. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2014, p. 7.

Para Mário Júlio de Almeida Costa, entretanto:

“(…) reservar-se a palavra cumprimento para a realização da prestação pelo devedor, espontânea ou coercitivamente (arts. 762.º e 817.º). Segue-se a distinção entre cumprimento voluntário e coercitivo: o primeiro é o normal, o cumprimento por antonomásia. Todavia, a nossa lei não manteve essa orientação terminológica, referindo-se a cumprimento ainda quando um terceiro efectue a prestação. (art. 768.º, n.º 2)”¹³⁵.

Dessa forma, a distinção doutrinária não constitui importância prática ao tema, porém, é importante ressaltar que alguns doutrinadores utilizam certas nomenclaturas para definir a natureza jurídica de determinados institutos.

A fim, outrossim, de melhor entender o assunto em voga, para ilustrar, dadas as modalidades de prestações que se encontram, João de Matos Antunes Varela ensina, no Direito Português, que:

“Ao mesmo tempo que realiza o *cumprimento* devido (acção ou omissão a que o devedor se encontra adstrito; prestação devedora), sendo nesse sentido um meio de liberação do devedor, o cumprimento assegura, em princípio, a satisfação do interesse do credor. Assim sucede, mesmo quanto à obrigação de *meios*, quanto a prestação não permita alcançar o *resultado* final almejado pelo titular do crédito. Nas obrigações de *resultado*, o cumprimento envolve já a produção do efeito a que tende a prestação ou do seu sucedâneo, havendo assim perfeito coincidência entre a realização da prestação devedora e a plena satisfação do interesse do credor.”¹³⁶

Existe, também, certa confusão quanto às terminologias cumprimento e adimplemento, se são institutos jurídicos iguais.

Mário Júlio de Almeida Costa, ainda na doutrina portuguesa, trata os termos como sinónimos ao ensinar que “o *cumprimento* ou *adimplemento* – isto é, a realização da prestação devedora (art. 762.º, n.º 1) – represente o aspecto culminante da vida da relação obrigacional”¹³⁷.

Já na doutrina brasileira, o termo adimplemento é definido por César Fiuza nos seguintes termos:

“Pagamento ou adimplemento é ato do devedor satisfazendo o direito do credor, pondo fim à obrigação. É o exato cumprimento de uma obrigação. Com isto se quer dizer que o objeto da obrigação não pode ser substituído por outro, ainda que mais valioso, sem o consentimento do credor. Tecnicamente, o cumprimento exato da

¹³⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 991-992.

¹³⁶ VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 7.ª ed. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2014, p. 10.

¹³⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 991.

obrigação, ou adimplemento, recebe o nome de pagamento. Pagar significa, portanto, satisfazer, o direito do credor, seja dando alguma coisa, fazendo ou não fazendo algo. Desvinculemos da ideia de pagamento a de dar dinheiro.¹³⁸”

Por seu turno, Jorge Cesar Ferreira da Silva, expõe que o adimplemento se dá “quando se realizar o conjunto de interesses envolvidos na relação”¹³⁹.

Observa-se que adimplemento é idêntico ao cumprimento e, ainda, ao pagamento, desde que se desconsidere daquele o aspecto pecuniário de forma obrigatória.

Entretanto, Mário Júlio de Almeida Costa ressalva que essa não é a concepção amparada pelo *córtex civil* português ao pontuar que:

“Ainda se aduz uma última observação prévia, agora de ordem terminológica. É que, por vezes, os autores e a lei empregam também a palavra *pagamento* para designar o cumprimento voluntário de toda e qualquer obrigação, mesmo de prestação de facto. Este sentido técnico-jurídico de pagamento não coincide com o seu significado na linguagem vulgar, em que se circunscreve ao cumprimento das obrigações pecuniárias.

O Cód. Civ. Adotou o seguinte critério: de um modo geral, utiliza apenas o termo *cumprimento*; todavia, conserva o uso indiferenciado das palavras *cumprimento* e *pagamento* para indicar a actividade solutória do devedor nas obrigações pecuniárias (arts. 550.º e 558.º).¹⁴⁰,”

Pelo que se infere da conceituação doutrinária portuguesa, o adimplemento caracteriza-se quando alcança o fim objetivamente pretendido tal qual planejado no ato constitutivo da obrigação. Deste modo, dá-se o adimplemento propriamente dito quando “a atuação da prestação pelo devedor implementa o programa obrigacional enquanto resultado a proporcionar ao credor”¹⁴¹. Por outra viés, o aspecto pecuniário vincula às denominações cumprimento e pagamento.

Enfim, o adimplemento da obrigação é aquilo que se pretende no momento da avença, com o cumprimento integral da prestação que cada sujeito pretendeu concretizar, ou seja, é a realização do conteúdo da obrigação. O interesse direto do credor corresponde objetivamente a uma conduta ou a uma ação de prestar, de tal forma que o resultado que se

¹³⁸ FIUZA, César. **Direito civil - Curso completo**. 11.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 338.

¹³⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

¹⁴⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 994.

¹⁴¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 78.

pretende atingir traduz-se na expectativa do credor em relação ao valor patrimonial que passará a aferir quando finalizado o negócio firmado.

Concludentemente, o adimplemento contratual, no contexto estudado impacta não só o cumprimento da prestação dita como principal e objeto do acordo - podendo-se, como já dito, algo ser dado, feito ou não feito - mas também a observância dos deveres acessórios, considerados os princípios suscitados afetos aos contratos.

2.2. O inadimplemento: noção e modalidades.

Há situações em que uma das partes deve uma determinada prestação e não cumpre aquilo que prometeu desempenhar, deixando de pagar o devido ou de fazer ou não fazer determinada conduta; pode ser também que não pague o total ou o faça de forma não satisfatória, ou mesmo fora do lugar, forma ou prazo acordado. São esses fatos que acarretam o desequilíbrio do contrato e o seu incumprimento, ou inadimplemento.

Para Antunes Varela, “o não cumprimento é, neste sentido, *a situação objectiva de não realização da prestação devida* e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede”¹⁴².

Quanto ao inadimplemento obrigacional, este é conceituado pela jurista Maria Helena Diniz como aquele consistente “na falta da prestação devida ou no descumprimento, voluntário ou involuntário, do dever jurídico por parte do devedor.”¹⁴³.

Renan Lotufo ensina que “a inexecução da obrigação, ou inadimplemento da obrigação, é a falta da prestação devida”¹⁴⁴.

Sem maiores delongas, se a prestação objeto da obrigação não é cumprida plenamente, estar-se diante do inadimplemento ou incumprimento, não importando, como já abordado, a terminologia, tratada por Mário Julio de Almeida Costa como expressões sinônimas quando doutrina que “verifica-se o *não cumprimento, incumprimento ou*

¹⁴² VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 7.^a ed. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2014, p. 60.

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena - **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 28.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁴⁴ LOTUFO, Renan - **Código Civil comentado - Obrigações - Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 427.

adimplemento de uma obrigação, sempre que a respectiva prestação debitória deixa de ser efectuada nos termos adequados”¹⁴⁵.

Destarte, consiste o inadimplemento, nos ensinamentos de Lucas Gaspar de Oliveira Martins, diferindo-o do adimplemento, em:

“De um lado, por adimplemento deve-se compreender a realização pelas partes, e conforme seus deveres específicos, de todos os interesses envolvidos na relação obrigacional e emanados do vínculo, sejam eles do credor, sejam do devedor, possuindo este conjunto de interesses como norte básico, porém, os interesses daquele.”

“Por outro lado, pode-se definir inadimplemento como a não realização da prestação devida. Entretanto, esta definição não é apropriada por se referir exclusivamente à prestação principal.

De fato, o inadimplemento é a situação objetiva de não realização da prestação debitória e de insatisfação do interesse do credor, independentemente da causa de onde a falta procede. Dada a existência de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, o conceito de inadimplemento deve ser construído também em observância desses fatores dentro de uma noção de obrigação complexa, integrada por um conjunto de direitos e deveres que atingem ambas as partes, isto é, credor e devedor.¹⁴⁶”

Ora, quando o contrato é firmado, busca-se que o seu objeto seja executado da forma exata pretendida pelas partes. Nesse contexto, suscita-se o princípio da pontualidade, o qual determina que a prestação devida deve estar plenamente ajustada à obrigação objeto da relação contratual, momento em que se opera o cumprimento integral.

Oportuno, aqui, colacionar os comentários do jurista português Inocêncio Galvão Telles sobre o princípio da pontualidade:

“As obrigações em regra são *pontualmente* cumpridas. O devedor faz ou entrega aquilo que deve, na data do vencimento e nas mais circunstâncias legal ou contratualmente exigidas.

Mas nem sempre assim acontece. Por vezes o credor não obtém a prestação devida ou não a obtém nas exactas condições em que ela tinha que ser efectuada.

Verifica-se nesses casos a *inexecução da obrigação* e torna-se necessário saber que consequências derivam daí.

Fala-se então de *não cumprimento*, tomada a expressão em *sentido amplo*, compreensivo de diversas modalidades que serão discriminadas nas considerações subsequentes.¹⁴⁷”

¹⁴⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1033-1034.

¹⁴⁶ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21-22.

¹⁴⁷ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 299.

Portanto, o inadimplemento subdivide-se em modalidades, sendo que cada qual impõe um efeito diverso.

Sobre essa questão, comentam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald que:

“Outra perspectiva utilizada concerne ao efeito do inadimplemento para a relação obrigacional. Ou seja, o resultado do inadimplemento varia se o descumprimento for definitivo, houver mero atraso no cumprimento ou o cumprimento for defeituoso. A distinção entre o inadimplemento absoluto e a mora será percebida em cada situação particularizada. Frequentemente, será com base na viabilidade de cumprimento da prestação, mesmo que intempestiva, que situaremos a mora. Em contrapartida, o inadimplemento absoluto poderá aferir-se naquelas situações em que a boa-fé objetiva indica que a prestação perdeu a sua utilidade econômica para o credor, sendo impraticável a manutenção da relação jurídica, pois não há espaço para o adimplemento. Por fim, acrescenta-se às duas formas tradicionais do inadimplemento, a modalidade do cumprimento defeituoso, que se associa à ideia da violação positiva do contrato. Aqui incide uma violação à relação obrigacional, que não satisfaz o perfil da mora nem tampouco do inadimplemento absoluto.”¹⁴⁸

Destarte, pode haver inadimplemento absoluto ou definitivo, inadimplemento temporário ou tardio, ou, por fim, adimplemento defeituoso, inexato ou violação positiva do contrato, sendo que cada modalidade opera efeitos jurídicos diversos, de tal sorte que o incumprimento, seja na modalidade que for, poderá ocasionar a resolução do contrato, acumulada com indenização por perdas e danos, conforme a gravidade da conduta do devedor, como se verá mais adiante.

2.2.1. Inadimplemento absoluto, descumprimento total ou incumprimento definitivo.

Existem circunstâncias que desequilibram o vínculo obrigacional e a prestação pactuada, *a priori*, já se presume, não mais poderá ser cumprida da forma esperada pelas partes envolvidas. Nesse caso, a impossibilidade do cumprimento da obrigação que surge, de forma imperativa, causa a ruptura total daquilo que fora avençado.

Aqui, por oportuno, deve-se pontuar que, na doutrina alemã, é mais utilizada a terminologia impossibilidade, ao se tratar do inadimplemento absoluto ou definitivo¹⁴⁹.

Silvio de Salvo Venosa exemplifica tal situação da seguinte forma:

“(…) existirá inadimplemento absoluto quando, por exemplo, contrata uma orquestra para um baile e ela deixa de comparecer. De nada adiantará para o organizador da

¹⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 537.

¹⁴⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

... festa (o credor, então) que a orquestra disponha-se a apresentar-se no dia seguinte, uma vez que todos os convivas já estavam presentes.¹⁵⁰”

Deste modo, o mesmo autor trata do inadimplemento afirmando que ocorre quando “a obrigação não foi cumprida em tempo, lugar e forma convencionados e não poderá sê-lo”¹⁵¹.

Portanto, a prestação tornou-se impossível de ser cumprida, o que sintetiza Agostinho Alvim, ao dizer que “a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo”¹⁵².

Mário Júlio de Almeida Costa, de forma conclusiva, ensina que ocorre o inadimplemento absoluto, descumprimento total ou incumprimento definitivo quando “a prestação, que ficou por efectuar na altura exacta, não mais poderá sê-lo, pois tornou-se para sempre irrealizável, mercê da sua impossibilidade material ou da perda do interesse do credor”¹⁵³.

Desse último conceito, extrai-se que a impossibilidade de cumprimento deriva não só do fato de não poder mais ser realizada, por uma questão material, mas também em face da perda de interesse do credor, isto é, a prestação torna-se inútil ao credor, embora seja possível de ser concretizada.

Na doutrina portuguesa, explicita Inocêncio Galvão Telles quanto à perda da utilidade da prestação para o credor:

“Essa susceptibilidade ou insusceptibilidade de cessação da impossibilidade de cumprir deve ser vista à luz do *interesse do credor*. Quer isto dizer que o impedimento pode materialmente desaparecer e no entanto a impossibilidade da prestação assumir juridicamente o significado de impossibilidade *definitiva* por a prestação perder para o credor oportunidade. Como se declara no artigo 792.º, n.º 2, *a impossibilidade só de considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor*.¹⁵⁴”

Deve-se frisar que tal perda do interesse do credor não decorre de um simples juízo arbitrário em função de o combinado não ter sido fielmente cumprido. O objeto carece de sua

¹⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.ª ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 238

¹⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.ª ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 237

¹⁵² ALVIM, Agostinho - **Das inexecuções das obrigações e suas consequências**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 7.

¹⁵³ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1034.

¹⁵⁴ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.ª ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 324.

utilidade quando, em razão das próprias circunstâncias da avença, a prestação a ser concretizada se esvazia, padecendo de finalidade.

Nesse sentido, a doutrina de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld:

“É certo supor que o interesse econômico do credor determina a conversão da mora em inadimplemento absoluto, mas não se pode cogitar de arbítrio do credor. Só há inadimplemento absoluto se o atraso gerou o desaparecimento da necessidade do credor na obtenção da prestação. Em suma, toda vez que o devedor deseje pagar e objetivamente a prestação ainda se revela viável ao credor, deverá este aceitá-la. O adimplemento é um direito subjetivo do devedor e o magistrado deverá garanti-lo quando possível.¹⁵⁵”

Também a esse respeito, manifesta-se Mário Julio de Almeida Costa, retratando que “a importância de tal interesse, embora aferida em função da utilidade concreta que a prestação teria para o credor, não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração pelo comum das pessoas”¹⁵⁶.

Portanto, quando o cumprimento da prestação, embora temporário e possível, deixa de interessar ao credor, estar-se, também, diante do incumprimento definitivo.

Dito isto, o inadimplemento absoluto radica situações em que a obrigação não seja mais possível de ser prestada, seja por uma razão de mera impossibilidade fática, seja por impossibilidade jurídica decorrente da perda da utilidade para o credor.

2.2.2 Cumprimento tardio ou retardado: Mora.

O contrato, de outra viés, como já pontuado, pode sofrer um desequilíbrio no curso de sua execução, entretanto, nem sempre haverá o inadimplemento absoluto, o qual, já se viu, decorre de uma impossibilidade de cumprimento das prestações avençadas. É possível que, embora haja certa situação anômala, a obrigação possa ser cumprida em lugar ou forma diversos daqueles anteriormente convencionados pelas partes, ou mesmo, a destempo.

Nesse contexto, enfatiza-se que o objeto do contrato ainda pode ser executado, todavia, em face da situação de desequilíbrio, não será exatamente conforme acordado inicialmente. O cumprimento, assim, será parcial ou mesmo total, só que de forma tardia.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 545.

¹⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1054.

Assim, existem situações nas quais “o devedor não executa a obrigação quando ela se vence, mas poderá vir a executá-la posteriormente, dado que a prestação, na sua forma originária, continua a ser materialmente possível e o credor continua a ter interesse nela”¹⁵⁷.

Faz-se necessário ressaltar, mais uma vez, que “não é a possibilidade do cumprimento da obrigação que se distingue mora de inadimplemento, mas sob o aspecto da *utilidade para o credor*”¹⁵⁸.

O pressuposto de utilidade, para que não se configure o inadimplemento total, pode ser extraído do código civil brasileiro, o qual prescreve, em seu artigo 395, parágrafo único, que “se a prestação, por causa da mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir satisfação de perdas e danos”¹⁵⁹.

Destarte, quando o incumprimento é transitório, porém permanece útil ao credor, configura-se o instituto tão conhecido da *mora*, entendido assim:

“A mora ocorre quando há o *retardamento*, em geral culposo, no pagar ou no executar de prestação pelo devedor ou, ainda, quando a execução da prestação é *insatisfatória* por se distanciar do que foi avençado contratualmente (*mora solvendi*). De forma semelhante, há a mora do credor (*mora accipiendi*) quando ele recusa o recebimento da prestação em tempo, lugar e forma estabelecidos no contrato (arts. 394 e s. do CC/2002).¹⁶⁰”

A esse respeito, também se pronuncia Mário Júlio de Almeida Costa:

“Do não cumprimento definitivo se autonomiza o simples *retardamento na prestação* – a que se dá o nome de *mora*. Neste caso, a prestação ainda poderá ser cumprida, embora não tempestivamente.

(...)

Olhando-se à causa que lhe deu origem, pode o atraso na prestação ser atribuído a um ou a outro dos sujeitos do vínculo obrigacional. /teremos, assim, a *mora do devedor* (*mora debitoris* ou *mora solvendi*) e a *mora do credor* (*mora creditoris* ou *mora accipiendi*).¹⁶¹”

Agostinho Alvim menciona que:

“(...) a transformação de mora em inadimplemento absoluto não dependerá unicamente do seu arbítrio, porque o devedor pode insurgir-se contra a opção do

¹⁵⁷ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 300.

¹⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 238.

¹⁵⁹ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

¹⁶⁰ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 288.

¹⁶¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 135.

credor, prontificando-se a purgar a mora quando seja o caso, isto é, desde que a prestação não se tenha tornado inútil ao credor.¹⁶²”

Por seu turno, Gaspar de Oliveira Martins assim doutrina:

“O cumprimento retardado é um fenômeno caracterizado a partir do descumprimento do princípio da correspondência ou pontualidade, que se consubstancia na obrigação do devedor em cumprir a prestação dentro do termo contratualmente acordado ou previsto em lei supletiva em caso de omissão do contrato. Se o devedor não atender tal conduta, estará delineado o cumprimento retardado.¹⁶³”

Sílvio de Salvo Venosa, outrossim, sucintamente, explica que “a mora é o retardamento *culposo* no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Na mora *solvendi*, a culpa é essencial. A mora do credor, *accipiendi*, é simples fato e ato e independe de culpa”¹⁶⁴.

Dito isso, Inocêncio Galvão Telles caracteriza a mora ao lecionar que “o retardamento da prestação, que é um simples *incumprimento temporário*, pode apresentar-se sob umas das seguintes modalidades: *mora do devedor*; *mora do credor*; *retardamento casual*”¹⁶⁵.

O Código Civil Brasileiro prescreve, em seu artigo 394, que “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”¹⁶⁶.

A legislação portuguesa é bem avançada quanto à positivação das normas relativas ao assunto, e, explicitamente, relacionou a ocorrência da mora. Comentando a matéria, Mário Júlio de Almeida Costa dissertou, em sua obra, que:

“Em princípio, o devedor só fica constituído em mora depois de uma sua interpelação, judicial ou extrajudicial, para cumprir (art. 805.º, n.º 1). Mas haverá mora debitória, independentemente de interpelação, nas situações que de seguida se mencionam:
Se a obrigação for a prazo certo (art. 805.º, n.º 2, al. a));

¹⁶² ALVIM, Agostinho - **Das inexecuções das obrigações e suas consequências**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 48.

¹⁶³ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

¹⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 238.

¹⁶⁵ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 300.

¹⁶⁶ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

Se a obrigação provier de facto ilícito (art. 805.º, n.º 2, al. b)) – hipótese em que a mora se conta a partir da prática desse facto;
Se o próprio devedor impedir a interpelação, pelo que se considera interpelado na data em que normalmente o teria sido (art. 805.º, n.º 2, al. c));
Se o devedor declara ao credor, inequívoca, definitiva, conscientemente e de forma peremptória, a sua intenção de não cumprir, embora possa fazê-lo – o que, como é óbvio, equivale e até antecipa a interpelação.¹⁶⁷”

Por todo o exposto, infere-se que, quando caracterizada a mora, existe ainda a possibilidade de a prestação ser cumprida. Todavia, há situações que, perdida a utilidade da prestação, a mora torna-se inadimplemento absoluto.

Das definições trazidas a lume, observa-se que a mora decorre de um retardamento culposos, seja por conduta do devedor, seja por conduta do credor, excetuado o caso fortuito e a força maior.

2.2.2.1. Cumprimento defeituoso, imperfeito, parcial ou inexato

O adimplemento ou cumprimento defeituoso, também denominado como imperfeito, parcial, insatisfatório ou inexato - pela sua própria denominação, já se supõe – opera-se quando há conduta por parte do devedor no sentido de cumprir a obrigação, entretanto, a mesma vem a se dar de forma inadequada, ruim, ou seja, defeituosa, viciada.

Tem-se definido o cumprimento inexato por Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro da seguinte forma:

“Dizemos que há cumprimento ou prestação inexata sempre que chegado o prazo para a sua execução, esta seja efetivada em termos que não correspondem à conduta devida. A não correspondência pode advir de algum dos vários fatores acima referidos, como seja a insuficiência, a má qualidade etc., do comportamento, face à atitude devida. Por isso só o caso a caso é possível indagar da excelência da prestação efetuada.¹⁶⁸”

Vale dizer que, em algumas doutrinas, se encontra o termo “violação contratual positiva”¹⁶⁹, cuja acepção é de origem alemã, definida, nas palavras de Jorge Cesa Ferreira da Silva, como o “inadimplemento decorrente do descumprimento culposos do dever lateral,

¹⁶⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1049-1040.

¹⁶⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes - **Direito das Obrigações**. Vol. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 440.

¹⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”¹⁷⁰.

Ora, aqui, pela análise dos conceitos antevistos, não se trata do atraso ou da omissão da prestação objeto da obrigação a ser cumprida. Não há qualquer problema de identidade ou de quantidade, mas sim, um defeito ou vício naquilo que fora efetivamente realizado. Portanto, essa modalidade de cumprimento refere-se a uma execução de má qualidade, por isso que se suscita a violação de um dever lateral assumido pelo credor¹⁷¹.

Há, todavia, entendimento diverso, quando Ruy Rosado de Aguiar Júnior disserta que:

“O cumprimento imperfeito pode estar ligado à própria prestação principal, e assim ofendê-la diretamente, mas também pode decorrer de descumprimento de obrigação acessória, sendo essa violação causadora da ofensa indireta à obrigação principal, gerando, conforme o caso, o seu desfazimento.”¹⁷²

Mário Júlio de Almeida Costa ilustra algumas situações que estão amparadas por essa modalidade:

“Consideremos alguns exemplos: o vendedor que entrega animais doentes que contagiam os outros que o comprador tem nos seus estábulos; o comerciante que fornece gêneros deteriorados que o cliente consome com prejuízo para a saúde ou se vê forçado a inutilizar; o contabilista que organiza, no prazo estabelecido ou até antes do decurso deste, um balanço errado da empresa, levando a gerência a tomar decisões ineficazes ou ruinosas; o operário que efectua uma reparação em determinado prédio, mas que, ao sair, danifica um móvel, ou por descuido, lança uma ponta de cigarro que provoca incêndio; a pessoa a quem se empresta um livro e que não se informa, ao devolvê-lo, que o mesmo esteve nas mãos de um doente com enfermidade contagiosa que se transmite ao comodante.”¹⁷³

Nesse contexto, nessa modalidade de cumprimento estão incluídas “várias hipóteses de ofensa do direito do credor que não cabem na outras; isto é, em que se verifica uma violação de crédito, apesar de o devedor efectuar uma prestação cujas deficiências ou irregularidades produzem danos específicos ao credor”¹⁷⁴.

¹⁷⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 272-273.

¹⁷¹ MACHADO, João Baptista - **Pressupostos da resolução por incumprimento**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1927.

¹⁷² AGUIAR, Ruy Rosado de - **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 123.

¹⁷³ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1060.

¹⁷⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1035.

Para o Direito Brasileiro, doutrinariamente, o adimplemento relativo está inserido dentro do instituto da mora e consiste, segundo Andrea Cristina Zanetti, na “inobservância do lugar, tempo e forma devidos¹⁷⁵”.

Nesse diapasão, Eduardo Bussata pontua que:

“(…) a simples divisão em adimplemento absoluto e mora, tal qual adotada pelo Código Civil, não satisfaz interesses de ordem prática, bem como não é didática. Contrariamente a outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do português, conforme dispõe o art. 394, a mora abrange todo e qualquer inadimplemento quanto ao tempo, ao modo ou mesmo ao lugar que a obrigação deve ser cumprida. Isso, além de romper com a tradição de versar a mora somente sobre o aspecto temporal do descumprimento, no Direito brasileiro, conforme dispõe o artigo 394, a mora abrange todo e qualquer inadimplemento quanto ao tempo, ao modo ou mesmo ao lugar que a obrigação deve ser cumprida. Isso, além de romper com a tradição de versar a mora somente sobre o aspecto temporal do cumprimento, faz com que se juntem num mesmo conceito e tratamento hipóteses as mais diversas de descumprimento, como de mero atraso até inobservância de qualidade devida. Por essa razão, preferiu-se para diferenciar as modalidades de inadimplemento a adoção de classificação acima descrita, que acaba por permitir melhor especificação e, conseqüentemente, melhores soluções práticas para os casos verificados.¹⁷⁶”

Nas lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

“(…) a mora compreende a “inexistência” da prestação, a prestação “tardia”, a efetuada “fora do lugar” adequado ou sem a “forma” da convenção ao da lei. Além desses casos, porém, e portanto além do âmbito do artigo 394 do Código Civil, o contrato pode ser lesionado com o cumprimento da prestação de “modo” imperfeito, seja porque desatende ao exigível para as circunstâncias (casos de execução defeituosa da prestação quanto ao modo), seja porque da prestação efetuada pelo devedor resultam danos ao credor (violação positiva do contrato). Cumprimento imperfeito pressupõe a existência de prestação mas efetivada de modo contrário à lei ou ao convencionado. Assim ocorre quando a prestação da obrigação de dar é concretizada sem que a coisa entregue tenha a qualidade ou quantidade previstas, quando o fornecimento foi por período inferior ao determinado, ou quando o serviço é com deficiência, e aí se incluem os casos de violação a contrato de fornecimento de serviços profissionais de médicos, advogados, engenheiros, etc.¹⁷⁷”

Por conseguinte, o cumprimento imperfeito, integrante da mora no direito brasileiro, compreende as violações contratuais por prestação incompleta ou defeituosa, e, gera, também, efeitos de variada graduação.

¹⁷⁵ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289.

¹⁷⁶ BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25. (Bussatta, 2008, p. 25)

¹⁷⁷ AGUIAR, Ruy Rosado de - **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 123-124.

2.2.3. Efeitos jurídicos do inadimplemento e responsabilidade civil contratual.

Em princípio, Mário Júlio de Almeida Costa introduz que:

“Como decorre do exposto, as várias causas do não cumprimento têm diferentes consequências jurídicas: enquanto umas determinam a pura extinção do vínculo obrigacional, outras constituem o devedor em responsabilidade indemnizatória e conduzem à realização coactiva da prestação; e outras, ainda deixam basicamente inalterado o vínculo obrigacional, sem agravarem a responsabilidade do devedor.”¹⁷⁸

Ab initio, dada à possibilidade de ser cumprida a prestação objeto do contrato, é viável que o credor, interessado no seu cumprimento, na obtenção do resultado pretendido mesmo que forma retardaria, venha a acionar os instrumentos legais cabíveis.

Nesse cenário, busca-se a “*realização coactiva da prestação* (arts. 817.º a 830.º)”¹⁷⁹.

“O *retardamento causal* produz efeitos próprios, de ordem *negativa*. O mais saliente é não ficar o devedor responsável pelo atraso no cumprimento (art. 792.º, n.º 1). Mas duma maneira geral pode e deve dizer-se que *não há mora propriamente dita, nem do devedor nem do credor*, não ficando pois nenhum deles sujeito às consequências desvantajosas que a lei associa à mora respectiva.

Produz-se uma impossibilidade temporária, não atribuível a qualquer dos sujeitos.”¹⁸⁰

De todo modo, o incumprimento cessa a estabilidade do vínculo contratual, e consequências dessa ruptura hão de advir.

Segundo, aqui, a lição de Aguiar Dias, “o interesse em restabelecer o equilíbrio económico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”¹⁸¹.

“O princípio básico é o de que o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelos prejuízos ocasionados ao credor. Isto, quer se trate de não cumprimento definitivo, quer de simples mora ou de cumprimento defeituoso (arts. 798.º, 799.º 801.º e 804.º).”¹⁸²

Oportuno salientar que já se tratou anteriormente do retardamento culposos que desequilibra o cumprimento, e que nele estão compreendidos tanto o descumprimento propositado quanto aquele decorrente de conduta displicente do devedor.

De acordo com Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld, “o inadimplemento deriva da culpa *lato sensu*, abrangendo o descumprimento voluntário, bem como aquela

¹⁷⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1036.

¹⁷⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1068.

¹⁸⁰ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.ª ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 326.

¹⁸¹ DIAS, José de Aguiar - **Da responsabilidade civil**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

¹⁸² COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1037.

violação que não seja intencional, mas resulte de sua responsabilidade por falta de diligência”¹⁸³.

Mário Júlio de Almeida Costa ensina que:

“A lei estabelece uma presunção de culpa do devedor: portanto, sobre ele recai o ônus da prova. E a culpa segundo os critérios aplicáveis à responsabilidade civil extracontratual: portanto, em abstracto e não em concreto (art. 799.º, n.ºs 1 e 2). Vigora a regra da responsabilidade subjetiva. Mas também neste plano se concede algum acolhimento à tendência para o objectivismo nos critérios de imputação, como imperativo da tutela do crédito, que se revela especialmente em dimensões empresariais.”¹⁸⁴

Nesse diapasão, o dever de reparar os danos havidos decorre da responsabilidade civil subjetiva, em que será analisado o *conducere* do devedor, porquanto, imagina-se que os contraentes, ao firmarem o negócio, estão imbuídos de boa-fé e pretendem realizar a obrigação de forma integral e exata.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald doutrinam que:

“Em sede de responsabilidade contratual, só haverá espaço para a consideração da mora do devedor se o descumprimento da obrigação resultar de sua desatenção ou negligência, sendo a culpa entendida em sentido amplo, compreendendo tanto o dolo do devedor com o simples descuido na satisfação da prestação. Pode-se cogitar, contudo, de uma inversão do ônus da prova, eis que caberá ao devedor demonstrar que agiu no limite de sua possibilidade, com toda a cautela e diligência que se poderia exigir de uma pessoa responsável naquelas circunstâncias. No momento em que o devedor incorre em mora surge uma presunção relativa de culpa, cabendo àquele que descumpriu o ônus de provar que a demora no cumprimento decorreu de fatos estranhos à sua conduta e de natureza inevitável, que não lhe podem ser imputados.”¹⁸⁵

Sendo certo que, para que haja a reparação em perdas e danos, impõe-se que existam efetivamente prejuízos a serem reparados, com a restauração do equilíbrio perdido, e não tão somente o simples descumprimento. Tem-se assim que:

“Para que surja a responsabilidade do devedor em consequência do inadimplemento, não basta este lhe seja imputável – quer dizer, que assente num seu acto culposo – ou que se trate de uma das situações excepcionais de responsabilidade contratual objetiva ou pelo risco. Ainda se torna necessário que sobrevenham para o credor alguns danos ou prejuízos que possam considerar-se resultado do não cumprimento.”¹⁸⁶

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 541.

¹⁸⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1037-1038.

¹⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 555-556.

¹⁸⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1041.

Portanto, verifica-se que do inadimplemento devem estar plenamente evidenciados os danos decorrentes ao credor, de modo a ser imputada responsabilidade civil ao devedor.

Por todo exposto, Mário Júlio de Almeida Costa, quanto ao tema e previsão na legislação civil portuguesa, trata dos efeitos positivados no caso da “*impossibilidade do cumprimento e mora não imputáveis ao devedor* (arts. 790.º a 797.º), a *falta de cumprimento e mora imputáveis ao devedor* (arts. 798.º a 812.º) e a *mora do credor* (arts. 813.º a 816.º).

Sobre os efeitos, o mesmo autor assim doutrina:

“Fixemos as três hipóteses que a lei prevê relativamente à impossibilidade de uma ou de algumas das prestações:

I – Se a impossibilidade não for imputável às partes, a obrigação considera-se limitada às prestações ainda possíveis (art. 545.º). Daí que, restando apenas uma prestação, se concentre a obrigação nessa única.

II – Se a impossibilidade for imputável ao devedor, haverá que distinguir se a escolha lhe pertencia ou não. No primeiro caso, ele deve efectuar uma das prestações possíveis. Mas se a escolha couber ao credor, «este poderá exigir um das prestações possíveis, ou pedir a indemnização pelos danos provenientes de não ter sido efectuada a prestação que se tornou impossível, ou resolver o contrato nos termos gerais» (art. 546.º).

(...)

III – Se a impossibilidade for imputável ao credor, existirão igualmente dois caminhos. Tendo ele o direito de escolha, considera-se cumprida a obrigação. E, cabendo a escolha ao devedor, «também a obrigação se tem por cumprida, a menos que este prefira efectuar outra prestação a ser indemnizado dos danos que houver sofrido» (art. 547.º).¹⁸⁷”

Deflui-se da leitura que é possível, após a análise do caso, verificado o real prejuízo e a boa-fé do devedor, ou requerer o cumprimento da avença coercitivamente pela via judicial ou a sua resolução, podendo acumular, em qualquer hipótese, o pedido de perdas e danos em razão dos prejuízos efetivamente comprovados.

2.2.3.1 Inadimplemento definitivo

Tem-se como efeito do inadimplemento absoluto, eis que houve ruptura total da avença, sem possibilidade ou interesse de reavê-la, por lógica, a consequente resolução do contrato, bem como o ressarcimento à parte lesada dos danos havidos.

É claro e cristalino, ainda, que se os termos do contrato, em hipótese alguma, podem ser cumpridos, há de se buscar a restauração do *status quo ante* com a avaliação das perdas e danos, de modo a equilibrar a relação que fora violada.

¹⁸⁷COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 734-735.

Mário Júlio de Almeida Costa, sobre o tema, reflete que:

“O inadimplemento definitivo que ocorra com culpa do devedor confere ao credor o direito à indemnização dos danos sofridos. No art. 801.º, n.º 1, equipara-se ao não cumprimento a impossibilidade da prestação imputável ao devedor, pois, se a prestação se torna impossível por culpa sua, responde «como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação».

(...)

Constituem causas de determinação do inadimplemento definitivo a perda do interesse do credor e a inobservância de um prazo suplementar razoável por ele fixado (art. 808.º). Quanto aos efeitos, como ficou salientado, parifica-se ao não cumprimento definitivo a impossibilidade da prestação imputável ao devedor.¹⁸⁸”

E continua:

“O que decorre da lógica e coerência dessa opção é colocar o prejudicado na situação em que se encontraria se o contrato não houvesse sido celebrado. Portanto, não é exonerá-lo da obrigação que assumiu ou restituir-lhe pelo facto de celebrar o contrato (dano «in contrahendo»).

(...)

Ao prejudicado cabe assim o direito de exigir o ressarcimento, quer dos danos que representam uma desvalorização ou perda patrimonial, quer ainda dos que se traduzem numa não valorização ou frustração do ganho.¹⁸⁹”

Manifesta-se Inocêncio Galvão Telles no sentido de que:

“Se a inexecução definitiva é imputável ao devedor, este constitui-se em responsabilidade, tendo de satisfazer ao credor uma *indemnização* que o compense dos prejuízos sofridos (*indemnização compensatória*) (arts. 798.º e 801.º, n.º 1). Se a inexecução definitiva é meramente casual, a obrigação *extingue-se* (art. 790.º, n.º 1).¹⁹⁰”

O inadimplemento absoluto deriva de uma impossibilidade jurídica ou fática de cumprimento da obrigação, portanto, o contrato perde seu conteúdo, sendo certo seu desfazimento, porém, danos poderão ter sido gerados da relação que, embora instaurada não atingiu seu fim, e deverão ser devidamente indenizados por aquele que lhes deu causa.

2.2.3.2 *Mora*

Bem, dito isso, a problemática concentra-se no adimplemento tardio e no defeituoso, cuja ocorrência pode ou impactar a rescisão do contrato ou a exigência de seu cumprimento, podendo ser integrado a ele o pedido de indenização para reparação da parte lesada, com o

¹⁸⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1043.

¹⁸⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1045

¹⁹⁰ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.ª ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 328.

pagamento das perdas e danos, correspondentes, analisado o caso, aos juros, correção monetária, cláusula penal moratória, eventuais perdas e danos, honorários advocatícios e despesas processuais.

O artigo 395, do Código Civil Brasileiro, dispõe que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”¹⁹¹.

Nesse contexto, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld sublinham que:

“Quando se verifica o inadimplemento da obrigação principal, surgem, em favor do credor, diversas opções. Seja a possibilidade de resolução com imposição de perdas e danos, aplicação da cláusula penal com prefixação de prejuízos ou, mesmo, a própria opção do credor pela tutela específica quando for o objeto possível e a prestação remanescer útil pra ele (art. 475, CC).¹⁹²”

Lucas Gaspar de Oliveira Martins, tratando da possibilidade de se requerer indenização quando do inadimplemento tardio na legislação cível brasileira, menciona que:

“(…) havendo atraso no cumprimento da prestação e verificada a perda do interesse do credor no recebimento daquela, poderá este nos termos do art. 395 do Código Civil enjeitá-la e exigir a satisfação de perdas e danos, uma vez que se dá a conversão de mora em incumprimento definitivo (também denominado, pela doutrina, inadimplemento absoluto).¹⁹³”

Por sua vez, Sílvio de Salvo Venosa ensina que:

“O devedor moroso responde pelos prejuízos que a mora der causa. Paga, portanto, uma indenização. A indenização não substitui o correto cumprimento da obrigação. Toda indenização serve para minorar os entraves criados ao credor pelos descumprimentos; no caso, cumprimento defeituoso da obrigação. Se houve tão-só mora e não inadimplemento absoluto, as perdas e danos indenizáveis devem levar em conta o fato. No pagamento de dívida em dinheiro, por exemplo, os juros e a correção monetária reequilibram o patrimônio do credor. Situações poderão ocorrer, contudo, em que um *plus* poderá ser devido. Cada caso merece a devida análise. Nunca, contudo, a mora do devedor deve servir de veículo de enriquecimento indevido por parte do credor.¹⁹⁴”

¹⁹¹ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

¹⁹² TELLES, Inocência Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 550.

¹⁹³ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32..

¹⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 241.

Nesse passo, pontilha-se, por oportuno ao presente debate, que “se há mora, a prestação não cumprida pode ser realizada ainda, uma vez que sua execução, em si mesma, permanece útil ao credor, apesar de acrescida por perdas de danos, portanto, *há a responsabilidade de receber*”¹⁹⁵.

Ensina Inocêncio Galvão Telles que:

“O *devedor constitui-se em responsabilidade obrigacional se da mora advierem prejuízos para o credor* (art. 798.º a art. 804.º n.º 1). O credor conserva direito à prestação originária mas tem, *além disso*, direito a ser indenizado dos danos resultantes de essa prestação não haver sido efectuada em tempo. É a chamada *indenização moratória*.¹⁹⁶”

Na doutrina portuguesa, Mário Júlio de Almeida Costa, leciona que:

“Na hipótese de a prestação debitória se tornar apenas *parcialmente impossível*, poderá o credor escolher entre a resolução do negócio e o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida. Sempre se mantém, todavia, o direito à indemnização nos termos acima aludidos. Mas o credor na pode resolver o negócio, se o cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver «escassa importância»” (art. 802.º, n.ºs 1 e 2)¹⁹⁷.

E, continua:

“Também a simples *mora do devedor* o obriga a reparar os danos causados ao credor (art. 804.º, n.º 1). Verifica-se mora debitória, como sabemos, se houve atraso culposo no cumprimento, mas subsiste a possibilidade futura deste. Expressa a lei que «o devedor considera-se constituído em mora quando, por causa que lhe seja imputável, a prestação, ainda possível, não foi efectuada no tempo devido» (art. 804.º, n.º 2).¹⁹⁸”

Vale dizer que o cumprimento pode ter sido efetuado, todavia, de forma defeituosa. O vício nem sempre é patente e a verificação dos efeitos deve se dar de forma acurada. A prestação defeituosa carece ser apreciada sob em que aspectos, tendo em vista o originariamente pactuado, houve violação do princípio da boa-fé e da correspondência.

Em tal situação de inexatidão, cogita-se, ainda, da possibilidade de inobservância de um dever lateral de conduta, podendo acarretar até mesmo a resolução do contrato.

Sobre o adimplemento imperfeito e seus efeitos, comenta Andrea Zanetti que:

“Contudo, quando o credor, apesar da inadequação, não recusa a contraprestação e sofre danos, desvalorizando a prestação, inviabilizando-a a ou dificultando o fim a que objetivamente encontra-se vinculada, pode se configurar a violação positiva do

¹⁹⁵ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 288..

¹⁹⁶ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.ª ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 303.

¹⁹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1047.

¹⁹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1048..

contrato. Nesses casos, o cumprimento defeituoso gera não somente a obrigação de o devedor indenizar os danos causados ao credor, exigindo, se preferir, a reparação ou substituição da coisa ou a redução da contraprestação, mas também a resolução do contrato se caracterizada sua violação substancial, com perda do interesse do credor.^{199,}

Mario Júlio de Almeida Costa também pontua que:

“É manifesto que, se o credor recebe a prestação sabendo-a viciada, essa sua atitude não tem necessariamente o efeito de extinguir a obrigação, como se houvesse um cumprimento exacto. A solução envolve um problema interpretativo e de apreciação das circunstâncias de cada caso (arts. 914.º, 916.º n.º 1, e 1218.º e segs).^{200,}

Há de se ressaltar que o credor poderá vir a ter conhecimento do vício apenas em momento posterior ao cumprimento, que se deu aparentemente de forma perfeita.

A esse respeito:

“As mais das vezes, o credor aceita a prestação porque desconhece, sem culpa, o vício. Torna-se-lhe possível, então, prevalecer-se da invalidade do cumprimento, com base em erro ou dolo (arts. 251.º e segs. E 295.º), seguindo-se a aplicação do regime do não cumprimento definitivo ou da mora. Pode o credor, todavia, contentar-se com o ressarcimento dos danos. Representam providências características a redução da contraprestação (arts. 911.º e 1222.º), a reparação ou substituição da coisa (art. 914.º; para os vícios de direito, ver o art. 907.º) e a eliminação dos efeitos (art. 1221.º).^{201,}

Verifica-se, nesse passo, que a boa-fé objetiva pode, ou não, se distanciar da conduta do devedor.

Deflui-se, desse modo, que a aplicação dos efeitos da mora, no caso de cumprimento retardado ou imperfeito, considera, a uma, a não prestação ou sua execução de forma diversa do tempo, lugar e forma convencionados e, a duas, a relação entre a natureza da conduta do descumprimento e os danos decorrentes do inadimplemento²⁰².

2.2.3.3 Causas de Inadimplemento não Imputáveis ao devedor: Caso Fortuito e Força Maior e Mora do Credor.

É oportuno ao presente estudo que se pontuem as circunstâncias capazes de exonerar o devedor dos efeitos jurídicos do descumprimento, observadas as causas do inadimplemento.

¹⁹⁹ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

²⁰⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1063.

²⁰¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1062.

²⁰² ASSIS, Araken de - **Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações**. Edição: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Mário Júlio de Almeida Costa assevera que:

“Exclui-se a responsabilidade do devedor pelo incumprimento definitivo, simples mora ou cumprimento defeituoso, sempre que tais situações derivem de facto do credor ou de facto não imputáveis nem a um nem a outro. Ocorre a última hipótese quando o inadimplemento derive de facto de terceiro ou, em termos gerais, exista caso fortuito ou de força maior.”²⁰³

Ab initio, cumpre ressaltar que os institutos do caso fortuito e força maior são tratados, por muitos doutrinadores e juristas, como sinônimos fossem, interessando, ao presente estudo, que a ocorrência de fato ou o evento imprevisível ou de difícil previsão que não pode ser evitado esteja evidentemente configurado, mas que provoca consequências ou efeitos nas esferas jurídicas dos envolvidos e de terceiros.

Segundo a moderna doutrina esposada por Agostinho Alvim, o caso fortuito está diretamente relacionado a um evento ligado com a parte contratante, enquanto a força maior vincula-se aos acontecimentos externos que interferem na relação jurídica dos envolvidos²⁰⁴

Mário Júlio de Almeida Costa instrui que:

“De harmonia com a orientação talvez preponderante, o conceito de *caso de força maior* tem subjacente a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências. Ao passo que o conceito de *caso fortuito* assenta na ideia da imprevisibilidade: o facto não se pôde prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto.”²⁰⁵

O Código Civil brasileiro, no que concerne aos efeitos oriundos dos ditos institutos não fez qualquer distinção de tratamento, veja-se:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”²⁰⁶

Interessante mencionar que o artigo 790º, do Código Civil português estatui no mesmo sentido:

“ARTIGO 790º (Impossibilidade objectiva) 1. A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor. 2. Quando o

²⁰³ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1072.

²⁰⁴ ALVIM, Agostinho - **Das inexecuções das obrigações e suas consequências**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

²⁰⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1073-1074.

²⁰⁶ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

negócio do qual a obrigação procede houver sido feito sob condição ou a termo, e a prestação for possível na data da conclusão do negócio, mas se tornar impossível antes da verificação da condição ou do vencimento do termo, é a impossibilidade considerada superveniente e não afecta a validade do negócio.²⁰⁷

Portanto, importa entender que o caso fortuito e força maior tratam da imprevisibilidade e da força cogente - superveniente aos termos do contrato – as quais submetem o homem a uma completa situação de impotência diante do acontecimento, sendo que, doutrinariamente, a força maior trata de fatos de *vis maior*, abrangendo fenômenos da natureza de grande impacto (tempestades, furacões, raios, etc.) e fatos humanos como guerras, dentre outros.

Cumpra ainda dizer que ambos os institutos nem sempre acarretam o inadimplemento definitivo da obrigação, mas tão somente a mora, denominada, nesse caso, de retardamento casual, a qual é Inocêncio Galvão Telles ensina que ocorre quando “o devedor é *impedido de realizar temporariamente a prestação por caso fortuito ou de força maior*”²⁰⁸.

A impossibilidade que se trata nesse caso, apta a não gerar efeitos na esfera jurídica devedor, é a dita superveniente, isto é, a “*impossibilidade absoluta* libera o devedor e não a mera *impossibilidade relativa* («difficultas praestandi»), que se traduz na simples dificuldade ou onerosidade exagerada da prestação, de ordem financeira, pessoal ou moral”²⁰⁹.

A esse respeito, ensina Inocêncio Galvão Telles que:

“A impossibilidade que interessa para o efeito de não cumprimento é a impossibilidade *superveniente*. A impossibilidade *originária*, como sabemos, torna nulo o contrato e obsta por conseguinte à constituição da obrigação. Só a impossibilidade produzida em *momento ulterior*, supondo a existência de uma obrigação *válida*, tem importância para o fim de determinar as consequências da inexecução respectiva.”²¹⁰

Há que se aduzir que pode ser que o caso fortuito ou de força maior não determine o descumprimento da obrigação, porquanto o devedor já estava em mora que o evento, imprevisível e superveniente, ocorreu. Nesses casos, não há que se falar em exoneração do devedor, que, em mora, atraiu pra si os riscos relativos ao contrato.

²⁰⁷ CÓDIGO Civil [Em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2015. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo.

²⁰⁸ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 323.

²⁰⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1075.

²¹⁰ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 323.

Quanto ao risco, Inocêncio Galvão Telles explicita que:

“Diz-se que suporta o *risco* Aquela das partes que sofre o *prejuízo proveniente de a prestação e impossibilitar por caso fortuito ou de força maior*. Suporta o risco o credor se a obrigação se extingue, com a consequente exoneração do devedor, tendo o credor, mesmo assim, de realizar a contraprestação nos contratos bilaterais (cfr. At. 796.º m.º 1). Suporta o risco o devedor se continua vinculado, devendo indemnizar os danos provenientes do caso fortuito ou de força maior.

Pois bem, *se o devedor está em mora quando sobrevém a impossibilidade casual da prestação, é seu o risco*, ainda que este coubesse em princípio ao credor (como cabe na hipótese prevista no cit. Art. 796.º n.º 1). Dá-se a perpetuação da obrigação «perpetuatio obligationis». A obrigação *sobrevive a um facto que deveria* normalmente extingui-la, apresentando-se sob a forma de indemnização que o devedor tem de satisfazer ao credor.²¹¹”

Muitas vezes, por exemplo, pode ser que, na obrigação de dar, a coisa que não foi entregue sofra deterioração ou perda. Ou seja, se o devedor houvesse executado a conduta que se espera tempestivamente, o prejuízo não teria ocorrido.

Nesses casos, ensinam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld que:

“Se no período em que se manifesta o atraso da obrigação perece o objeto da prestação em decorrência do fortuito, impõe-se a assunção pelo devedor da obrigação de indenizar pelo valor da coisa sem que o inadimplente possa alegar a transferência do risco ao credor e a consequente extinção da obrigação. Afasta-se aqui a regra geral do art. 393 do Código Civil, pois o devedor moroso responde pela impossibilidade da prestação durante o retardamento, havendo um nexo causal entre o atraso e a impossibilidade.²¹²”

Nessa esteira, também considera Mário Júlio de Almeida Costa:

“Claro que, se a execução defeituosa produz tão-só os danos resultantes da falta de cumprimento perfeito, são aplicáveis as disposições relativas à impossibilidade parcial, ou, podendo ainda remover-se a imperfeição, à mora parcial do devedor, desde que se verifiquem os restantes requisitos. O problema apenas adquire autonomia, como se observou, quando ocorram danos típicos. E, na hipótese, o devedor responde por esses danos, exista ou não, simultaneamente, impossibilidade ou mora, sempre que a imperfeição da prestação lhe seja imputável.²¹³”

Destarte, entende-se que se houver impossibilidade de cumprir a obrigação sem culpa do devedor, aplicar-se-á o caso fortuito ou a força maior, cessando a obrigação de reparar o dano.

²¹¹ TELLES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.ª ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 3056.

²¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 558.

²¹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1061.

Pode existir que, na relação obrigacional, o credor venha a ter uma conduta morosa, a qual ocorre quando este obsta o cumprimento da obrigação, pois não pode ou não consegue receber o devido, ou mesmo, se recusa a recebê-la.

Para Mário Júlio de Almeida Costa, “o credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”²¹⁴.

O artigo 400 do código civil preconiza que:

“A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.”²¹⁵

Comentam, sobre o citado dispositivo, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld que:

“As consequências da mora do credor são variadas. Podemos precisar três efeitos à luz do art. 400 do Código Civil: (a) isenção da responsabilidade do devedor pela conservação da coisa; (b) obrigação de ressarcir as despesas efetuadas pelo devedor com a conservação da coisa; (c) obrigação do credor de receber a prestação pela estimação mais favorável ao devedor, em caso de oscilação de valores.”²¹⁶

Por outro turno, o Código Civil português preconiza, em seu artigo 813.º, que “o credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação”²¹⁷.

Deve-se, ao presente estudo, entender que a mora do credor pode atenuar ou suavizar a posição do devedor, importando, de forma imperativa, ressaltar que deve ser sempre observada a boa-fé que se impõe ao comportamento de ambas as partes.

²¹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1079..

²¹⁵ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

²¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 561.

²¹⁷ CÓDIGO Civil [Em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2015. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo.

3. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

Em decorrência do *pacta sunt servanda*, tem-se o princípio da conservação do negócio jurídico, cuja orientação jurídica busca a manutenção do contrato e em face de fatos não antevistos, tenta-se a correção daquilo que seja necessário, sem haver o desprezo ao que fora planejado inicialmente.

A celebração do contrato chancela os propósitos das partes, os quais, supõem, que serão definitivamente cumpridos, sem qualquer intercorrência, já que os envolvidos buscarão, cada qual na medida do compromisso que firmaram, realizar os atos necessários à concretização do resultado.

Nesse contexto, não se olvida da inexistência da boa-fé.

Consoante o professor Agostinho Alvim, vários são os motivos que induzem o homem a cumprir o prometido:

“Primeiramente a simples ética: a voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado. Nem todos têm, é verdade, uma consciência bem formada, de modo a cumprir todos os deveres, somente em satisfação a regras morais. Mas quando esse motivo não fosse suficiente, haveria o temor da reprovação pública. Este temor leva muitas pessoas a cumprir deveres morais, não porque ouçam a voz da consciência, nem porque sejam esses deveres providos de sanção, mas a fim de evitar a reprovação de seus pares. Todavia, quando nada disto bastasse, é certo de que as obrigações, no sentido jurídico, isto é, as obrigações civis, são providas de sanção, qualquer que seja a sua fonte. Logo, o credor que compeli o devedor a que cumpra a obrigação e quando ele chegar a este extremo, a situação do devedor já estará agravada com encargos da mora. Estes motivos todos fazem com que as pessoas, em regra, se desempenhem, espontaneamente, das obrigações que assumiram.”^{218,,}

Entretanto, não se afastando da conduta ética das partes, atinentes aos deveres colaterais, situações podem causar a ruptura do esperado, e a questão de dissolver o contrato ou exigir que o restante seja cumprido se impõe como discussão.

No Direito Romano, inexistia a previsão de um instituto jurídico que viabilizasse a resolução do contrato quando o devedor viesse a descumprir a avença. Apenas excepcionalmente, quando expressamente convencionado pelos contratantes, era possível dissolver o termo contratual e ressarcir patrimonialmente à parte lesada²¹⁹.

²¹⁸ ALVIM, Agostinho - **Das inexecuções das obrigações e suas consequências**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 6-7.

²¹⁹ BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Quando da elaboração do Decreto Quemadmodum, da lavra do Papa Inocêncio III, foi reconhecido o direito de o marido deixar a esposa infiel, entendido assim que havia a possibilidade de rompimento do contrato matrimonial por violação do dever de fidelidade inobservado pela mulher. Nesse passo, logo a aceção de possibilidade de se resolver o contrato mediante descumprimento foi estendida para todos os contratos com prestações recíprocas, sendo positivada, posteriormente, no direito francês²²⁰.

Dada a viabilidade de ocorrência de ruptura contratual, passou a ser discutida em quais hipóteses esse rompimento deveria se sobrepor frente aos princípios contratuais propriamente ditos, especialmente porque o contrato vigora plenamente entre as partes que a eles se obrigaram.

A *substantial performance* origina-se no direito inglês, no século XVIII. A teoria foi concretizada com o caso *Boone versus Eyre*, de 1779, julgado por Lord Mansfield, julgador que percebeu a necessidade de ser relativizada a necessidade do cumprimento exato, perfeito, dos contratos frente ao descumprimento de parte do avençado.

O estudo, por conseguinte, centra-se na teoria do adimplemento substancial, com exórdio, como já mencionado, na jurisprudência inglesa, a qual a denominou como *substantial failure performance*, de forma a solucionar, considerada a gravidade, o descumprimento sério e suficiente das obrigações não enquadradas como *warranties* e *conditions*²²¹.

3.1. Origem Histórica: O Caso Boone versus Eyre.

Boone e Eyre firmaram um contrato pelo qual Boone vendia a Eyre a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam, garantido ao adquirente o domínio da terra e sua posse pacífica pelo valor de 500 libras e uma renda anual de 160 libras. Entretanto, Boone veio a demandar em desfavor de Eyre, o qual deixou de efetuar o pagamento de 400 (quatrocentas) libras de renda. Por outro lado, Eyre arguiu que o atraso

²²⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²²¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

decorreu do fato de que Boone não havia garantido o domínio sobre os bens alienados, não existindo, ali, mais escravos.

Lord Mansfield julgou a cobrança procedente, entendendo que o comprador não estava dispensado de pagar o convencionado, sob o fundamento de que há distinção em um contrato entre as obrigações dependentes, chamadas de "conditions", e as obrigações independentes, denominadas de "warranties". No caso sob julgamento, o descumprimento não incidia sobre uma obrigação dependente; considerou, por outro lado, que se tratava de uma obrigação secundária, podendo o caso, dessa forma, se resolver somente em perdas e danos ao invés de resultar na resolução do contrato.

Em resumo, o magistrado, à época, entendeu que a obrigação da alienação dos escravos não configurava como dependente, e sim, como secundária, não havendo necessidade de se romper o contrato, mas tão somente de se resolver o descumprimento em perdas e danos.

Vale explicitar que *conditions* constituem as obrigações cerne do objeto contratual, ditas como deveres principais; por outro lado, *warranties* são aquelas que, pela natureza acessória, são independentes e fogem à reciprocidade contratual²²².

Dada à importância de tal julgamento, este veio a ser publicado no Diário de Justiça do Estado de São Paulo, na página 949, de 16 de janeiro de 2013, nesta íntegra:

“Boone demandou contra Eyre, pois este atrasou o pagamento estipulado pelas partes no contrato. O contrato firmado propunha ao Eyre o pagamento de 500 libras e uma renda anual de 160 libras a Boone contanto que este transferisse a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam, garantindo seu domínio e posse pacíficos. Eyre atrasou o pagamento e Boone estava cobrando o que tinha de direito em juízo (400 libras de renda atrasada) e Eyre alegava que a obrigação não tinha sido cumprida por Boone, pois não garantiu o domínio sobre os bens alienados não existindo mais escravos. Lord Mansfield julgou procedente, entendendo que o comprador não estava dispensado de pagar o convencionado, pois distinguia em um contrato as obrigações dependentes, chamadas de “conditions” e as obrigações independentes. No caso em questão não configurava uma obrigação dependente, ou seja, não eram cláusulas essenciais, constituindo a própria substância do contrato, cujo cumprimento era imprescindível. Considerou uma obrigação secundária se resolvendo somente em perdas e danos e não cabendo a resolução do contrato. Sendo assim, essa doutrina é antiga no sistema da Common Law, passando a ter maior relevância com a reforma do judiciário de 1873, impedindo efeitos negativos a uma

²²² MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

parte em benefício de outra. Como visto a doutrina do adimplemento substancial surgiu no Direito Inglês, pertencente à família da Common Law.²²³”

Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz comenta sobre o caso que:

“A doutrina da substantial performance foi criada na Inglaterra, no século XVIII, com o caso *Boone v. Eyre*, de 1779, tendo por base uma distinção que se fazia à época entre os tipos de cláusulas que os contratos poderiam conter e as respectivas consequências, de diferentes graus de gravidade, que poderiam advir da infração de uma ou outra. Vigia na Common Law a regra segundo a qual o credor pode recusar um pagamento parcial ou que não corresponda aos termos do contrato. Por conseguinte, o adimplemento deve ser integral para que a parte possa reclamar a contraprestação. A aplicação desta regra, em rigoroso formalismo, levou a muitas decisões iníquas, como a do caso *Cutter v. Powell*, de 1795 (viúva de um marinheiro que não completou a viagem). Estes tipos de decisões injustas chamaram a atenção das Cortes de Equity que, estabelecendo a doutrina da substantial performance, possibilitaram decisões mais conformes às exigências do princípio da boa-fé objetiva. Começou-se, então, a cogitar da gravidade do incumprimento para efeitos de outorga da resolução, como forma de proteger a contraparte. A inovação da substantial performance surgiu da inversão do ponto de vista do julgador que, de apreciar a gravidade a partir da inexecução, passou a considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia substancialmente a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição.²²⁴”

Explica Lucas Gaspar de Oliveira Martins também no que concerne ao julgado que:

“Para evitar injustiças advindas da resolução do contrato em razão de descumprimento de somente uma fração da obrigação, surgiu no direito inglês o entendimento de que somente o descumprimento de uma prestação dependente (*condition*) dava ensejo à resolução do contrato, ao passo que o descumprimento de um dever acessório ou colateral, do qual a obrigação não é dependente (*warrant*), concedera ao credor apenas o direito de reclamar as perdas e danos (*damages*). Se o dever descumprido pode ser considerado *condition*, a parte contrária possui o direito de buscar a dissolução do vínculo contratual. Entretanto, se o descumprimento atingir um *warrant*, viável será tão somente requerer as perdas e danos.²²⁵”

Anelise Becker, por sua vez, posiciona-se, quanto ao tema, que:

“(…) as *conditions* são cláusulas essenciais, constituindo a própria substância do contrato, cujo cumprimento é imprescindível à manutenção do sinalagma. As *warranties*, por sua vez, correspondem àquelas ‘obrigações independentes’ que estão em uma segunda ordem de importância e seu cumprimento, portanto, não afeta o desequilíbrio contratual (*consideration*). Cabia às partes determinarem no contrato que configuraria uma *condition* e sua vontade seria lei para os juízes em virtude do

²²³ DIÁRIO, São Paulo - **TJ-cad.4-1ª Inst-Int**. Diário de Justiça, 2013 [Em linha]. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/49883953/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parteii-16-01-2013-pg-949>.

²²⁴ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **A teoria do adimplemento substancial**. [Em linha]. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25425/a-teoria-do-adimplemento-substancial>.

²²⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

princípio da autonomia da vontade. Violada uma *condition*, seria atingido o equilíbrio contratual. Então caberia à parte lesada pedir a sua resolução, com o que a parte inadimplente nada poderia exigir, ainda que houvesse prestado algo. Caso a infração fosse uma *warrant*, a relação contratual não seria discutida e o contratante não inadimplente estaria legitimado apenas a pedir o adimplemento do que fora omitido, se possível, e o ressarcimento dos danos sofridos.²²⁶

Por esses ensinamentos, deflui-se que, na perspectiva em que surge a Teoria do Inadimplemento Substancial, quando é transgredido um dever interdependente, o contrato é dissolvido, entretanto, no momento em que um dever independente, que não afeta a substância do contrato, é afetado, os termos do contrato se mantêm, resolvendo-se o descumprimento em perdas e danos.

3.2. A gravidade do descumprimento.

A noção originária, todavia, não amparou determinadas situações.

Segundo Lucas Gaspar de Oliveira Martins, “por um lado, uma ínfima e irrelevante infração a uma *condition* poderia ensejar a resolução do contrato; por outro lado, o descumprimento substancial e grave de uma *warrant* somente dava o direito ao recebimento de perdas e danos”²²⁷.

O mesmo autor, continuamente, ensina que:

“Com a finalidade de afastar tais dificuldades surge o conceito de *intermediate* ou *innominate term*, quer dizer, aquele dever contratual que não pode ser considerado nem *condition* nem *warrant*, e seu descumprimento somente faculta à parte resolver o contrato caso seja suficientemente sério (*sufficiently serious*).²²⁸”

Pois bem. Nesse cenário, surge a ideia de que o descumprimento há de ser essencialmente relevante e grave para que se rompa o vínculo contratual.

Eduardo Luiz Bussatta comenta que:

“Somente se admite, então, o desfazimento do vínculo contratual quando o descumprimento contratual for de tal relevância e grandeza que o fim do contrato reste elidido, ou a sua função econômica reste abalada. Nas demais hipóteses, só se

²²⁶ BECKER, Anelise - A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**: Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. Ano 9, n.º 6. (Novembro 1993), p. 62.

²²⁷ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

²²⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58-59.

permite a busca das perdas e danos que o caso importar ou, sendo ainda possível, a demanda pelo cumprimento da específica prestação devida.²²⁹”

Anelise Becker aprecia que:

“Começou-se a cogitar então da gravidade do incumprimento para fins de outorgada resolução, como forma de proteger a contraparte. E a noção da *substancial performance* surgiu como inversão do ponto de vista que, ao apreciar a gravidade a partir da inexecução, passou a considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia em substância a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição. Aplicada esta doutrina, aquele contratante que prestou de forma quase inexata (mas não exata) não mais poderia o direito de reclamar o preço, como ocorria por força da referida regra da *Common Law*. Se o seu adimplemento tivesse sido substancial, ainda que inexato e imperfeito, teria direito à contraprestação, resguardado o direito do credor em exigir-lhe o ressarcimento dos prejuízos causados pela imperfeição e/ou parte faltante. Um *desvio insignificante* do que fora estipulado no contrato que não mais justificaria sua resolução e a consequente perda de toda a contraprestação por parte daquele que adimpliu inexata, mas *substancialmente*.²³⁰”

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld quando referem à relevância do descumprimento, comentam que o direito de resolução do credor não pode imputar um sacrifício excessivo ao credor, suscitando, nesse contexto, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade²³¹.

Sob esse enfoque, comenta Eduardo Luiz Bussata que:

“(…) a qualificação do turbamento do equilíbrio contratual como sendo ou não de escassa importância há de levar em consideração a concreta relatividade contratual, à medida que, como ficará demonstrado, deve atentar ao interesse objetivo dos contratantes em receber a prestação parcial.²³²”

O Desembargador Francisco Loureiro do TJSP, em julgamento, decidiu que não pode configurar a:

“(…) total desproporção entre a gravidade do descumprimento e a sanção imposta ao devedor, que resultou na resolução do contrato e perda da moradia. Em outras palavras, o exercício do direito potestativo de resolução do contrato deve guardar

²²⁹ BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Bussata, 2008, p. 51.

²³⁰ BECKER, Anelise - A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**: Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. Ano 9, n.º 6. (Novembro 1993), p. 63.

²³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

²³² BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 108.

correlação com a relevância do inadimplemento, sob pena de converter em abuso de direito.²³³”

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenfeld prescrevem que:

“O inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual do credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir uma pequena parte da obrigação.²³⁴”

Em tal cenário, resta suficientemente claro que os valores da ordem jurídica servem como parâmetro de equilíbrio, como fiel da balança, de modo a equacionar os efeitos do contrato.

Nesse passo, também, de ser considerado se persistem condições para que a obrigação venha a ser cumprida, embora de forma parcial, se subsiste o interesse do credor na prestação, e se há possibilidade de o credor ser ressarcido pela parte do descumprimento que fora verificada.

3.3. O Adimplemento Substancial: Noção Jurídica.

Na exegese da Teoria do Inadimplemento Substancial, percebe-se que o julgamento do caso *Boone versus Eyre* se pautou exatamente nos princípios afetos aos contratos, especialmente naqueles de natureza constitucional, considerando a parcela inadimplida de escassa importância para que fosse resolvido o contrato, entendendo, o julgador, que a avença poderia ainda ser cumprida quanto às demais obrigações firmadas entre as partes, sob pena, de modo contrário, de seu desfazimento onerar de forma excessiva o credor.

Assim, a citada teoria surge para afastar o uso indistinto do direito de resolução por parte de um dos contraentes, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação do pacto, mediante a busca pelo reequilíbrio da relação que fora alterada.

²³³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível Nº 406.006.4/2-00/SP, rel. Des. Francisco Loureiro. Publicado em 19/10/2006

²³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 551.

Andrea Cristina Zanetti, estudiosa no assunto, assevera, após a adaptação do instituto nos ordenamentos influenciados pela tradição romana-germânica, que o adimplemento substancial consiste, desta forma, no:

“(…) inadimplemento ínfimo, ou de escassa importância que desautoriza, e, destarte, funciona como um limite, à faculdade resolutória dada ao credor, bem como impossibilita o uso de defesas como a exceção do contrato não cumprido, já que o descumprimento em questão não possui *gravidade* suficiente para colocar em risco ou corromper o sinalagma contratual.”²³⁵

Em síntese, a aplicação da teoria como solução jurisprudencial significa a análise judicial em face da “valoração da gravidade do descumprimento em relação à função econômica-social de um determinado contrato, para chegar à equação do princípio contratual”²³⁶.

Ensina Eduardo Luiz Bussata, exatamente com relação a este ponto, frisa que deve ser levado:

“(…) em consideração o caso concreto em si, e partindo de um juízo de aproximação entre o programa contratual e o conteúdo da prestação realizada pelo devedor, verificar se tal conteúdo, ainda que inexacto, perfaz a função econômico-social do contrato, o que importa dizer, satisfaz a utilidade normal da prestação.”²³⁷

Rubens Limongi França entende, por sua vez, que:

“A finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do dever inadimplente.”²³⁸

Werter R. Faria ensina, outrossim, pontua que:

“(…) em caso de impossibilidade (no cumprimento da prestação) é imprescindível investigar, cuidadosamente, o obstáculo que se interpôs ao cumprimento. Não raro, o impedimento torna a prestação mais gravosa, difícil e, até, definitivamente irrealizável.”²³⁹

²³⁵ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295.

²³⁶ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295.

²³⁷ BUSSATA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 116.

²³⁸ FRANÇA, Rubens Limongi - **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6.

²³⁹ FARIA, Werter R. **Mora do devedor** - Porto Alegre: Sergio antonio Fabris Editor, 1981, p. 25.

Portanto, busca-se, nesse passo, quando da aplicação judicial da teoria ao caso concreto, a efetividade do contrato, com a invocação, especialmente, dos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

Em suma, o adimplemento substancial consiste em afastar a resolução do contrato tendo em vista os princípios que o regem.

Assim, a Teoria do Adimplemento Substancial baseia-se em princípios doutrinários, ainda que já tenha sido positivada em determinados ordenamentos jurídicos, posto que seu exórdio é a própria construção jurisprudencial, sendo que, atualmente, o julgador analisa quais as obrigações determinadas já foram cumpridas e se o descumprimento contratual foi suficiente para afetar, de modo drástico, o objeto do contrato, vedada a extinção imperativa da obrigação por inadimplemento, sob pena de configurar sacrifício demasiado ao credor.

A situação que se tem em vista é aquela que o devedor não executa perfeitamente os termos do contrato ou não atinge plenamente os fins propostos, porém o cumprimento de parte do contrato encontra-se próximo, consideravelmente, do seu resultado final.

A teoria - ou princípio, como tratada por alguns juristas - do adimplemento substancial repele, nesses casos, a resolução do negócio quando o adimplemento foi realizado de modo substancial, isto é: a parte inadimplida é considerada mínima em relação ao todo.

Concludentemente, Eduardo Luiz Bussatta ensina que:

“A doutrina e a jurisprudência têm ressaltado a necessidade de que o incumprimento deve ser importante, grave, de não escassa importância, de grande magnitude, em razão de que o contrato é orientado pelo princípio da conservação, bem como seria contrário à boa-fé contratual o exercício do direito subjetivo de resolver o contrato em tais casos. Defende Carlos Miguel Ibáñez que o incumprimento deve ser valorado de acordo com o expressamente pactuado pelas partes, isso para as hipóteses de existir cláusula resolutiva expressa. Em não havendo, têm-se proposto dois critérios: o subjetivo, baseado na vontade presumida das partes; e o objetivo, que atende à interdependência das obrigações, de forma que somente haverá direito à resolução quando o inadimplemento afete uma obrigação que era substancial à estrutura do contrato.”²⁴⁰

Por conseguinte, o direito de resolução do contrato por parte do credor, atualmente, tem sido relativizado pelos julgadores, pois seu exercício de forma indistinta poderá ocasionar maior desequilíbrio do que o que já fora configurado pela mora do devedor. Nesses casos, o

²⁴⁰ BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

entendimento deve se orientar em prol da preservação da avença, desde que viável e de interesse dos contraentes.

3.4. Princípios que orientam a Teoria do Adimplemento Substancial

A Teoria do Adimplemento Substancial invoca, para sua aplicação ao caso concreto, os princípios contratuais próprios e os constitucionais afetos à matéria, exigindo do julgador uma análise contextualizada e ponderada, de forma a sobrepesar os valores em conflito na busca pelo justo.

Nos julgamentos hodiernos, tem-se constatado que tal teoria vincula-se especial e diretamente com os princípios da vedação ao abuso de direito, da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e do enriquecimento sem causa, previstos na legislação civil brasileira.

Como antevisto, o princípio da boa-fé veda ao titular de um direito que, ao exercê-lo, venha a exceder manifestamente os limites impostos pelo bom senso, pela ética ou pelos bons costumes, impondo observar o fim econômico ou social do contrato, de forma a guardar, tanto nas negociações preliminares quanto na execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé.

O Código Civil de 2002 inseriu a boa-fé objetiva em diversos artigos, veja-se:

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

(...)

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.²⁴¹”

O princípio da boa-fé, ao estudo em voga, deve ser entendido como a matriz que orienta a teoria do adimplemento substancial, porquanto sua aplicação implica em analisar se o devedor procedeu com correção e honestidade, bem como se estava imbuído de boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar, de forma a autorizar ou não a incidência da teoria e a aproveitar parte do cumprimento que tenha sido executado.

²⁴¹ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

Nesse diapasão, comenta Eduardo Luiz Bussata:

“Seja pelo conteúdo ético que possui, seja pelo histórico que apresenta, o princípio da boa-fé objetiva, sem sombra de dúvida, figura o mais importante de todos os princípios, à medida que realmente permite, por meio das suas especializações funcionais, a obtenção da justiça do caso concreto, especialmente ao admitir que o magistrado, ao julgar determinado caso contratual que lhe foi posto, possa atentar aos meandros e peculiaridades do caso concreto a fim de proferir uma decisão justa, que se apresente mais vantajosa em termos de custo social, ainda que contrária ao sentido literal de determinada regra. Enfim, a boa-fé erige-se em elemento substancial da evolução do direito, que com insistência, denomina-se “a socialização do direito”²⁴².

Por outro turno, a função social do contrato impõe, em suma, como abordado anteriormente, que o exercício de um direito individual se dê em consonância com aquilo que a sociedade preserva como fundamental.

Por oportuno, as lições de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

“O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas coletivas que lhe rodeiam. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito será recusado pelo ordenamento.”²⁴³

Ao presente tema, tal preceito incide de forma imperativa, pois, o descumprimento do contrato altera o seu fim econômico-social, gerando, muitas vezes, efeitos diretos a terceiros e repercussão, de logo, na ordem jurídica.

Por oportuno, Lucas Gaspar de Oliveira Martins comenta que há situações de adimplemento inexato em que a violação se deu a um dever acessório do contrato, sendo necessário ser aferido se persiste o interesse do credor em receber a prestação tal como avençado, ou a aceita defeituosa. E, que, nesses casos, a doutrina italiana orienta que o interesse é justamente avaliado tendo por base a função social do contrato²⁴⁴.

Depreende-se, sob o prisma desses princípios, que ambos orientam o cumprimento dos deveres laterais - ou acessórios - de conduta, inerentes ao contrato, relativos, diretamente, ao correto processamento da relação obrigacional.

²⁴² BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

²⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 128.

²⁴⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011..

Portanto, de forma vital, instituem que as partes devem ter uma conduta pautada nos valores éticos de probidade, e tão somente quando evidenciada a boa-fé do devedor e o respeito à função social do contrato, é que a teoria do adimplemento substancial poderá ser aplicada pelo julgador.

3.4.1 Abuso de direito e Enriquecimento sem causa.

A obrigação assume intrinsecamente, no contexto estudado, um caráter patrimonial e, assim, havendo descumprimento por parte do devedor, obviamente, passar a existir um desequilíbrio na relação entre prestações e contraprestações assumidas pelas partes, as quais foram delineadas, em sua origem, tendo em vista o aspecto pecuniário.

Todavia, o valor venal principiado no termo contratual passa a não ser puro e simplesmente o mesmo, já que sucede de ser acrescido, dado à mora, das quantias apuradas como prejuízos.

Nisso, na perseguição pelo reequilíbrio da relação alterada, há de se observar que deve ser vedado o enriquecimento ilícito, o qual imprime a noção de alguém está se locupletando de algo que deveria ser de outrem.

Fernando Noronha explicita que o enriquecimento ilícito:

“(...) contrapõe-se à responsabilidade civil, na medida em que esta tem por função reparar danos, isto é, reduções ou diminuições registradas no patrimônio, ao passo que o enriquecimento sem causa tem por finalidade remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos – indevidos porque – segundo a ordenação jurídica de bens, deveriam ter acontecido noutro patrimônio (ao qual estavam juridicamente reservados).²⁴⁵”

Para Mário Júlio de Almeida Costa, “na base do instituto do *enriquecimento sem causa*, como o seu próprio nome já denuncia, encontra-se a ideia de que pessoa alguma deve locupletar-se injustificadamente”²⁴⁶.

Segundo Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenveld, “a ideia é a de repor o patrimônio do credor ao que era anteriormente, mas transferir-lhe os acréscimos que aconteceram em outro patrimônio”²⁴⁷.

²⁴⁵ NORONHA, Fernando - **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 421.

²⁴⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 489-490.

²⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 124.

Positivando o tema, o Código Civil português, em seu artigo 473, n.º 1, preconiza que “aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”²⁴⁸.

A respeito, Mário Julio de Almeida Costa, comentando o dispositivo da legislação civil portuguesa, entende que o enriquecimento pressupõe a existência simultânea de três requisitos, quais sejam: “1) a existência de um *enriquecimento*; 2) que esse enriquecimento se obtenha *à custa de outrem*; 3) a *falta de causa justificativa*”²⁴⁹.

O abuso de direito tem com fundamento legal o artigo 187, do Código Civil brasileiro, o qual determina 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”²⁵⁰.

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenveld referem que:

“O abuso do direito é considerado um ato ilícito objetivo pelo novo Código Civil (art. 187), pois a sua aferição independe da constatação da culpa pela violação formal de uma norma, sendo suficiente a antijuridicidade da conduta, a violação material dos fins dados pelo ordenamento jurídico. Em verdade, o abuso do direito como modo de controle da legitimidade do exercício de direitos subjetivos e potestativos é uma das vertentes da atuação do princípio da boa-fé sobre as relações obrigacionais.”²⁵¹

Andrea Cristina Zanetti assim conceitua:

“O abuso de direito caracteriza-se pelo exercício irregular de um direito subjetivo, ou seja, o sujeito usa o poder que lhe é conferido por norma de direito positivo – a qual visa à tutela de terminados interesses legítimos – de forma desvirtuada.”²⁵²

Por conseguinte, o abuso de direito se verifica quando o titular de um direito, ao exercê-lo, extrapola os limites éticos da relação, sem motivação alguma.

Sílvio Rodrigues pronuncia-se no sentido de que “o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de

²⁴⁸ CÓDIGO Civil. [Em linha] Legifrance, 2006. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf.

²⁴⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 491.

²⁵⁰ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

²⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 551.

²⁵² ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191.

considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem”²⁵³.

Por outro turno, entende-se que o abuso de direito não pressupõe, necessariamente, um caráter emolutivo - entendido como aquele vazio, sem utilidade para quem o praticou. Pode ser, assim, que derive uma desvantagem a terceiro, ou mesmo sem qualquer desvantagem para as partes, venha a ferir os princípios de probidade e, em especial, a função econômico-social do contrato²⁵⁴.

Nesse sentido, percebe-se que o abuso de direito não se relaciona a um caráter econômico necessariamente com relação à vantagem de um em desfavor de outro, ainda que possa haver reflexo dessa natureza de forma indireta. A questão paira sobre o exercício indistinto de determinado direito, sem amparo jurídico, de tal forma que possa deixar outros em situação prejudicada. A onerosidade excessiva para sua existência não se impõe como requisito.

Destarte, é uma violação, *a priori*, à ordem jurídica, que pode ou não causar dano a outro de forma direta, ou ainda, aos alheios envolvidos na relação jurídica polarizada.

Interessa, portanto, para a configuração do abuso de um direito, que esteja desvirtuada a finalidade primeira da lei, mesmo que – repisa-se - não haja vantagem para o descumpridor ou consequências manifestadamente desvantajosas aos outros, sejam ou não partícipes do evento.

3.4.2. Análise das penalidades à luz dos princípios estudados.

Não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo, descumpridor de suas obrigações, venha a locupletar-se em causa de prejuízo alheio.

Por outro lado, não se pode amparar determinada situação em que um devedor, atuante e imbuído de boa-fé, no seu sentido objetivo, venha a suportar um sacrifício excessivo em face da mora verificada, caracterizada mínima diante do todo contratual, sob pena de o desequilíbrio havido no curso da relação contratual ser ainda maior.

²⁵³ RODRIGUES, Silvio - **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 20.^a ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

²⁵⁴ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Portanto, “não compadece o direito contemporâneo com a manifesta desproporção entre o inadimplemento de pequena gravidade e a gravíssima sanção imposta ao devedor, em manifesta afronta aos princípios de boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual”²⁵⁵.

Oportuno, aqui, dizer que Lucas Gaspar de Oliveira Martins pontua que “todo e qualquer inadimplemento injustificado é causa de responsabilidade, mas não qualquer inadimplemento que é causa de resolução”²⁵⁶.

Renan Lotufo elucida que:

“(…) ações contrárias às situações de confiança, ou contra situações protegidas pelo Direito, são disfuncionalidades perante o sistema. Todas as hipóteses estudadas revelam que as soluções do sistema na proteção da confiança, da aparência, do relevo de situações jurídicas materiais, para superar o formalismo, em coibir o abuso de direito, têm como fundamento a boa-fé.”²⁵⁷

Andrea Cristina Zanetti trata que, com relação ao descumprimento ínfimo, não há que se cogitar da onerosidade excessiva, para a configuração do enriquecimento ilícito e do abuso de direito, basta a manifestação da violação ao aspecto da boa-fé²⁵⁸.

Nesse diapasão, a principiologia tem papel fundamental na aplicação da teoria do adimplemento substancial, porquanto o conceito de ínfimo descumprimento é vago e subjetivo, considerando-se que o pode ser grave para um, pode não ser, para outro.

Os valores éticos intrínsecos à utilização da dita teoria no sistema jurisdicional não permitem que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

Para a correta aplicação da teoria do adimplemento substancial, há de se observar o estrito respeito aos princípios que vedam o enriquecimento ilícito e o abuso de direito, de tal sorte que apenas se privilegiam os descumprimentos dados como mínimos quando devidamente aferidos com base no princípio da boa-fé e da função social do contrato.

²⁵⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível Nº 4060064200/SP, rel. Des. Francisco Loureiro. Publicado em 19/10/2006.

²⁵⁶ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

²⁵⁷ LOTUFO, Renan - **Código Civil comentado - Obrigações - Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 507.

²⁵⁸ ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

4. HIPÓTESES LEGAIS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

Diante das circunstâncias do caso concreto, imperiosa é a invocação da teoria do adimplemento substancial consagrada pela doutrina e pela jurisprudência contemporânea.

Já existem ordenamentos jurídicos que expressamente amparam normas que aludem à Teoria do Adimplemento Substancial.

No Direito Italiano, o artigo 1.455, do *Codici Civile* italiano; no Direito Português, o artigo 802, nº 2, do Código Civil, e; no Direito Francês, pelo artigo 1.184, do Código Civil (*Code*).

À baila, o supracitado artigo na legislação civil italiana:

“Art. 1455. (Importanza dell'inadempimento). Il contratto non si puo' risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.”²⁵⁹

A doutrina italiana vem adotando o caráter quantitativo apenas para apuração do inadimplemento de escassa importância. Nesse sentido, comenta Lucas Gaspar de Oliveira Martins que:

“Por esse motivo a doutrina italiana, ao se debruçar sobre a discussão do parâmetro adequado à valoração do inadimplemento, com relação ao art. 1.455 do Código Civile, afastou o critério subjetivo, que leva em consideração a vontade hipotética do contratante não inadimplente, adotando para esse fim o critério objetivo que leva em conta a economia do contrato, a globalidade da relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, deixando de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer do seu interesse.”²⁶⁰

A legislação portuguesa assim estabelece:

“ARTIGO 802º (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.”²⁶¹

²⁵⁹ CODICE Civile Normativa: n. 262. [Em linha] Normativa, 1942. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>.

²⁶⁰ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

²⁶¹ CÓDIGO Civil [Em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2015. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo.

Citado o artigo 802, nº 2, do Código Civil, João de Matos Antunes Varela, comenta sobre a expressa previsão da norma na legislação portuguesa:

“O novo Código Civil reflecte já a influência das correntes francamente superadoras do positivismo jurídico, não só no regime de alguns dos contratos em especial, mas também na aceitação explícita de algumas soluções gerais de forte sentido inovado, entre as quais cumpre destacar as seguintes:

A consagração do princípio ético-jurídico da *boa fé* em termos de grande amplitude, de modo a abranger tanto a preparação e formação dos contratos (art. 227.º)⁽¹⁾, como o cumprimento da obrigação e exercício do direito correspondente (art. 762.º);

A condenação explícita do *abuso de direito*, definido em termos de grande maleabilidade (art. 334.º);

A imposição do dever de restituir em todas as situações de *enriquecimento sem causa* (arts. 473.º e segs.);

O reconhecimento das obrigações naturais, como figura de carácter geral (art. 402.º);

A possibilidade de resolução ou modificação do contrato, por alteração anormal das circunstâncias vigentes ao tempo da sua celebração em que as partes tenham fundado a decisão de contratar (arts. 437.º e segs.);

O alargamento do círculo dos negócios usurários, punidos com a anulabilidade do acto (art. 282.º);

A possibilidade de redução do montante da indemnização abaixo do valor do dano, quando a responsabilidade extracontratual se funde na mera culpa do agente (art. 494.º);

A condenação indiscriminada das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade do devedor (art. 809.º).²⁶²”

A título de ilustração, o dispositivo francês:

“Artículo 1184 La condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no cumpla su obligación. En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios. La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias.²⁶³”

Pelo que se verifica, segundo o Código Civil italiano, o contrato não será resolvido se o inadimplemento de uma das partes tiver escassa importância, considerado o interesse da outra parte. O Código Civil francês prescreve no mesmo sentido, impondo a análise das circunstâncias sem que a rescisão contratual se opere de pleno direito em face do devedor.

Hodiernamente, como visto no capítulo anterior, a Teoria do Adimplemento Substancial, embora utilizada no julgamento dos casos postos sob a tutela jurisdicional, ainda

²⁶² VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 30-32.

²⁶³ CÓDIGO Civil. [Em linha] Legifrance, 2006. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf.

não teve sua positivação concretizada em muitos dos ordenamentos pátrios, sendo, mesmo quanto há previsão normativa, dadas as peculiaridades de cada caso, imprescindível que seja realizada a análise dos litígios sob a ótica dos princípios invocados e, primordialmente, sendo inexorável, o acompanhamento da construção jurisprudencial.

4.1. A jovem jurisprudência brasileira.

Diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nos quais há expressa previsão legal da teoria do adimplemento substancial, no Brasil, a utilização se dá pela construção jurisprudencial, em face da necessidade atual de solução da demanda frente às questões que violam os princípios afetos aos contratos.

Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a previsão geral contida no artigo 187 do Código Civil de 2002, o qual determina 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”²⁶⁴.

Já transcrito, anteriormente, que a legislação civil brasileira, em seu artigo 475, permite que, ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato. Segue, portanto, aplicada a teoria do inadimplemento mínimo, respaldada pelo artigo 187, pelo qual o credor tem o exercício do seu direito potestativo limitado quando em confronto com o princípio da boa-fé objetiva.

Sobre o debate e sua controvérsia, Lucas Gaspar de Oliveira Martins comenta que:

“De fato, o art. 475 do Código Civil já citado anteriormente não especifica o tipo de inadimplemento que dá ensejo a resolução. Parte da doutrina, como Ruy Rosado de Aguiar e Anelise Becker defendem que somente o incumprimento definitivo, seja pela impossibilidade de realizar a prestação (inadimplemento absoluto), seja pela perda do interesse do credor, considerado objetivamente, autorizaria buscar a resolução. Ambos fundamentam tal assertiva na manutenção do vínculo contratual, assim como no direito do devedor a purgar a mora enquanto a prestação for apta a satisfazer as necessidades e os interesses do credor. Entretanto, não obstante o entendimento esposado pelos referidos doutrinadores, parece-nos mais adequada diante da disposição do art. 475 do Código Civil que o caminho da resolução é uma faculdade. Isso porque, conforme este dispositivo foi

²⁶⁴ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

expresso, a parte lesada pelo inadimplemento *pode* (não *deve*) pedir a resolução, acrescentando ainda uma inovação importante na inserção da oração “se não preferir exigir-lhe o cumprimento”²⁶⁵.

O Direito brasileiro, na aplicação da teoria aos casos concretos postos sob a tutela jurisdicional, tendo em vista a finalidade de pôr fim aos conflitos cujo objeto tem por discussão a relação jurídica decorrente de um liame contratual, passou a entender pela impossibilidade de resolução contratual por incumprimento quando for aferido que a mora havida é irrelevante em face da parte adimplida, não cabendo, assim, a extinção do pacto, mas sim, a aplicação de outros efeitos jurídicos, com a possibilidade de cobrança ou execução judicial, bem como das perdas e danos a serem indenizadas.

Os tribunais regionais brasileiros, como também o Superior Tribunal de Justiça, vêm consolidando o entendimento no sentido da não extinção do contrato e tão somente de cobrança efetiva do cumprimento da obrigação, uma vez satisfeita boa parte do contrato, sob a égide dos princípios consagrados no ordenamento civil brasileiro, quais sejam, da vedação ao abuso de direito, da função social dos contratos, da boa fé objetiva, e a vedação ao enriquecimento sem causa, respectivamente, insculpidos nos artigos 187, 421, 422 e 884²⁶⁶.

Em razão disso, o Conselho da Justiça Federal editou, em 2006, o Enunciado 361 CJF/STJ, afirmando que “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer ponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”²⁶⁷.

O dispositivo legal em apreço determina que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em quaisquer dos casos, indenização por perdas e danos”²⁶⁸.

²⁶⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁶⁶ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

²⁶⁷ FEDERAL, Conselho da Justiça - **IV JORNADA DE DIREITO CIVIL** – Enunciados aprovados. [Em linha] Conselho da Justiça Federal. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472..>

²⁶⁸ CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

Portanto, o citado artigo trata do incumprimento voluntário ou culposo do contrato, prescrevendo que a parte lesada pelo inadimplemento pode optar pela exigência do cumprimento forçado da obrigação ou a sua resolução por perdas e danos.

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2004, começou a interpretar o jovem Código Civil de 2002, o qual entrou em vigor no início de 2003, julgando, inicialmente, demandas judiciais envolvendo a busca e apreensão de veículos, adquiridos por meio de contratos de compra e vendas com reserva de domínio, mantendo as decisões de instâncias inferiores que impossibilitavam a retomada do bem, em face apenas de parte de descumprimento e, via consequência, extinguíram as relações contratuais;²⁶⁹.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, responsável por julgar, em última instância, lesões às normas de caráter infraconstitucional, ao analisar *case* que versava sobre um contrato de *leasing* para a aquisição de 135 (cento e trinta e cinco) caminhões, cuja devedora era uma transportadora de mercadorias, considerou que os bens objeto do contrato eram destinados à atividade-fim da contratante e, havendo quitação de 30 (trinta) das 36 (trinta e seis) prestações, entendeu não ser razoável a reintegração da credora na posse dos veículos, porém ressaltou que estava “preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato”²⁷⁰.

Nesses termos, a jurisprudência pátria passou a estabelecer padrões numéricos, mediante a previsão de percentuais sobre os quais estaria configurado o inadimplemento mínimo e parcial diante do todo, cem por cento, do contrato, seguindo a doutrina italiana, como explicitado por Lucas Gaspar de Oliveira Martins:

“Por esse motivo a doutrina italiana, ao se debruçar sobre a discussão do parâmetro adequado à valoração do inadimplemento, com relação ao art. 1.455 do *Código Civile*, afastou o critério subjetivo, que leva em consideração a vontade hipotética do contratante não inadimplente, adotando para esse fim o critério objetivo que leva em conta a economia do contrato, a globalidade d relação existente e o desequilíbrio ocasionado pelo descumprimento, deixando de lado qualquer valoração subjetiva que o contratante possa fazer do seu interesse.”²⁷¹

²⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - **AG 607406/RS**, rel, Des. Fernando Gonçalves. Publicado em 09/11/2004.

²⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - **Recurso Especial nº 1200105/AM**, rel, Des. Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado em 19/06/2012.

²⁷¹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

Entretanto, a atividade jurisdicional tem variado bastante, já que cada regional possui um entendimento diverso. Há uma faixa elástica que fixa, ser cumprimento substancial, o adimplemento desde 63,58% (sessenta e três vírgula cinquenta e oito por cento) do contrato integral²⁷², estendendo, em outros tribunais para números bem perto da totalidade.

Também não é incomum que certos julgadores considerem não haver adimplemento substancial quando o incumprimento está inserido dentro da faixa entendida para aquele regional, sendo fácil constatar controversas jurídicas dentro de um mesmo órgão julgador, como é o caso do julgado abaixo:

“Nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. In casu, não ocorre a proximidade do final das prestações avençadas, pois, apenas 67,52% do débito foi pago.”²⁷³

Pelo que se vê, não se sabe quais os fundamentos que levam determinados julgadores a proferir decisões divergentes. Essa ausência de critérios objetivos e claros que delimitem o que seria ou não um adimplemento substancial do contrato, deixa demasiada margem aos subjetivismos do juiz, criando um ambiente de incerteza jurídica ao jurisdicionado, bem como descrédito no Poder Judiciário.

4.2. Risco de instabilidade jurídica quanto a aplicação indiscriminada da Teoria do Adimplemento substancial.

Ao analisar o adimplemento para, no fim, concluir se ele é ou não substancial, a apreciação não deve se pautar apenas em critérios quantitativos, ou seja, não podem ser levados em consideração somente os parâmetros matemáticos para aferir o *quantum* cumprido do contrato. É prudente, senão necessário, que sejam, outrossim, pontuadas as especificidades das situações, identificando as características qualitativas do incumprimento, para, enfim, ser afastada a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Imagine-se a situação de um devedor contumaz, com histórico de moras sucessivas purgadas de forma reiterada, em evidente abuso de direito. Será que, nesse caso, se o credor

²⁷² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - **Apelação Cível N° 30.768/MA**, rel. Des. Marcelo de Carvalho Silva. Publicado em 11/09/2013.

²⁷³ Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - **Apelação Cível N° 23.61/MA**, rel. Des. Marcelo de Carvalho Silva. Publicado em 23/05/2014.

vier a arguir a resolução do contratual, o devedor faria jus a sua manutenção, sob a justificativa de que pagou parte considerável do contrato? Parece que não. Em que pese não esteja evidenciada, quantificadamente, a má-fé, há uma ausência de boa-fé por parte do devedor.

O entendimento que vigora é que o credor, no que concerne ao inadimplemento retardatário da obrigação de dar em pecúnia está ressarcindo o credor quando paga o montante acordado com os consectuários, também pecuniários, decorrentes de sua mora.

Lucas Gaspar de Oliveira Martins traz, no bojo de sua dissertação a respeito do assunto, que a teoria do adimplemento substancial não pode amparar determinadas situações, tal qual a do devedor costumeiro, que sofre, em geral, apenas as sanções pecuniárias legais em razão de seu inadimplemento²⁷⁴.

Afinal, essa teoria não pode privilegiar o mau pagador, eis que tal comportamento agride o princípio da boa-fé objetiva.

Outra hipótese que merece especial atenção é de cunho casuístico.

Um determinado credor possui uma quantia pendente de recebimento e tal valor representa justamente porcentagem enquadrada na faixa controvertida pela jurisprudência sobre o que seria considerado adimplemento substancial. No caso de o credor ajuizar uma ação de resolução contratual pela inadimplência do devedor, aquele estaria correndo um risco de ter sua ação julgada improcedente e, ainda ter que arcar com o ônus decorrente da sucumbência, caso seu feito fosse julgado por um magistrado que entendesse que houve incumprimento mínimo do contrato.

Portanto, a problemática da questão é que a aplicação da teoria aos casos concretos implica em configurar um adimplemento de relevância e, tal necessidade de análise casuística, não pode levar em consideração apenas critérios quantitativos, ou seja, qual a porcentagem adimplida pelo devedor.

Visando mitigar problemas como os acima relatados, deve-se passar a inspeção do adimplemento substancial por dois enfoques, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro adotando um critério matemático para o incumprimento da relação jurídico/contratual

²⁷⁴ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

pertencentes às partes, enquanto o segundo visa apreciar o comportamento dos envolvidos no contrato.

De fato, comenta Lucas Gaspar de Oliveira Martins:

“É importante delinear exatamente os critérios para se valorar a gravidade do descumprimento, uma vez que se trata de expressão de conteúdo vago e impreciso, que merece atenção especial. Sem esta questão corretamente delineada não se pode verificar a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento, motivo pelo qual se estende fundamental levantar todas as características do caso concreto, isto é, a situação ocorrida, os interesses e a conduta das partes, assim como todas as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.”²⁷⁵

O tema apresenta a problemática da subjetividade, uma vez que, para se sobrepor os valores em conflito, na busca pela reequação dos termos contratuais, o julgador precisa levar em consideração a causa que originou a mora imputável ao devedor, se houve mora do credor, se existiam cláusulas abusivas, e, ainda, há de priorizar os elementos principiológicos.

A multiplicidade de divergências é abordada no presente tema de estudo, de tal forma que é possível que, para cada julgamento, haja um fundamento jurídico associado, o que pode denunciar uma insegurança jurídica, em face também da subjetividade de quem aplica o Direito.

²⁷⁵ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 201, p. 93-94.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a necessidade de um convívio social organizado e a necessidade de movimentar bens para suprir as necessidades humanas, surgiram as relações contratuais.

Quando determinada pessoa se propõe a firmar um negócio tem, por certo, o alcance de um resultado. Em que pese a insegurança e a desconfiança que possa haver quanto à existência posterior de fatos imprevisíveis, supõe-se que os contraentes envolvidos estão imbuídos de boa-fé e pretendem cumprir as prestações assumidas de forma integral e exata.

O contrato, por conseguinte, chancela os objetivos pretendidos, bem como os riscos da relação e as penas contratuais a serem aplicadas na hipótese de descumprimento, sendo certo que o córtex do contrato é justamente alcançar o acertado entre as partes, uma troca de obrigações, direito e deveres, prestações e contraprestações que guardem um mínimo de equilíbrio.

Fatos corriqueiros ou inesperados, entretanto, podem vir a surgir no curso da execução do contrato, e, em muitas negociações, são formalizadas cláusulas assecuratórias que preveem a equação que deva ser observada para reequilibrar a situação originária alterada no caso de certas imprevisões.

Mesmo com a previsão de cláusulas dessa espécie, são múltiplos os fatos que podem vir a ocorrer e a incidir na relação contratual, abalando o estado em que ela se encontra, e, de tal maneira, resta alterado o equilíbrio antes nela guardado.

Dito isto, sabendo-se que as relações jurídicas traduzem uma relação humana originada de interesses igualmente humanos e convergentes dos contratantes, a ruptura do equilíbrio também pode vir a alterar tais pretensões, de tal sorte que uma, por um lado, venha a querer o rompimento do contrato e a outra, peça a sua manutenção, apurados os prejuízos que se deram no curso do descumprimento.

Nesse panorama, com efeito, surgiu a Teoria do Adimplemento Substancial, que, amparada na boa-fé objetiva, bem como no princípio da função social dos contratos, e ainda na vedação do abuso de direito e no enriquecimento sem causa, analisa, quando o devedor incorre em mora, o cumprimento do contrato em seu aspecto essencial, não permitida a resolução do vínculo se já houver cumprimento significativo.

O adimplemento substancial atua, em tese, como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica carecedora de intervenção judicial, permitindo soluções razoáveis e sensatas, conforme as peculiaridades do *case*.

Entretanto, embora o Direito, seja pela letra da lei, seja pela construção jurisprudencial, contemple a solução ao caso concreto, muitas vezes a aferição despenca no mundo do subjetivo, e sua valoração impede na análise das circunstâncias casuísticas, envolvendo também aquilo que cada julgador entende como certo e relevante.

De logo, ao se estudar o Direito das Obrigações, palco das discussões relacionadas às trocas comerciais, observou-se que as noções jurídicas vinculadas a tal ramo do Direito nunca foram uma unanimidade, encontrando muitas divergências técnicas, embora muitas não tenham qualquer significância prática, conforme abordado.

Todavia, tal divergência decorre do fato de que o Direito apenas vem firmar súplicas sociais, que mudam de acordo com os aspectos culturais e políticos, de tal sorte que já se vê a conjuntura efervescente das opiniões jurídicas em que se origina a teoria do adimplemento substancial. Também, as polêmicas doutrinárias comprovam que a presença do aspecto humano é inerente à construção da técnica jurídica.

Estas questões, por si e *a priori*, já denotam a dificuldade de uniformização da matéria.

Nesse quadro, tão somente é pacífico que, nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, exclui-se a possibilidade de resolução do contrato, sendo cabível apenas a propositura da ação para a cobrança do saldo remanescente, acrescido dos encargos pecuniários decorrentes.

É fato que quando os contratantes se reúnem para dispor de seus interesses não imaginam que possam existir determinadas anomalias. Nesse passo, a confiança que permeou a relação obrigacional no momento da concretização do pacto deixa de ser a mesma diante do inadimplemento deflagrado.

Além disso, o credor, frente à expectativa de um resultado perfeito tal como imaginado, vê-se frustrado. Quando as partes, então, passam para o momento de conflito, advindo da alteração do equilíbrio do contrato, elas também permeiam, na pretensão de romper ou manter o liame, as angústias e as frustrações que dali se originaram.

Tais sentimentos humanos são de dimensão variável, posto que cada um tem um sentido próprio de valoração.

Portanto, mensurar os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, e reequilibrar o estado das coisas, tal qual na origem, não é tarefa fácil ao julgador, que também imprime, nessa resolução, aspectos pessoais de valoração.

Ademais, como se não bastasse, atender à satisfação de uma parte pode acarretar, por via transversa, um prejuízo ao outro envolvido.

A matéria que se encontra controvertida no âmbito judicial é um ato reflexo dos dilemas sociais. Os julgadores encontram as dificuldades próprias de se resolver a problemática casuisticamente, já que cada questão contém itens próprios, circunstâncias peculiares, principalmente quando se constata condições subjetivas que norteiam o comportamento das partes, responsáveis por caracterizar o valor da boa-fé.

A doutrina e a jurisprudência, por essas razões, ainda se encontram sem parâmetros rigorosos e objetivos para que a questão se torne matéria pacificada, de modo que não se sabe qual inadimplemento afigura-se realmente significativo, apto a causar a resolução.

Sem suporte teórico, a jurisprudência brasileira invoca a teoria do adimplemento substancial apenas em abordagem quantitativa, quando é possível de forma aritmética - parâmetro que também se encontra controverso - aferir se o contrato está próximo do resultado esperado e, assim, o descumprimento enquadra-se como ínfimo.

A questão – enfatiza-se – em que se encontra o cenário dessa controvérsia jurídica é a análise que deve ser feita sob o aspecto qualitativo, afastando-se a ocorrência, por exemplo, de situações em que se constatem moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, em claro abuso de direito.

Sendo certo que é necessário estabelecer parâmetros objetivos para que os julgadores profiram decisões consonantes e, dessa forma, garantir a segurança da ordem jurídica, não se vislumbrou, até o momento, como fixar critérios precisos em matéria de cunho subjetivo, já que avaliar a conduta humana é um constante e árduo desafio, que, até o momento, soa invencível quanto ao tema sob debate.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ruy Rosado de - **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.
- ALEXANDRINO, Marcelo, e Vicente Paulo - **Direito Constitucional Descomplicado**. 7.^a ed. São Paulo: Método, 2011.
- ALEXY, Robert - **Teoria dos direito fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Contratos IV: funções. circunstâncias. interpretação**. Coimbra: Almedina, 2014.
- - **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.
- ALVIM, Agostinho - **Das inexecuções das obrigações e suas consequências**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível Nº 406.006.4/2-00/SP, rel. Des. Francisco Loureiro. Publicado em 19/10/2006
- ASSIS, Araken de - **Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das obrigações**. Edição: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BECKER, Anelise - A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**: Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. Ano 9, n.º 6. (Novembro 1993), p. 62.
- BERNARDETE, Maria. - **Teoria geral dos contratos**. [Em linha] Direito brasil, 2008. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>.
- BETTI, Emilio - **Teoria geral das obrigações**. Tradução: Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.
- BOBBIO, Norberto - **Teoria do ordenamento jurídico**. 9.^a ed. Tradução: Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo - **Curso de direito constitucional: a importância do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUENO, Francisco da Silveira - **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz - **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAENEGEM, Raoul Charlas Van - **Uma introdução ao direito privado**. 2.^a Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CLÁUDIA, Lima Marques - **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4.^a ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- CODICE Civile Normativa: n. 262. [Em linha] Normativa, 1942. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262>.
- CÓDIGO Civil [Em linha] Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2015. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo.
- CÓDIGO Civil. [Em linha] Legifrance, 2006. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf.
- CÓDIGO Civil Brasileiro. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.
- COELHO, Fábio Ulhoa - **Curso de direito civil**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. [Em linha] Planalto, 2016. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes - **Direito das Obrigações**. Vol. 2. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida - **Direito das obrigações**. 12.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- CRISAFULLI, Vezio - **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Em Curso de direito constitucional, por Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu - **Elementos da teoria geral do estado**. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIÁRIO, São Paulo - **TJ-cad.4-1ª Inst-Int**. Diário de Justiça, 2013 [Em linha]. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/49883953/djsp-judicial-1a-instancia-interior-partei-16-01-2013-pg-949>.
- DIAS, José de Aguiar - **Da responsabilidade civil**. 11.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, e Antonio Gullón - **Sistema de derecho civil**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2003.
- DINIZ, Maria Helena - **As lacunas do direito**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- - **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 28.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FACHIN, Luiz Edson - **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIA, Werter R. **Mora do devedor** - Porto Alegre: Sergio antonio Fabris Editor, 1981.
- FEDERAL, Conselho da Justiça - **IV JORNADA DE DIREITO CIVIL** – Enunciados aprovados. [Em linha] Conselho da Justiça Federal. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>.
- FERRAZ, Rogério - **Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- FERREIRA, Aparecido Hernani, e Paulo Luiz Netto Lôbo - **O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. Campinas: Bookseller, 2003.
- FINGER, Julio César- **A Constituição Concretizada - Construindo Pontes entre o Público e o Privado** . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FIUZA, César. **Direito civil - Curso completo**. 11.^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FRANÇA, Rubens Limongi - **Teoria e prática da cláusula penal** . São Paulo: Saraiva, 1988.
- GOMES, Orlando - Contratos. 24.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- - Obrigações. 16.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista dos Advogados de São Paulo**, nº 2 Ano 12 (dezembro 2002).
- - **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- JUNIOR, Nelson Nery - **Código Civil comentado**. 9.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar - Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. Em **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.
- LARENZ, Karl - **Metodologia da ciência do direito**. 4.^a ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015.
- LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOTUFO, Renan - **Código Civil comentado - Obrigações - Parte Geral**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACHADO, Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha - **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2014.
- MACHADO, João Baptista - **Pressupostos da resolução por incumprimento**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1927.
- MARQUES, Claudia Lima - **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira - **Mora, inadimplemento absoluto e adimplemento substancial das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith - **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MATIAS, Armindo Saraiva - **Direito Bancário**. Lisboa: Coimbra Editora, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade** . São Paulo: Malheiros, 1995.
- - **Curso de direito administrativo**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

- MESSINEO, Francesco - **Doctrina general del contrato**. Vol. T.I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. XXXVIII vols. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito Civil**. 30.^a ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin de - O princípio da solidariedade. **Em Os princípios da Constituição de 1988, por Manoel Messias Peixinho, Isabela Franco Guerra e Firly Nascimento Filho**. Rio de Janeiro: Lumen, 2001.
- . - O princípio da dignidade humana. **Em Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NADER, Paulo - **Curso de direito civil**. 4.^a ed. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NORONHA, Fernando - **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **A teoria do adimplemento substancial**. [Em linha]. [Consult. 09 de Jun. 2016]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/25425/a-teoria-do-adimplemento-substancial>.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil**. 19.^a ed. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa - **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.
- RODRIGUES, Silvio - **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 20.^a ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RUGGIERO, Roberto de - **Instituições de direito civil**. Tradução: Paolo Capitanio. Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1999.
- SANDRI, Jussara Schimitt - **Função social do contrato: Conceito, Natureza jurídica e fundamentos**. Revista de Direito Público. Londrina: Direito Público. Ano 6, n.º 2 (agosto 2011), p. 120-141.
- SILVA, João Calvão da - **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da - **Boa-fé e violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - **AG 607406/RS**, rel, Des. Fernando Gonçalves. Publicado em 09/11/2004.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - **Recurso Especial nº 1200105/AM**, rel, Des. Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado em 19/06/2012.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - **Recurso Especial N.º 469577/SC**, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Publicado em 25/03/2003.
- TARTUCE, Flávio - **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. São Paulo: Método, 2011.
- TELLES, Inocência Galvão - **Manual dos Contratos em Geral**. 4.^a ed. Wolters Kluwer Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo - **Contornos Constitucionais da propriedade privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - **Apelação Cível N° 30.768/MA**, rel. Des. Marcelo de Carvalho Silva. Publicado em 11/09/2013.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão - **Apelação Cível N° 23.61/MA**, rel. Des. Marcelo de Carvalho Silva. Publicado em 23/05/2013.

VARELA, João de Matos Antunes - **Das obrigações em geral**. 10.^a ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2015.

— - **Das obrigações em geral**. 7.^a ed. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2.^a ed. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2002.

ZANETTI, Andrea Cristina - **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Saraiva, 2012.