

GUILHERME MOURA NOVAES

**A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO
FUNÇÃO LIMITADORA AO DIREITO POTESTATIVO À RESOLUÇÃO
CONTRATUAL.**

CARANGOLA/MG
CURSO DE DIREITO
2016

GUILHERME MOURA NOVAES

**A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO
FUNÇÃO LIMITADORA AO DIREITO POTESTATIVO À RESOLUÇÃO
CONTRATUAL.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Carangola, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito civil.

Orientador: Prof^ª. Msc. Rejane Soares Hote.

CARANGOLA/MG
CURSO DE DIREITO

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada “**A atuação do princípio do adimplemento substancial como função limitadora ao direito potestativo à resolução contratual**”, de autoria do graduando **Guilherme Moura Novaes**, aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial de obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Carangola _____ de _____ de _____

Orientador: Prof. Msc. **Rejane Soares Hote.**

Examinador 1

Examinador 2

“É breve a vida do homem: os limites, entre o berço e o túmulo, não são tão distantes como podem parecer ao indivíduo, em sua presunção. E, entre esses limites, quantos são os riscos que lhe tornam precária a existência, quantas as coisas de que necessita! Algumas ele obtém com o trabalho; outras, fornece-lhe a atividade solidária de outrem, que atinge o cume mais alto na caritas, como caracteriza São Paulo, na Epístola I (cap. 13) aos Coríntios. Mas sempre, no eterno círculo das relações sociais, para obter bens e serviços ou para se defender dos riscos inevitáveis, necessita o homem da colaboração alheia.” (Emílio Betti, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Roma)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o princípio do adimplemento substancial como forma de limitação ao direito potestativo que é garantido ao credor de resolver o contrato em virtude do inadimplemento mínimo existente. Tal figura principiológica encontra guarida nas cláusulas gerais da função social do contrato e, principalmente, na boa-fé objetiva, como forma de se evitar o abuso do direito do credor, considerado pelo ordenamento jurídico como ato ilícito, passível, portanto, de correção por meio do Poder Judiciário. Dessa forma, o estudo cingir-se-á a analisar a evolução histórica da legislação civil até o advento da Constituição Federal de 1988 e o atual Código Civil de 2002, os institutos da boa-fé objetiva, do abuso do direito e da função social do contrato, passando, outrossim, pela análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e como este tribunal aplica o referido instituto nas relações contratuais postas à sua apreciação.

Palavras-chaves: Teoria do Adimplemento Substancial. Direito contratual. Direito Civil constitucional. Boa-fé Objetiva. Função social do contrato. Abuso do direito.

ABSTRACT

The currently work has as finality to analyze the substantial performance doctrine as way of limitation to the potestative right which guaranteed to the creditor to resolve the contract because of the minimum breach in the existant equality. Such tenet finds ground on the general clauses of social function of the contract and, especially, in a good faith way-of-acting, as way to avoid the abuse of creditor's right, considered by the laws as an illicit act, liable, therefore, rebuke by the Judicial Power. This way, the study will be limited to analyze the historical evolution of the civil legislation until the advent of the 1988's Federal Constitution and the actual 2002's Civil Code, the institutes of the good faith way-of-acting, the abuse of the rights and the social function of the contract, passing equally through jurisprudence's analysis of the Superior Court of Justice and how this Court applies the mentioned institute in the contractuals relations put to its appreciation.

Key-words: Doctrine of the substantial performance. Contractual law. Civil-constitutional law. Good faith way-of-acting. The social function of the contract. Abuse of the rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL	11
1.1 Da revolução francesa à edição do <i>Code de France</i>	11
1.2 A edição do Código Civil alemão.....	13
1.3 História da codificação brasileira e a influência dos Códigos francês e alemão no CC/1916.....	15
1.4 A necessidade de uma revisão do Código de 1916.....	18
1.5 O Código Civil de 2002.....	21
2 CAPÍTULO II – O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	23
2.1 Prolegômenos acerca do direito civil constitucional.....	23
2.2 O Código Civil e as suas novas diretrizes.....	26
2.2.1 A diretriz da socialidade.....	26
2.2.2 A diretriz da eticidade.....	27
2.2.3 A diretriz da operabilidade ou concretude.....	29
3 CAPÍTULO III – A BOA-FÉ OBJETIVA, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O ABUSO DO DIREITO	31
3.1 Uma necessária conceituação.....	31
3.1.1 A boa-fé objetiva.....	31
3.1.2 A função social do contrato.....	33
3.2 A boa-fé objetiva como modelo.....	34
3.2.1 A função interpretativa.....	34
3.2.2 A função integrativa.....	35
3.2.2.1 A cláusula geral do art. 422 do CC/02 e as funções dos deveres de conduta.....	36
3.3 A boa-fé objetiva e o abuso do direito.....	38
4 CAPÍTULO IV – O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E O DIREITO POTESTATIVO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL	42
4.1 Origem histórica e noções conceituais.....	42

4.2 O adimplemento substancial e o direito brasileiro.....	45
4.3 O adimplemento substancial e a boa-fé objetiva – o limite à resolução contratual.....	46
4.4 A aplicação da doutrina do adimplemento substancial pela jurisprudência brasileira.....	48
4.5 Parâmetros para aplicação da doutrina do adimplemento substancial e seus efeitos.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

Como cediço, a legislação brasileira estabelece, como consectário lógico do inadimplemento contratual, o direito potestativo do credor de resolver o contrato, bem como a possibilidade de o credor, logo em seguida, executar o seu principal e acessórios dele decorrentes.

Não obstante, doutrina e jurisprudência nacionais, no âmago de conferir maior estabilidade às relações civis em geral, passaram a admitir, em determinados casos, a aplicação da chamada Doutrina ou Teoria do Adimplemento Substancial, ou *substantial performance*, nos quais se infere que o descumprimento da obrigação se deu de forma ínfima ou irrisória se comparado com a obrigação em sua integralidade.

Nessa toada, e com vistas a assegurar o devido respeito à boa-fé objetiva e à função social do contrato, verificou-se que o direito potestativo do credor em resolver o contrato passou a encontrar limites na possibilidade de manutenção do contrato, mais especificamente com a interpretação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, de modo que ao credor garantiu-se alternativas outras que não a sua extinção a buscar a satisfação de seu interesse.

O presente trabalho, dessa forma, abordará as diretrizes básicas para aplicação do princípio do adimplemento substancial pelo órgão julgador em demandas que envolvam relações eminentemente contratuais, de modo a evitar que o credor se utilize de forma abusiva do seu direito potestativo à resolução contratual em virtude do inadimplemento mínimo.

Como cediço, sabe-se que hoje inúmeros contratos são realizados diariamente entre pessoas – físicas ou jurídicas – e instituições financeiras. Na maioria das vezes, contudo, nem sempre esses contratos respeitam os direitos mais básicos da pessoa humana, tais como o direito à informação.

Ademais, notadamente em virtude da grande crise econômico-política que vem assolando o país há algum tempo, com inflação acima do teto estipulado pelo governo e a alta taxa de desemprego, vislumbra-se, como efeito prático de tais acontecimentos, a queda do rendimento mensal de milhares de pessoas, que se veem obrigadas a assumir obrigações que, na hora da celebração de um contrato anterior, jamais poderiam imaginar. Essas obrigações supervenientes, muitas vezes, dificulta o adimplemento de obrigações pretéritas, ensejando o inadimplemento e a movimentação judicial por parte dos credores.

Portanto, além de fixar os consectários e os efeitos da aplicação da teoria por meio do Poder Judiciário, essa pesquisa pretende mostrar, ainda, que, na maioria das situações

corriqueiras do dia a dia, o credor teria outras opções de cobrança, opções essas que poderiam ter sido inseridas no contrato, e que, portanto, a resolução seria a medida mais gravosa e penosa para a parte devedora, servindo tão somente como mecanismo de coerção por parte do credor, devendo, dessa forma, ser encarada como a *ultima ratio*.

Nesse contexto, o principal objetivo deste trabalho é demonstrar a possibilidade de aplicação de um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, aliado à função social do contrato, como um instrumento limitador do direito potestativo à resolução contratual por parte do credor. Trata-se do dever anexo à boa-fé objetiva relacionado ao princípio do adimplemento substancial, também conhecido na doutrina como *substancial performance* ou inadimplemento relativo.

Nessa ambiência, a presente pesquisa terá como base a análise do instituto da boa-fé objetiva e da função social do contrato, institutos estes previstos na legislação pátria por meio de cláusulas gerais, como as dos artigos 187 e 422 do Código Civil, inseridas no ordenamento jurídico mediante as lições do professor Miguel Reale, idealizador do anteprojeto do atual Código Civil brasileiro em vigor, bem como a partir de uma digressão histórica e conceitual acerca da legislação civil e dos contratos, motores propulsores e edificantes das relações privadas.

Para tanto, serão analisados o que se tem de mais moderno na doutrina civilística nacional acerca dos institutos da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Ademais, a análise recairá, também, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo de interpretação da legislação federal e infraconstitucional brasileira, bem como o necessário diálogo entre a doutrina do *substancial performance* com o abuso do direito.

No primeiro capítulo, será feita uma abordagem histórica acerca da evolução do direito civil, tendo-se como marco temporal a Revolução Francesa. Isso porque, como se verá adiante, foi o Código Napoleônico de 1804 o diploma legislativo que serviu de influência para o primeiro Código Civil brasileiro. Ainda no primeiro capítulo, será feita uma análise histórica do Código Civil alemão de 1900, o BGB, que foi o segundo grande diploma da era moderna.

Adiante, no segundo capítulo, será feita uma abordagem da disciplina à luz da Constituição Federal de 1988. É o que a doutrina vem denominando de Direito Civil-Constitucional. Trata-se, com efeito, de uma (re)leitura da dogmática civilística com base nos institutos previstos na Constituição Federal. Isso fez com que algumas diretrizes fossem

introduzidas no ordenamento jurídico, de modo a superar a antiga dogmática então existente à época quando da vigência do Código Civil de 1916.

No capítulo três será feita uma abordagem acerca dos institutos da boa-fé objetiva, da função social do contrato e, em especial, do abuso do direito. Tratam-se de figuras inovadoras da legislação civil, e de onde são extraídos todos os fundamentos para a existência da doutrina do adimplemento substancial, em especial a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Em relação ao instituto abuso do direito, será demonstrado que a sua utilização, em afronta à boa-fé objetiva e à função social do contrato, terá como consequência lógica o reconhecimento do abuso do direito, figura atualmente categorizada pelo ordenamento como ato ilícito.

Por fim, no quarto e último capítulo será feita uma abordagem histórico-dogmática acerca da doutrina do adimplemento substancial, seus precedentes históricos e a sua correlação entre o direito potestativo do credor de extinguir a relação contratual com o abuso do direito. Será exposto, ainda, a atual visão do Superior Tribunal de Justiça e a forma como já foi aplicada a doutrina do adimplemento substancial no âmbito daquele Tribunal, bem como seus parâmetros e efeitos práticos para a aplicação judicial.

1 CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL

Para uma melhor análise dos institutos, faz-se necessário um breve esboço histórico acerca da evolução do Direito Civil na Idade Moderna, no intuito de demonstrar a sua origem e evolução ao longo dos séculos XVIII e XX, bem como a sua influência na atual legislação brasileira.

Para tanto, devemos inicialmente olhar para o século XVIII, época em que os conflitos sociais começaram a ter notável importância na função legiferante, mais especificamente com a Revolução Francesa de 1789, que levaram ao trono francês Napoleão Bonaparte.

1.1 Da revolução francesa à edição do *Code de France*

Nos idos de 1780, a França vivia uma crescente e fervorosa pré-revolução. Isso porque, a população, mais especialmente a burguesia da época, estava totalmente descontente para com o Rei, que à época detinha o poder absoluto em suas mãos. Vigorava a máxima “the king can do no wrong” (*o rei faz nada errado*, em uma tradução literal).

Vale dizer, o rei poderia fazer o que bem entendesse, pois ele era o “astro-rei”, irradiando-se sobre toda a população, que o servia como súditos. Assim, cabia ao rei, e tão somente a ele, as funções de Estado, entre elas a própria função legislativa e jurisdicional. Não havia parlamento ou representantes do povo, tampouco juízes como expressão do poder estatal, pois tudo era concentrado nas mãos do monarca, na medida em que se acreditava que o poder do rei derivava de forças divinas, e se Deus era onipotente (não errava), o rei também era.

Acontece que, malgrado o rei fosse o centro político da França naquela época, o poder econômico encontrava-se inserido nas mãos da burguesia. Era a burguesia francesa quem detinha os meios de produção e quem efetivamente sustentava o poder político que pairava sobre o absolutismo francês, porquanto era quem produzia os bens básicos de consumo e pagava as taxas cobradas pela monarquia.

No âmago dos ideais iluministas, que clamavam pela *igualdade* entre as pessoas, a *liberdade* econômica (ou liberalismo econômico) e a *fraternidade* (que poderíamos cunhar como a origem remota dos direitos sociais do século XX), a burguesia se rebelou contra o déspota que governava a França. Aqui, surgiu a revolução francesa, rebelando a classe econômica contra o poder central que governava o país há séculos.

Após diversos conflitos, adquiriu a burguesia o poder político do rei, com a sua deposição. Entretanto, não havia alguém para assumir o cargo e assegurar que os seus ideais fossem efetivamente colocados em prática. Desse modo, surgiu a figura de Napoleão Bonaparte como o “intermediador” dos interesses dos burgueses em relação à política.

Assim, deposto o rei Luís XVI, e com a assunção de Napoleão ao trono francês, procedeu-se à imediata elaboração de um *Codex* que pudesse dispor de todos os interesses relacionados à burguesia francesa, atendendo Napoleão, portanto, aos anseios daqueles que lhe colocaram no centro do poder político na França.

Percebe-se, nesse ínterim, com clarividente evidência, que o Código Civil francês de 1804, doravante denominado *Code Napoleon*, ou, simplesmente, *Code de France*, nada mais é do que um dos símbolos da vitória da burguesia na Revolução Francesa de 1789, um projeto amplamente ambicioso que pretendia sobre um único corpo regular o máximo de relações entre particulares (CUNHA, Daniel, 2007, p. 255).

Nesse sentido, disposto a cumprir com o prometido, no ano de 1800 formou-se uma comissão para a redação do Código Civil francês, comissão esta composta de quatro juristas: Tronchet, Bigot de La Préameneau, Maleville e Portalis (VENOSA, 2008, p. 91). De acordo com Orlando Gomes (2010, p. 48), o projeto foi discutido no âmbito do Conselho de Estado francês, em numerosas sessões (mais especificamente 102 sessões), sendo que tais sessões teriam sido presididas, na sua maior parte, pelo próprio Napoleão, que interveio nos debates. Ao cabo, em 21 de março de 1804, depois de terem sido votadas as 36 leis promulgadas sucessivamente desde 1803, uniram-se, formando o Código.

O Código Civil francês de 1804 surgiu com a mentalidade que inspirou a revolução que o precedeu: seu espírito refletia a mentalidade individualista da época, tendo servido ao desenvolvimento das forças produtivas nascentes – a burguesia, que detinha em si o poder econômico. Nesses termos, foi considerado o “Código da burguesia”, por ter atendido aos interesses e aspirações dessa classe. Contudo, embora com essa aspiração, o Código Civil francês não foi redigido com o propósito de ser uma lei de privilégios, ao contrário, a intenção foi elaborar um Código impessoal, expressão eterna das coisas, para ser aplicado sem distinção de classe, e sem limite de tempo (GOMES, 2010, p. 49).

Com efeito, tal código trouxe consigo o conceito tradicional, ou clássico, do contrato, que traduziu a visão ideológica predominante à época: a de liberdade de contratar e a igualdade (formal) entre as partes. Na definição de Friedrich Karl von Savigny, o contrato é a

união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre estes (MARQUES, 2005, p. 53).

Ressaltam-se, outrossim, outras influências além do pensamento liberal, de John Locke e Adam Smith, desenvolvido no século XVIII, como também o da autonomia da vontade insculpida do direito canônico (MARQUES, 2005, p. 55).

Percebe-se, pois, que o Código tinha como fundamento as aspirações que a burguesia francesa pretendia à época de sua criação: a conservação das liberdades individuais, protegendo-se os institutos mais caros ao direito privado, tais como a propriedade e o contrato. Rechaçavam-se quaisquer intervenções estatais no âmbito das relações privadas, na medida em que tal interferência seria um abuso à própria liberdade dos indivíduos contratantes. A propriedade era intangível, podendo o seu titular dela dispor da maneira que melhor lhe aprouvesse.

Esse pensamento era plenamente justificável naquela época, já que vividos tempos em que ao rei cabia fazer o que bem entendesse. Vislumbrou a nobreza francesa que a edição de um Código que limitasse o poder estatal seria a melhor forma de combater a ingerência dele sobre as relações privadas, no intuito maior de evitar, portanto, eventuais abusos de governantes mais despretensiosos.

Doravante, o Estado estaria restrito a intervir apenas de forma mínima nas relações econômicas individuais, mais especificamente nos contratos, forma primária de sua expressão. Em primeiro plano visava proteger a vontade dos agentes e em segundo plano agiria de modo a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes e seus respectivos efeitos (BENJAMIN *et al.*, 2012, p. 337). Esta visão liberal em relação à economia e ao direito, determinadas pelo Código francês de 1804 e do Código Civil alemão de 1896, se expandiu pelo direito privado de outros países europeus, entre esses Portugal, e teve reflexos inclusive na América do Sul, como no Brasil.

1.2 A edição do Código Civil alemão

Nas mesmas pegadas do *Code de France*, o Código Civil alemão (*Bürgerlich Gesetzbuch*, abreviadamente conhecido por BGB) foi editado no ano de 1896, embora tenha entrado em vigor tão somente quatro anos depois, em 1º de janeiro de 1900. Trata-se do segundo grande Código da era moderna (VENOSA, 2008, p. 93).

Ainda de acordo com as lições de Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 93), a criação do código civil na Alemanha, politicamente, foi consequência da instalação do império alemão, em 1871, isso porque, o direito até então vigente naquela época era muito fracionado, porquanto estava em vigor o denominado “direito comum”, entre outros, apenas para algumas regiões, mas como complemento do Direito vigente. Segundo as suas lições, “por ‘direito comum’ entendia-se o Direito Romano tardio, que chegara até a Alemanha por via da recepção já por nós mencionada, com a configuração que ganhara o *Corpus Juris* de Justiniano” (2008, p. 92-93).

Conforme ressalta Orlando Gomes (2010, p. 50), o BGB proveio, fundamentalmente, do trabalho de comissão nomeada em 1874, da qual participaram os juristas Plank e Windscheid, dentre outros. Essa comissão, que foi duramente criticada por não ter tido a participação de festejados juristas alemães da época (tais como Gierke, Bahr e Menger), trabalhou durante 13 anos seguidos, tendo realizado impressionantes 873 sessões de discussão.

O Código alemão revelou profunda preocupação pelo tecnicismo, quer na ordenação sistemática dos seus institutos, quer na própria terminologia empregada na redação. Justamente por esse motivo, tem feição singular, aplaudida pela doutrina da época, por facilitar a interpretação, com o afastar de controvérsias e eliminar ambiguidades que porventura pudesse surgir na sua aplicação (GOMES, 2010, p. 50).

Na sua elaboração, é sensível a influência trazida à baila do Direito Romano, malgrado vislumbrassem partes que se baseavam em nítidas instituições germânicas. Contudo, o BGB não pode ser considerado um código revolucionário, a despeito de ter surgido com quase um século de diferença para com o seu parente mais próximo, que é o código civil francês. Isto porque, o BGB não atingiu as bases econômicas e sociais da vida social, conservando-se como um Código nitidamente capitalista, informado, embora por princípios filosóficos de um individualismo menos liberal do que o francês, devido, possivelmente, às modificações do espírito popular alemão salientado pelos germanistas, além, à evidência, das condições históricas e psicológicas nas quais o código foi trabalhado (GOMES, 2010, p. 50).

Percebe-se, portanto, que, embora fosse um código muito mais novo que o francês, o BGB manteve em sua espinha dorsal os valores individualistas e patrimonialistas que vigiam à época na Europa continental, mais especificamente antes das Guerras Mundiais que sucederiam naquele continente.

Tais Códigos, por serem expressões de profundos estudos, bem como por primarem por uma técnica mais avançada e surgirem em países ideologicamente mais sofisticados, serviram como influência, em maior ou menor grau, para as demais legislações que foram surgindo nos demais países, sejam eles vizinhos ou não, e, principalmente, no Brasil.

1.3 História da codificação brasileira e a influência dos Códigos francês e alemão no CC/1916

Conforme nos ensina Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 67), no Brasil, a vontade de codificar e sistematizar o direito civil e os seus institutos vieram-nos de Portugal, que, em um espaço de tempo entre duzentos anos, ofereceu-nos três Códigos, com a elaboração sucessiva e respectivamente das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Nesses termos, no reinado de D. Afonso V, coroado aos 7 anos de idade, pela mão de seu tutor e curador, o Príncipe D. Pedro, foi possível levar a cabo um empreendimento tantas vezes adiado em Portugal. E assim ficou esta compilação de leis identificada como as *Ordenações Afonsinas*, datadas de 1446. Tais ordenações eram consideradas incompletas e cheias de defeitos, razão pela qual coube ao Rei D. Manoel promover a sua substituição, pelas novas Ordenações do Reino de Portugal, de 11 de maio de 1521, que vieram a ser identificadas, doravante, de *Ordenações Manuelinas* (PEREIRA, 2010, p. 67).

Por conseguinte, em razão de vários acontecimentos que se sucederam, em especial a vacância do trono e a sucessão hereditária, o que provocou a reunião dos tronos de Portugal e Espanha, de 1580 a 1640, nas mãos do soberano espanhol, coube a D. Filipe III da Espanha, por meio do Alvará de 11 de janeiro de 1603, publicar as *Ordenações Filipinas*, que tiveram melhor sorte que as suas antecessoras: vigeram como direito positivo, em Portugal, até 1867 (em Portugal, as Ordenações Filipinas foram revogadas pelo Código Civil de 1867, elaborado sobre o Projeto de Conde de Seabra) e no Brasil até 1917, com a entrada em vigor do nosso primeiro Código Civil (VENOSA, 2008, p. 97).

Pois bem, já no século XIX, quando do surgimento das primeiras manifestações jurídicas de caráter nitidamente nacional, percebeu-se que as Ordenações Filipinas que vigiam à época no Brasil, agora já velhas – basta lembrar que estas ordenações datavam do século XVII – e mutiladas por uma legislação extravagante, eram um emaranhado de disposições de difícil consulta, independentemente do ator jurídico que delas necessitava. Com a independência do Brasil, já no ano seguinte (1823), a Lei 23 de 23 de outubro de 1823

determinou que as Ordenações Filipinas e as demais legislações portuguesas continuassem em vigor no país, na medida de se evitar um vácuo legislativo com o desprendimento da metrópole, com a ressalva de que tais legislações lusitanas vigorar-se-iam até o momento em que fosse elaborado o Código nacional (PEREIRA, 2010, p. 67).

Desta feita, a primeira Constituição do Brasil, de 1824, ainda no Império, recomendou, em seu art. 179, nº 18, que fosse elaborado quanto antes um Código Civil e um Código Criminal, que atendessem, especialmente, às necessidades brasileiras e se sujeitassem ao estado da ciência jurídica brasileira. O Código Criminal do Império rapidamente foi editado, conforme a Lei de 16 de dezembro de 1830, e nada do Código Civil.

Em atenção ao disposto na Constituição Imperial, em 1855, o Governo brasileiro deliberou, como medida preliminar à codificação, que se promovesse a consolidação do direito civil pátrio, reputada à época como medida indispensável, visto achar-se a nossa legislação completamente esparsa, sem sistemática e ordem algumas. Para esse hercúleo trabalho, foi encarregado o emérito jurista baiano Augusto Teixeira de Freitas, que em 1858 entrega o seu primoroso trabalho *Consolidação das Leis Civis*, notável trabalho, respeitado como o primeiro grande monumento jurídico nacional, até hoje indigitado alicerce da codificação nacional, sem o qual muito provavelmente não se teria conseguido chegar a sua concretização tão fiel às mais caras tradições pátrias (PEREIRA, 2010, p. 68).

Conforme continua Caio Mário as explanações (2010, p. 68), após a conclusão desse trabalho inicial referente à consolidação das leis civis nacionais, entendeu-se por bem que ninguém mais do que o próprio Teixeira de Freitas estaria em melhor condição de elaborar o projeto de Código Civil. Assim, feito o contrato com o governo, à época tendo como ministro Nabuco de Araújo, Teixeira de Freitas entregou o seu trabalho, humildemente denominado de *esboço*, muito longo e prolixo, com quase 5.000 artigos (mais precisamente 4.608), tratando de forma avançada o Direito Civil, inclusive promovendo a unificação do direito privado.

No *esboço*, Teixeira de Freitas avançou muito em relação ao tempo. Àquela época, em meados de 1860, previu o eminente jurista baiano institutos que hoje são tratados de forma inovadora na legislação, tais como os direitos relativos ao nascituro, por exemplo. O *esboço* contava, ainda, com mais previsões inimagináveis para aquela época, a exemplo do divórcio e da possibilidade de revisão judicial dos contratos (CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 44).

Talvez por ser tão avançado para o seu tempo, em razão das forças de resistência ao avanço dogmático da ciência, Teixeira de Freitas abandonou o projeto ainda inacabado. De qualquer forma, o *Esboço* de Teixeira de Freitas, como ficou imortalizado o seu projeto, ainda

serviu como substrato para a elaboração do Código Civil argentino, por Dalmácio Vélez Sarsfield, em 1871, além de inspirar o próprio BGB alemão, tidos, como muitos, como uma das mais avançadas codificações do século XX (CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 44).

Embora não terminado o projeto iniciado em 1855, a ideia da codificação do direito civil brasileiro ainda permaneceu viva, sendo convidados, em seguida, diversos juristas, dentre os quais o próprio ministro Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, sem, contudo, conseguir levar a uma conclusão legislativa a ideia codificadora.

Já nos idos de 1889, porém, o ministro da Justiça o Conselheiro Cândido de Oliveira, retoma este o propósito de elaboração do Código, e nomeia uma comissão especializada para esta missão. Contudo, tendo a proclamação da República neste hiato de tempo, não chegou a realizar nenhuma obra (PEREIRA, 2010, p. 68).

Em 1890, o ministro Campos Sales, percebendo que o trabalho em comissão nunca produziu resultado satisfatório, encarrega o jurista Coelho Rodrigues, que já tinha sido encarregado da comissão ainda quando do Brasil Império, e, em 1893, tem este concluído o seu Projeto de Código Civil, rejeitado, todavia, segundo parecer de uma comissão incumbida de analisa-lo (PEREIRA, 2010, p. 68).

Viva, no entanto, a ideia, malgrado inúmeros insucessos na investida, vota o Congresso brasileiro deliberação, encarregando o Governo de nomear nova comissão ou designar um só jurista, que a pusesse em concreto. Assim, recaiu a escolha feita, por Campos Sales, agora então Presidente da República, aconselhado pelo seu então ministro Epitácio Pessoa, no jovem jurista cearense e professor da Faculdade de Direito de Recife, Clóvis Bevilaqua, que aceita a tarefa, suscitando, porém, sua escolha acerba crítica, sob a alegação de que tal jovem jurista não ter o profundo conhecimento da língua, além de faltar-lhe o necessário amadurecimento de ideias para um encargo tão primoroso (PEREIRA, 2010, p. 69).

Sem dar muito ouvidos a tais críticas, porquanto infundadas, inicia seus trabalhos em janeiro de 1899, concluindo e entregando o Projeto em novembro do mesmo ano (em apenas oito meses de estudos!). Feitas as necessárias publicações, solicitada a colaboração de juristas e entidades especializadas, reúne-se, sob a presidência do ministro Epitácio Pessoa, a comissão incumbida de seu estudo.

Terminado o trabalho em cima do projeto, este é enviado ao plenário da Câmara, que, em 1902, conclui pela sua aprovação, enviando-o ao Senado, onde desde logo é recebido por uma comissão encarregada de estudá-lo. Rui Barbosa, seu relator na Câmara Alta, em apenas

três dias redigiu seu *parecer*, com a revisão de absolutamente todos os artigos do Código, e apresentação de emendas, precedidas de uma crítica de conjunto, que conclui por acentuar a necessidade de espelhar o Código a cultura nacional, para o que se requer vazado em linguagem escoreita, de forma a considera-lo a posteridade um monumento impecável (PEREIRA, 2010, p. 70).

Não obstante a maior celeridade que teve desde a elaboração da comissão e a conclusão dos trabalhos na Câmara, o Projeto de Código não teve no Senado o andamento que merecia. Apenas em 1º de janeiro de 1916, pela Lei nº 3.071, é finalmente o Projeto convertido em realidade após quase um século desde a sua previsão na Carta Imperial brasileira. Entrou em vigor o Código de 1916 após um ano da sua publicação (1º de janeiro de 1917), a exemplo do que fez o Código alemão, embora o código germânico tenha sido estendido em quatro anos o prazo de sua *vacatio*, já que este fora aprovado em 1896, mas só vigente em 1900.

De acordo com os relatos históricos de Caio Mário (2010, p. 70), o CC/16 foi recebido à época como a grande esperança, depois de três séculos de predominância romano-lusitana e de não conditas aspirações por um Código genuinamente brasileiro. Contudo, logo se pode observar que o Código, posto que novo no aspecto temporal, não absorvia a problemática de seu tempo, sendo velho no aspecto teleológico. Primeiramente, porque o jurista que o elaborou usou como base o próprio *Code de France* (Clóvis Bevilacqua era professor de Direito Comparado na Faculdade de Direito de Recife). Ademais, muito preso ao excessivo individualismo predominante no século XIX, não sabendo desvencilhar-se dele.

Outrossim, deixou o então Código Civil de 1916 de inserir conquistas já existentes, e outras que despontavam e proporcionavam a abertura para a inspiração solidária do Direito no século XX. Concluiu-se, portanto, que, embora como instrumento impecável do ponto de vista da técnica empregada, dentro das condições dogmáticas, percebeu-se que o Código já “nascera velho”, na medida em que a Codificação de 1916 baseou-se unicamente no liberalismo então vigente.

1.4 A necessidade de uma revisão do Código de 1916

Como se percebeu, o CC/16 nasceu influenciado pelo liberalismo econômico vigente na época da sua elaboração, possuindo cunho eminentemente individualista e patrimonialista. As transformações metajurídicas pelas quais passou a sociedade brasileira no século XIX e

XX, no entanto, exigiram uma revisão eficaz e a atualização do Código de 1916, que, na verdade, datava-se de 1899.

Ressalte-se, primeiramente, que o CC/16 não se conservou intacto durante a sua longa existência. Além das correções e emendas que já lhe tinham trazido a Lei nº 3.725, de 25 de janeiro de 1919, foi, ao longo do tempo, derogado em muitos pontos por numerosas leis especiais.

Contudo, apesar dos defeitos que o atingiram quando da sua elaboração, era o CC/16 um grande monumento jurídico e ofereceu contribuição a outros países, que codificaram seu direito depois do nosso, o que bem atesta, é verdade, o seu inegável valor dogmático para a época.

Pois bem, percebeu-se que, desde o início de sua vigência, o Código teve que enfrentar inúmeras leis extravagantes. E isso veio a acontecer ao longo do tempo. Não foram tão somente as mutações políticas por que passam as nações, e, principalmente, a brasileira, as responsáveis pela procura de novas soluções jurídicas (vide as várias constituições do período em que o CC/16 ficou em vigor). É bem verdade que estas também contribuíram, mas não se lhe pode atribuir todo o peso nessa conta. Contudo, o fator de maior relevância há de ser, inquestionavelmente, o desenvolvimento social e econômico, que, registre-se, não é problema exclusivamente nosso, porém de todo o mundo, e especialmente da civilização jurídica que integramos.

Além disso, o Código Civil de 1916 fora editado com a intenção de abarcar o máximo de institutos jurídicos possíveis, de modo a irradiar-se sobre todos os pontos que a lei civil necessariamente deve tratar. Vislumbrava-se, portanto, que o Código de 1916 era a “constituição” do direito privado, trazendo para si toda a fonte interpretativa e normativa das matérias eminentemente privadas.

Segundo Caio Mário (2010, p. 72), naquela ambiência, reconhecendo a necessidade de revisão do CC/16, mormente diante das profundas transformações sociais e econômicas, entendeu por bem o Governo brasileiro empreender as mudanças, disto encarregando três juristas civilistas, quais sejam, Orisombo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães. A comissão formada por estes juristas focalizou a necessidade de seguir as mais modernas tendências do pensamento jurídico global, mais especificamente em reduzir o excesso de individualismo então predominante na legislação, incompatíveis com a ordem jurídica dos novos tempos, e animada, sobretudo, do pensamento de unificar os preceitos disciplinadores dos negócios civis e mercantis.

Divulgado em 1941, o Anteprojeto, não obstante o seu evidente valor doutrinário, sofreu críticas de juristas e de instituições especializadas, principalmente em razão de atentar contra o critério orgânico do nosso direito codificado, que seria rompido com a aprovação isolada do Código obrigacional (PEREIRA, 2010, p. 72). Em 1963, outra comissão, agora formada pelos juristas Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Orisombo Notado, também foi encarregada dessa revisão, mas também sem sucesso.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 45), após duas outras falhas tentativas, já em 1967, foi nomeada comissão de juristas para a elaboração de um novo Código Civil, coordenada pelo professor Miguel Reale, e composta pelos reconhecidos civilistas José Carlos Moreira Alves (parte geral), Agostinho de Arruda Alvim (direito das obrigações), Sylvio Marcondes (direito de empresa), Ebert Vianna Chaumoun (direito das coisas), Clóvis de Couto e Silva (direito de família) e Torquato Castro (direito das sucessões).

Essa comissão elaborou o projeto que foi enviado à Câmara em 1975 (Projeto 634-B. de 1975). Lá permaneceu até que, em 1983, sustentado por um discurso do seu relator, o Deputado Paulo Sarasate, recebeu subitânea aprovação. Dessa forma, publicado, em redação final, foi enviado ao Senado Federal no ano seguinte, em 1984, sob o nº 118. Contudo, como de praxe, novamente permaneceu berço esplêndido durante um longo período de tempo. Somente em 1991, por iniciativa do Senador Cid Sabóia de Carvalho, o Projeto foi desarquivado e revisado, sem profundas alterações em seu texto, sob a relatoria do Senador Josaphat Marinho (PEREIRA, 2010, p. 73).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o projeto teve de ser novamente atualizado, vindo a receber inúmeras emendas, com o propósito de promover sua adaptação à nova ordem constitucional vigente no país, até porque o projeto já tramitava no Congresso há mais de vinte anos e, portanto, sob a égide de uma Constituição da época do regime militar.

Finalmente, em dezembro de 1997, o projeto retorna à Casa iniciadora, para que se procedesse ao exame das emendas feitas no Senado federal, que funcionou como casa revisora. Na Câmara dos Deputados, em 1998, ficou encarregado ao Deputado Ricardo Fiuza a relatoria geral da Comissão Especial, nomeada para proferir parecer sobre as emendas do Senado ao Projeto inicial. Assim, em 11 de janeiro de 2002, foi o Código Civil sancionado pela Presidência da República, Código este que se encontra em vigor atualmente no Brasil há mais de 13 anos.

1.5 O Código Civil de 2002

A Lei nº 10.406/02, publicada em 11 de janeiro de 2002 no Diário Oficial da União, instituiu o Novo Código Civil brasileiro, com *vacatio legis* de um ano após a sua publicação, conforme seu art. 2.044.

Segundo relator geral, Deputado Ricardo Fiuza, entre as inovações mais significativas do novo Código, no que toca à Parte Geral, estão as seguintes:

1. Disciplina dos direitos da personalidade em capítulo próprio: o novo código passa a dispor sobre os chamados direitos da personalidade, aí incluídos o direito à integridade do próprio corpo, direito ao nome, que não pode ser utilizado comercialmente por ninguém sem a autorização da pessoa, direito à privacidade etc. (arts. 11 e segs.). E diz mais, diz que a proteção a esses direitos também se aplica à pessoa jurídica (art. 52); 2. Atribui maior tecnicidade ao texto: o projeto procurou dar aos institutos que disciplina o tratamento mais técnico possível. Assim, passa a estabelecer distinções que o código anterior não fazia, a exemplo da diferença entre prescrição e decadência, ato jurídico e negócio jurídico, deixa de usar a expressão pessoa física, própria do direito tributário, para usar pessoa natural, etc. (FIUZA *apud* PEREIRA, 2010, p. 76).

Não obstante as “inovações” trazidas pelo novo Código Civil de 2002, críticas não puderam deixar de se dispensar, notadamente em razão da falta de debate, discussão, na comunidade jurídica quando da sua elaboração (até pelo fato de que o Código, malgrado promulgado em 2002, foi inteiramente elaborado durante o regime militar).

Ainda quanto à Parte Geral do Código Civil, manifestou-se expressamente Gustavo Tepedino:

Ressalte-se ainda que também do ponto de vista técnico o Código surge já obsoleto. Alguns exemplos: os direitos da personalidade foram regulados de maneira tímida e tipificadora, nos arts. 11 a 21, seguindo doutrina que teve os seus dias de glória nos anos 60, desconhecadora da cláusula geral de proteção da pessoa humana que viria ser corporificada na Lei Maior. Ainda na Parte Geral, o conceito de representação voluntária é identificado com o de mandato, repetindo a ultrapassada técnica do século XIX, reproduzida no Código de 1916. Em outro exemplo de herança equivocada, o art. 187 do novo Código cuida do abuso do direito no âmbito do ato ilícito, na contramão da doutrina atual. O art. 189 pretende corrigir velho problema do Código Civil de 1916, dispondo agora que a prescrição extingue a pretensão. O dispositivo seria inovador no começo do século XX: não nos dias de hoje, quando se sabe que a prescrição não necessariamente põe fim a uma pretensão (como no caso do credor que pode cobrar judicialmente a dívida prescrita e obter a sua pretensão, se o devedor não arguir a prescrição) (TEPEDINO, 2001a).

Além disso, conforme dizem Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2014, p. 45), as críticas dirigiram-se também a temas que ainda carecem de regramento jurídico, a exemplo da fertilização *in vitro* e da inseminação artificial, a importância do exame de DNA na determinação da filiação, as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo, as consequências da utilização da Internet, dentre outras várias situações atuais e necessárias de uma regulamentação legislativa.

Pareceu que o legislador pretendeu restabelecer a pureza técnica existente nas codificações que o antecederam, sem perceber, entretanto, o contexto histórico, político e cultural do momento presente (dinâmico, complexo, plural, aberto, multifacetado e globalizado). Nesse sentido, a tarefa do jurista é aproximar-se das ciências sociais (filosofia, economia, sociologia, antropologia, história etc.) para evitar a elaboração de um corpo de normas que, a despeito do rigor e da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade.

Não por outro motivo, Orlando Gomes (1983, p. 50) teve a oportunidade de asseverar sobre o Código Civil que “não se tolera a mistificação de uma recodificação que não renova, nem avança. Se reforma se consente, é para que pelo menos sirva como fermento de ‘novos critérios de disciplina, de novas lógicas e de novas categorias interpretativas’, jamais para recauchutar ‘tradições esterilizantes e opressivas, já superadas pela História’”.

Na realidade, conforme irreparável conclusão de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2014, p. 46), “no Código Civil de 2002 tudo o que é, de fato, novo ficou de fora, enquanto os pretensos avanços correspondem a soluções já acolhidas pela jurisprudência de há muito, especialmente após os avanços impostos pela Constituição de 1988”.

Consigne-se, por oportuno, que, embora o código, à semelhança do seu antecessor, já tenha “nascido velho”, percebe-se alguma inspiração do legislador quando da sua edição, de maneira diametralmente oposta àquela que inspirou o legislador de 1916, que tinha como viés filosófico a individualidade e o patrimonialismo. Nesse sentido:

O processo de recodificação não se compraz com o conceito oitocentista, que via no Código o centro de gravidade do direito privado, completo, total e globalizante... No cenário jurídico da pós-modernidade, hipercomplexo, caracterizado pela multiplicidade das fontes normativas, não haveria espaço para um código de pretensões globalizantes. Por isso é que a recodificação, tanto no Brasil, como em outros países, produziu novos códigos que, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, confessam a sua “incompletude”. Não mais códigos “globais”, embora pretendem ser códigos “centrais”, o que é bem diferente. (DELGADO, 2011, p. 493).

2 CAPÍTULO II – O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

2.1 Prolegômenos acerca do Direito Civil constitucional

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, embalado por estudos produzidos ao longo de várias décadas de vigência do seu antecessor, marcou-se a dogmática civilística brasileira com um giro de cento e oitenta graus nos institutos jurídicos classicamente regidos pelo sistema normativo.

Some-se a isso o fato de termos elaborado uma Constituição ainda durante o período de discussão acerca do Novo Código Civil, sendo necessário uma (re)modificação no projeto original, de forma a adequar alguns conceitos e institutos à nova dogmática constitucional.

Na verdade, a dificuldade que existia na época de vigência do CC/16 em se proceder a uma reforma generalizada na codificação acabou por desencadear um fenômeno inverso àquele feito pelo próprio Código Beviláqua, qual seja, a *descentralização* ou *descodificação do Direito Civil*, marcado, sobremaneira, pela proliferação, à velocidade da luz, de estatutos e leis especiais que disciplinariam não somente as novas exigências da sociedade que estava a surgir, mas também velhas figuras que se alteraram no decorrer dos anos, figuras estas que já eram tratadas pela legislação anterior (GAGLIANO & FILHO, 2011, p. 88).

A partir daí, ainda conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 89), a dinâmica social e, sobretudo, o fortalecimento do pensamento crítico de determinadas classes sociais fizeram com que houvesse uma instalação de uma “crise” em diversos pontos tratados pelo Código, a determinar a edição de verdadeiros microssistemas jurídicos, indispensáveis para a correção das distorções normativas causadas pela esclerose das normas então vigentes, e, bem assim, para realizar a modernização do nosso direito. Exemplos desses microssistemas legislativos são vários, dentre eles o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Alimentos, a Lei do Inquilinato etc.

Nesse sentido, ressaltando os matizes fundamentais da descentralização do Direito Civil, leciona Gustavo Tepedino:

Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do Direito Civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema,

caracterizado por um conjunto de leis tidas como centros de gravidade autônomos, e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microsistemas (TEPEDINO, 2000, p. 5).

Entretanto, a coexistência harmônica desse que Gustavo Tepedino denominou de “polissistema” – conjunto de normas jurídicas formada pelo Código Civil, pelos estatutos jurídicos e pelas leis especiais – encontra um ponto lógico-formal de apoio e aplicação hermenêutica nos princípios e normas superiores de Direito Civil que em 1988 foram devidamente consagradas na Constituição Federal.

Nesse sentido, Orlando Gomes, já em 1987, profetizava que:

Essa condensação dos valores essenciais do direito privado passou a ser cristalizada no direito público. Ocorreu nos últimos tempos o fenômeno da emigração desses princípios para o Direito Constitucional. A propriedade, a família, o contrato, ingressaram nas Constituições. É nas Constituições que se encontram hoje definidas as proposições diretoras dos mais importantes institutos do direito privado (GOMES, 1987, p. 76).

Dessa forma, como ensinam os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Se, por um lado, o movimento codificador do século XIX distanciava-se do Direito Constitucional – por imaginar, dentro de sua perspectiva exclusivista, que todo o direito privado estaria concretizado em um corpo monolítico, vocacionado à perenidade, e com traços de autossuficiência –, o processo descentralizador do Direito Civil, nascido em um período de maior consciência democrática, tem na Constituição o seu sistema principiológico superior, estruturador da harmonia do conjunto (GAGLIANO & FILHO, 2011, p. 91)

Portanto, não se pode mais entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais, quais sejam, a *propriedade*, o *contrato* e a *família*, sem, necessariamente, apoiar-se no suporte lógico-normativo do Direito Constitucional. Um se prende ao outro como corpo e alma. O Direito Civil, destarte, deve ser lido à luz da hermenêutica constitucional, seja qual instituto classicamente por ele adotado.

Isso se deve ao fato, primeiramente, da posição de supremacia ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico. Conforme observação trazida por Pietro Perlingieri (1999, p. 4-5), “a Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes, precedente, na ordem, [...] as leis ordinárias (e, portanto, os códigos, que são leis ordinárias, incluindo o Código Civil)”.

Nessa toada, precisas são as lições do professor Luís Roberto Barroso acerca da efetividade das normas constitucionais:

A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvessemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições. (BARROSO, 2002, p. 10).

Assim, na medida em que se detectou a erosão do Código Civil – esta em virtude do surgimento do denominado “polissistema” jurídico – percebeu-se uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. A Constituição da República, então, passa a apresentar uma nova tábua axiomática, a informar o ordenamento, com princípios e regras, as relações privadas, determinando, por conseguinte, as vigas de sustentação do sistema de direito privado, reunificando o sistema civilista.

Portanto, o direito civil constitucional nada mais é do que a sujeição de suas normas e institutos aos princípios e regras constitucionais. É a leitura do Direito Civil à luz da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e da igualdade substancial, princípios comezinhos da Constituição Federal de 1988, conforme leciona o professor Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 56).

Essa nova interpretação do Direito Civil, à luz da Constituição Federal, fez com que o Código Civil perdesse definitivamente o seu papel de “Constituição do direito privado”. Os textos constitucionais, paulatinamente, passaram a definir os princípios relacionados a temas que antes eram exclusivamente reservados ao texto do Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passaram a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes (TEPEDINO, 2001a, p. 7).

Trata-se, portanto, conforme concluem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014, p. 63) de uma alteração na estrutura intrínseca dos institutos e conceitos fundamentais de Direito Civil, reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição Federal.

2.2 O Código Civil e seus novos paradigmas

Ao tutelar diversos institutos nitidamente civilistas, como a família, a propriedade, o contrato, dentre outros, o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. “Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana” (GONÇALVES, 2012, p. 44).

A par da necessária observância aos princípios constitucionais para a sua regular e eficaz aplicação na esfera subjetiva dos cidadãos, o Código Civil de 2002 trouxe, embora não com o primor redacional da codificação que o precedeu, três paradigmas (ou valores) norteadores. Tais paradigmas fizeram com que o Código abandonasse a perspectiva patrimonialista até então vigente, de modo a proteger a pessoa humana no âmbito das relações privadas. São eles a *sociedade*, a *eticidade* e a *operabilidade*.

2.2.1 A diretriz da socialidade

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 94), “a *socialidade* surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais”. Por isso, os valores foram positivados no prestígio à *função social do contrato* (art. 421) e à *natureza social da propriedade* (art. 1.228 e seguintes).

Transportando a ideia para o direito, o termo *função* significa finalidade. Nesse sentido, o ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo – que é o poder de agir do indivíduo, concedido e tutelado pelo ordenamento, a fim de que possa satisfazer um interesse próprio, pretendendo de outra pessoa um determinado comportamento – para que satisfaça um interesse próprio, *contanto que essa satisfação individual não lese expectativas legítimas da coletividade que rodeia o titular desse direito*. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social, caso em que, não atendida a essa finalidade, a atividade individual carecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito inexoravelmente será rechaçado pelo ordenamento.

De acordo com as precisas lições de Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES *apud* CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 48), “ao direito de liberdade da pessoa será sopesado o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de

fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio que se torna passível de exigibilidade”.

Nessa ambiência, percebe-se que, no contexto atual, a Constituição Federal determina que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.

Portanto, conclui-se que para todo poder concedido a alguém há, a reboque, um dever. É a máxima do “poder-dever” ou “direito-função”. Há uma relação de complementaridade entre a estrutura do direito subjetivo e a sua função social. Com efeito, a função social não se trata de um limite externo e negativo ao direito subjetivo da pessoa. Ao revés. A função social reflete um limite interno e positivo: interno, porquanto ingressa na própria estrutura do direito subjetivo concedido a alguém, fornecendo-lhe dinamismo e finalidade; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo perante a coletividade.

Assim, concluem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

A socialidade, ou função (fim) social, consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade, com o propósito de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica. (CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 50).

Nesse sentido, conclui Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco:

O quadro que hoje se apresenta ao Direito Civil é o da reação ao excessivo individualismo característico da Era codificada oitocentista que tantos e tão fundos reflexos ainda os lega. Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidária –, instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República”. (MARTINS-COSTA & BRANCO, 2002, p. 144).

2.2.2 A diretriz da eticidade

O termo *ética* pode ser entendido como a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada. Cogita do ideal para o qual o homem dirige-se por natureza e, por conseguinte, da essência do próprio homem.

De início, observa-se que o Código Civil de 1916 abdicou de quaisquer questionamentos éticos, na medida em que fora totalmente influenciado pelo formalismo jurídico da Europa do século XIX. Nesse sentido, basta lembrar que o Código Napoleônico de 1804 – que serviu como espelho axiológico para o CC/16 – buscava reduzir o direito ao corpo do código, mediante um sistema jurídico totalmente hermético, que pretendia buscar para si a plenitude das relações civis entre os privados.

Isso muito se deu em virtude da problemática que poderia advir da subjetividade dos juízes, fruto de séculos de privilégios da nobreza. Contudo, por trás dessa ideologia ocultava-se a intenção da burguesia emergente na estabilização de regras seguras que não perturbassem o comércio jurídico e o desenvolvimento da atividade capitalista da época (CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 51).

Essa concepção formalista europeia que tanto influenciou nosso Código de 1916 teve como ápice a obra *Teoria Pura do Direito*, do austríaco Hans Kelsen. Com efeito, a pureza do método elaborada por Kelsen, em suma, consiste em restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador, isolando-o de influxos valorativos e éticos, que seriam estranhos a uma ciência. Aplica-se a lei sem quaisquer questionamentos acerca de eventual injustiça por ela praticada.

Não obstante, esse formalismo exacerbado e a neutralidade da norma diante dos valores éticos que o Código Civil de 1916 tentou implementar acabou por atentar contra a própria dignidade da pessoa humana. Vale dizer, em nome do Direito, injustiças e atrocidades foram cometidas pelo Estado – vide o que a História nos conta sobre os regimes fascistas e nazistas.

Nesse âmbito, notadamente após o término da 2ª Grande Guerra Mundial, houve na história o que podemos chamar de “virada de Copérnico” da evolução do Direito. Diante de inúmeras atrocidades praticadas contra a humanidade, perceberam os legisladores que as Constituições deveriam trazer em seu corpo valores da própria natureza humana como expressão da consciência universal de toda a humanidade. O valor justiça deveria determinar o conteúdo de qualquer ordenamento jurídico. O Direito vale e obriga não pela sua ligação com a forma em si, mas pela justiça que se extrai do seu conteúdo normativo (CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 52).

Sob a vigência do Código Civil de 2002, a eticidade inseriu-se através das *cláusulas gerais*, transformando o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato (CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 52).

Extrai-se das lições de Gustavo Tepedino o conceito de cláusulas gerais:

Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas. (TEPEDINO, 2002, p. 19).

Conclui-se, portanto, que as cláusulas gerais são normas intencionalmente editadas de forma aberta pelo legislador. Seu conteúdo é vago e impreciso, com multiplicidade semântica. Isso faz com que os valores que forem sendo sedimentados em uma determinada sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa vir a solucionar problemas inexistentes até então, evitando-se, com isso, o engessamento da legislação civil, na medida em que os juízes poderão aplicar a norma jurídica de acordo com a realidade social de sua época.

Nesse sentido, Miguel Reale (REALE *apud* CHAVES & ROSENVALD, 2014, p. 54) remedia à fundamentalidade da diretriz da eticidade para, mediante cláusulas gerais, “prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa”.

Portanto, conceitua-se a diretriz da eticidade como a “busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico” (GAGLIANO & FILHO, 2011, p. 94).

Na estrutura do Código Civil de 2002, o paradigma da eticidade pode ser facilmente vislumbrado em algumas passagens, todas elas por meio das cláusulas gerais, a exemplo da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422) e o abuso do direito (art. 187).

2.2.3 A diretriz da operabilidade ou concretude

A diretriz da operabilidade (ou concretude) leva em consideração que o direito é feito para ser efetivado. Não por outra razão que o CC/02 evitou o bizantino, o complicado, de modo a afastar as perplexidades e complexidades que vigoravam no *Codex* antecessor.

O Código Civil de 2002, antenado com os valores constitucionais que o permeiam, notadamente com a alocação do indivíduo como pessoa humana no cetro do ordenamento jurídico, pretendeu demonstrar que, de forma subjacente ao indivíduo abstrato dos códigos liberais, existe uma pessoa concreta, que deve ser examinada em suas múltiplas

peculiaridades, que a distinguem de qualquer outro ser da espécie. Trata-se da própria valorização da dignidade da pessoa humana, ao reconhecer a individualidade de cada ser.

Para tanto, o legislador não mais deve exercitar o preciosismo linguístico gramatical do Código de 1916. Isso fez com que as novas normas perdessem em estética, é bem verdade. Entretanto, ganham na sua efetividade, na medida em que adquirem o atributo cirúrgico da precisão. O Direito não existe para ficar na abstração, mas sim para ser executado, com praticidade.

Lado outro, a diretriz da concretude também atua em outro nível, o da *operabilidade*. De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 55), “propugna o direito por rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos”.

Exemplo da busca pela facilitação dos institutos, pode-se extrair da distinção operada pelo Código Reale entre a prescrição e a decadência, distinção essa de assaz complicação na legislação anterior.

3 CAPÍTULO III – A BOA-FÉ OBJETIVA, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O ABUSO DO DIREITO

3.1 Uma necessária conceituação

Na medida em que o Código Civil de 2002 trouxe novos paradigmas para o ordenamento jurídico brasileiro, na linha da eticidade e da socialidade, se faz necessário uma breve e sucinta conceituação acerca dos institutos da boa-fé objetiva e da função social do contrato, de forma a esclarecer melhor os institutos e para uma futura compreensão sistêmica do novo arcabouço jurídico que tais figuras trouxeram para o Direito brasileiro como um todo.

3.1.1 A boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva teve a sua gênese no direito romano. Com efeito, o sistema romano baseava-se em um sistema de ações, e não de direitos, sobremaneira no período clássico. De acordo com as lições de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA & BRANCO, 2002, p. 112), nos procedimentos perante o juiz, sentenciava-se com arrimo estritamente na boa-fé no campo dos negócios jurídicos, notadamente nas hipóteses em que não havia texto expresso de lei, de modo a conferir ao magistrado um especial mandato para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas postas a sua apreciação.

Após um longo período de tempo desde a sua previsão no direito romano, a boa-fé reaparece no Código Napoleônico de 1804, mais especificamente em seu art. 1.134¹, que aduz que “Les convetions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”, mas não emplacou estudos acerca da sua aplicação prática. Na verdade, a boa-fé ganha grande repercussão no Direito alemão após a edição do BGB, de 1900, notadamente com a distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva.

Não se pode confundir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. Boa-fé *subjetiva* é um *fato* da vida: é o fato de alguém acreditar que está agindo licitamente, ou seja, estar de boa-fé subjetiva é ter a crença de que seu comportamento é lícito. Esse fato muitas vezes é levado em

¹ Dispositivo encontrado diretamente do site da Assembleia Nacional francesa, de acordo com a redação original do Código Francês. Disponível em: < <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp> > Acesso em 20 de nov. de 2016.

conta pelo legislador, *v.g.*, quanto à posse, na medida em que o Código Civil de 2002 confere ao possuidor de boa-fé (subjéitiva) o direito aos frutos (art. 1.214, CC)².

Por outro lado, a boa-fé *objetiva* é uma *norma* (princípio) segundo a qual os comportamentos humanos devem estar pautados em um padrão ético de conduta. Não tem nada a ver com a crença do sujeito, pois impõe um comportamento ético, pouco importando se o sujeito está de boa-fé íntima. Trata-se da confiança adjetivada, uma crença efetiva no comportamento alheio.

Segundo nos ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 164-165), a boa-fé objetiva pressupõe: (a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; (b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bônus pater famílias*; (c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

Diante desses pressupostos e feita a devida diferenciação acerca da boa-fé objetiva da boa-fé subjéitiva, sobressai destacar o fato de que a boa-fé objetiva deve necessariamente ser examinada de forma *externa*, ou seja, a aferição da boa-fé objetiva em um determinado caso dirigir-se-á à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção, que, obviamente, é interna.

A justificativa da boa-fé objetiva reside no interesse coletivo de que as pessoas ajam ou pautem o seu agir na cooperação e na retidão recíprocas, de modo a garantir a necessária busca de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a solidariedade, de modo a reprovar eventuais condutas que se desvirtuem dos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura que a todos devem encampar.

Ainda de acordo com as lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

O direito privado possui dois alicerces: a autonomia privada e a confiança. Aquela apela à autodeterminação e ao poder dos sujeitos de regulação de interesses nos limites dados pelo ordenamento. Já a confiança recorre à responsabilidade individual, pois valoriza o reflexo de nossas condutas sobre terceiros, incitando a dimensão solidária do direito. A confiança converte o contrato em um espaço de cooperação e respeito pelo próximo, fortalecendo a segurança jurídica à medida que conduz cada contratante a se pautar por uma atuação refletiva, refletindo no *alter*, no parceiro contratual. (CHAVES & ROSENVALD, 2012, p. 167).

Ora, na medida em que a boa-fé objetiva garante a proteção à confiança, inexoravelmente estar-se-ia garantindo e preservando o princípio matriz da segurança jurídica,

² Art. 1.214. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.

afinal, a boa-fé objetiva estaria a preservar a coerência e estabilizando expectativas nos comportamentos sociais, evidenciando o elemento moral do contrato.

Portanto, a boa-fé objetiva deve ser um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos deve aproximar de um conceito ético de proceder de forma correta. Evitando-se subjetivismos inerentes ao ser humano, toda pessoa deverá ajustar a sua conduta negocial ao padrão objetivo, de modo que a conduta esperada pela outra parte deverá estar de acordo com os parâmetros sociais exigidos.

3.1.2 A função social do contrato

A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, ainda durante a elaboração do atual Código Civil brasileiro em vigor, surgiu o instituto, agora expresso no texto constitucional, da função social da propriedade.

Tal previsão expressa da função social influenciou o legislador infraconstitucional, de modo que houve recepção da dogmática constitucional acerca do tratamento da propriedade para o âmbito negocial, mais especificamente em relação ao contrato. Assim, de acordo com o art. 421 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Da mesma forma em que a doutrina passou a tratar o instituto da propriedade, atualmente as obrigações passaram a revelar uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Nesse contexto, para além da típica função de circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste, doravante, em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, bem como a própria dignidade da pessoa humana, todos esses valores concentrados como princípios ou objetivos da República Federativa do Brasil.

Assim, o epicentro do contrato se desloca do poder da vontade e do trânsito de titularidades (autonomia privada pura), para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e o *interesse social*, que lateralmente àquele se projeta (função social).

Nessa ambiência é que surge a figura da função social do contrato. O que o art. 421 do Código Civil de 2002 está a dizer não é a proibição de contratar, porquanto permanece em vigor a autonomia privada. Aliás, a autonomia privada é um dos reflexos da própria dignidade da pessoa humana. O que se pretende é que o ordenamento jurídico deve submeter a

composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores e objetivos estruturantes previstos na própria Constituição Federal.

Nesse sentido, precisas são as lições de Maria Celina Bodin de Moraes, ao advertir que:

O ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da “causalidade negocial”. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “não cumpre a sua função social”. (MORAES, 2006, p. 119).

3.2 A boa-fé objetiva como modelo

A boa-fé, conforme ressaltado, deve funcionar como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração entre as partes contratantes, devendo o princípio ser articulado de uma maneira coordenada às outras normas integrantes do ordenamento jurídico, a fim de lograr adequada concreção. Deflui-se, a partir de uma conclusão lógica, que a boa-fé determinará que o direito contratual deva ser controlado, e o exercício do poder atribuído às partes limitado, de modo a se atingir a harmonia na relação contratual, notadamente com a intenção de se evitar abusos.

Nesse diapasão, surge uma necessidade de sistematização da boa-fé. Essa sistematização dar-se-á com a sua divisão em três setores operativos aptos a expor a sua multifuncionalidade, a saber: (a) função interpretativa; (b) função integrativa; e (c) função de controle.

3.2.1 A função interpretativa

Em relação à função *interpretativa*, o Código Civil de 2002 prevê, em seu art. 113 (BRASIL, 2002), que “os negócios jurídicos deverão ser interpretados de acordo com a boa-fé”. Isso faz com que o juiz, ao analisar o caso concreto, aplique os critérios hermenêuticos mais consentâneos com as convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é posta, de modo a se evitar a interpretação literal das cláusulas contratuais.

Sabe-se que, muitas vezes, contratos são celebrados com o único propósito de beneficiar uma das partes da relação contratual, geralmente aquela que detém o poder econômico. Ademais, a maioria dos contratos celebrados no âmbito jurídico se dão na forma de *adesão*, o que retira do contratante, ora denominado aderente, a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais com a outra parte.

Portanto, a função interpretativa traz para o juiz essa possibilidade de, amealhando informações acerca do círculo social em que as partes contratantes se encontram, poder (re)interpretar o contrato, de modo a garantir a real intenção das partes quando da celebração da avença.

3.2.2 A função integrativa

Por outro lado, em relação à função *integrativa*, surgem os denominados *deveres de conduta* das partes contratantes.

Para uma melhor compreensão acerca do que seriam tais deveres de conduta, deve-se compreender que tais deveres resultam da constatação da relação jurídica como uma totalidade, na qual credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica que a doutrina lhes emprestava como antagonistas, assumirem, doravante, uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e ao bem comum, como finalidade que polariza todo *processo* da obrigação.

Tais deveres de conduta que são emprestados pela boa-fé ao negócio jurídico visam a resguardar, portanto, o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Com efeito, tais deveres devem incidir tanto em relação ao devedor quanto ao credor, sem distinção, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos os contratantes, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via da facilitação do adimplemento.

Conforme nos ensina a doutrina de Clóvis do Couto e Silva (COUTO E SILVA, 1976, p. 36), os deveres de conduta são exigências de uma atuação calcada na boa-fé e derivadas do sistema, e não de qualquer vontade das partes, na medida em que seu âmbito transcende o da mera contratualidade. Na mesma linha de inteligência, Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA & BRANCO, 2002, p. 199) adverte que a boa-fé produz deveres instrumentais e “avoluntaristas”, neologismo empregado pela civilista para indicar que os deveres de conduta não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de pontual explicitação

legiferante, de modo que a sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos as partes da relação obrigacional.

Vale registrar, por oportuno, que a questão acerca da função integrativa, com a incidência dos deveres de conduta das partes contratantes, reside precipuamente naquelas relações obrigacionais duradouras, e não naquelas relações instantâneas, onde o objeto da obrigação se confunde com a sua própria execução. Isso porque nas relações duradouras entre duas ou mais pessoas exige-se uma maior confiança recíproca entre os agentes, em especial a observância de diligências no cumprimento da atividade assumida pelas partes na relação obrigacional, com vistas ao adimplemento.

Portanto, naquelas relações obrigacionais de cunho duradouro, as partes dependem, mais do que em nenhum outro caso, da boa-fé no cumprimento do pactuado.

3.2.2.1 A cláusula geral do art. 422 do CC/02 e as funções dos deveres de conduta

De acordo com o que dispõe o art. 422 do Código Civil de 2002, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé” (BRASIL, 2002).

De início, em que pese a redação do dispositivo acima mencionado, que faz alusão tão somente à conclusão e à execução do contrato, vem se entendendo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal das obrigações, deveres esses oriundos da boa-fé objetiva, deverão também se aplicar às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa para logo após o término do contrato. Vale dizer, toda a negociação contratual deve estar protegida e respaldada pelos deveres de conduta, de modo que não há como cindir a relação negocial entre aquela pré-negociação e a pós-negociação como algo “desacoplável” do contrato.

Nesse sentido, leciona Nelson Nery Jr:

Estão contempladas no art. 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os estabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato e os ex-contratantes também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais). (NERY JÚNIOR & NERY, 2002, p. 433)

Adverte-se que os deveres laterais que se referem são por natureza “rebeldes” a qualquer enumeração ou descrição definitivas. O seu conteúdo é diversificado, podendo

descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não-concorrência, de custódia e vigilância, de lealdade etc. São, portanto, *numerus apertus*, e qualquer inovação legislativa que venha a fixá-los deverá ser formalizada por meio de exemplos. Por isso, louva-se a redação do art. 422 do Código Civil de 2002, já que, encerrada em uma cláusula geral, permite-se ao magistrado atuar de maneira mais criteriosa com a análise da situação concreta na sua apreciação.

Entretanto, mais importante do que a própria descrição da fisionomia do comportamento que normativizam, é o indagar da função que eles desempenham no âmbito da própria relação obrigacional.

Nesse âmbito, conquanto impossível a sua enumeração de forma taxativa, percebe-se a possibilidade de tripartição dos deveres de conduta entre *deveres de proteção*, *de esclarecimento* e *de lealdade*.

De acordo com Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2002, p. 198), os deveres de proteção foram sugeridos por Heinrich Stoll em 1932, como forma didática de contraposição aos demais deveres de conduta. Os deveres de proteção pretendem proteger a contraparte dos riscos de danos à sua pessoa e ao seu patrimônio, na constância da relação complexa.

Os deveres de proteção são amplamente aceitos pela doutrina e pela própria jurisprudência pátrias. Ademais, extraem-se os deveres de proteção como ínsitos do Código de Defesa do Consumidor.

Lado outro, os deveres de cooperação/lealdade impõem às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Assim, agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante, esbarrando, inclusive, na própria função social atribuída ao contrato.

A cooperação deve ser entendida como o próprio fundamento das relações obrigacionais. Ora, as partes, quando celebram um negócio jurídico, ao menos *a priori* visam ao seu natural caminho, qual seja, o adimplemento, de modo a favorecer ambos os participantes. Logo, não há razões para não agir de modo cooperativo quando se busca ao adimplemento obrigacional. São exemplos de cooperação entre as partes os deveres de não-concorrência, de não-celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face a elementos obtidos por via de pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vista a preservar o objetivo e a economia contratuais.

Não obstante, consigne-se que a cooperação que necessariamente deve existir entre as partes contratantes não se limita tão somente à atuação omissiva de uma ou de ambas as

partes. Na verdade, vai além disso, exigindo-se uma atuação proativa no sentido de cooperação mútuas, de modo que as partes facilitem, mutuamente, a entrega de documentos e a execução de serviços, por exemplo, que sejam relevantes para o adimplemento da obrigação principal.

Por fim, o dever de esclarecer, ou informar, é correlato à relação obrigacional desde a sua origem até o seu término, envolvendo as conversações preliminares e a fase pós-contratual.

O dever de informação, na verdade, se origina de uma necessidade básica: isso porque há sempre um déficit de informações por parte de um dos contratantes.

Normalmente quem oferta é quem tem o ônus de informar, porque é quem pode transmitir uma informação que já possui. Nesse contexto, de acordo com Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2002, p. 772), dever de informação “é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar ‘comum’ o que era sabido apenas por um”.

3.3 A boa-fé objetiva e o abuso do direito

O abuso do direito, malgrado possua resquícios que possam ser encontrados no direito romano, passou a ser efetivamente trabalhado a partir de um *leading case*, julgado em 1912 pela Corte de Amiens, na França, envolvendo o caso Clement Bayard. De acordo com esse precedente, o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam. A decisão acabou por considerar abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário (GOMES, 1997, p. 133).

A formulação do conceito acerca do que seria o abuso do direito passou por algumas teorias, mais especialmente entre as negativistas, que negavam a existência do abuso do direito, seja pela própria negação do conceito de direito subjetivo, seja por situá-lo fora do campo jurídico, definido apenas como conceito metafísico; como também por entender que os direitos subjetivos não admitem limitação que não seja imposta pelo ordenamento.

Entretanto, as críticas que doravante surgiram ao último pensamento, relativo à inexistência de limitações ao direito subjetivo que não aquelas impostas pelo próprio ordenamento, começaram a se expressar na máxima segundo a qual “o direito cessa onde

começa o abuso”, conduzindo, por conseguinte, as primeiras correntes afirmativistas no sentido da absorção do ato abusivo pelo ato ilícito.

Após alguns ensaios doutrinários a respeito da temática, os doutrinadores passaram a buscar a construção científica do abuso do direito no cerne do direito subjetivo, procurando identifica-lo como resultado de uma contradição com um dos elementos valorativos do próprio direito. Assim, como o ordenamento se constitui como um conjunto de regras sociais obrigatórias, o direito subjetivo, como parte da juridicidade do sistema, não poderia ter diferente natureza e finalidade, assumindo caráter social tanto na origem como na missão que se destina a desempenhar. O ato abusivo consistiria, pois, na atuação antissocial.

Conclui-se, dessa forma, que o ato abusivo é aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do próprio direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico em que se funda o direito subjetivo. O fim, seja ele social ou econômico, de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.

Com o advento do Código Civil de 2002, mais especificamente na sistemática referente aos atos ilícitos, o Código trouxe dois dispositivos básicos que se fundamentam em cláusulas gerais de antijuridicidade: o art. 186, que trata da responsabilidade civil por culpa, e o art. 187 (BRASIL, 2002), que enfoca o denominado *ilícito objetivo*, ao aduzir que “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. O abuso não mais aparece relacionado ao exercício irregular do direito, assumindo a função limitadora deste.

A nova redação trazida pelo Código Civil de 2002 acolhe e sintetiza as diferentes concepções do abuso do direito, impondo limites éticos ao exercício dos direitos subjetivos e de outras prerrogativas individuais (CARPENA, 2007, p. 415).

A partir de uma leitura do art. 187 do Código Civil de 2002, percebe-se que o critério do abuso do direito não reside no plano psicológico da culpabilidade do agente causador de um ilícito, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. A teoria é objetiva finalista. Dispensa-se a análise da culpa (em sentido amplo) do agente, de modo que para que haja o reconhecimento do abuso do direito, seria necessário averiguar a intenção de causar o dano por parte do agente; o dispositivo em questão dispensa o elemento subjetivo e contenta-se com a culpa social residente no comportamento excessivo (abusivo) do agente.

Pois bem, enxerga-se no sistema dos atos ilícitos que a regra do art. 186 do Código Civil de 2002 encontra-se consubstanciada numa violação à norma por qualquer pessoa que atente contra seus pressupostos lógico-formais. Por outro lado, o abuso do direito, previsto no art. 187 do Código Civil de 2002, o agente, ao menos em uma observação crua e distante, não desrespeita a estrutura normativa posta, isso porque, no seu entender, teria agido dentro dos parâmetros contidos no ordenamento. Todavia, a sua conduta ofende a valoração dada a essa norma. O agente que pratica o ato ilícito por abuso do direito age de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento, mesmo que a sua conduta possa eventualmente se enquadrar na norma autorizativa.

À primeira vista, há uma regra que permitiria o exercício do direito pelo seu titular (direito subjetivo), porém esta conduta conferida ao titular torna-se abusiva (e, conseqüentemente, ilícita) por ofender princípios ao causar um dano a um interesse não protegido.

Assim, conclui-se que o ilícito típico, previsto no art. 186 do CC/02, caracteriza-se por uma conduta contrária a uma regra; ao passo que o abuso do direito, previsto no art. 187 do CC/02, encaixar-se-ia como um comportamento contrário a princípios.

Nessa ambiência, o abuso do direito encontra-se relacionado com os direitos subjetivos conferidos às pessoas. Dentro desses direitos subjetivos, outrossim, encontram-se os direitos potestativos, que são os direitos de sujeição conferidos a alguém, como, por exemplo, o divórcio e a própria resolução contratual.

Com efeito, o direito subjetivo é um instrumento para a satisfação de necessidades pessoais dos indivíduos, por isso, o ordenamento jurídico os concede e reconhece. Entretanto, a depender de certas circunstâncias, o exercício desses direitos, malgrado reconhecidos pelo sistema, e, por consequência, lícitos *a priori*, podem, por outro lado, mostrar-se abusivos, o que os tornaria ilícitos por terem sido exercidos abusivamente.

O problema do abuso do direito reside justamente em saber se o exercício de um direito teria obedecido aos limites do poder de autodeterminação, porquanto a autonomia privada existe para se perseguirem interesses e não para a negação de direitos alheios. O que se pretende dizer é que, no abuso, falta a devida correspondência entre o interesse abstrato que a vantagem representa e o interesse concreto que o titular do direito persegue.

Concluem Cristiano Chaves e Nelson Rosendal:

Sendo a ilicitude objetiva, apenas avulta a valoração do comportamento em face do preceito jurídico, e não a censura ao agente que a perpetróu.

Todavia, só se poderá cogitar do abuso de direito quando é suprimido o motivo legítimo do ato. Há um descompasso entre o objetivo perseguido pelo agente e aquele para o qual o ordenamento direcionou o exercício do direito. A violação ao espírito do ordenamento é posta em seus fundamentos axiológicos – boa-fé, bons costumes e finalidade econômica ou social do direito subjetivo. (CHAVES & ROSENVALD, 2012, p. 185).

4 CAPÍTULO IV – O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E O DIREITO POTESTATIVO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL

4.1 Origem histórica e noções conceituais

A doutrina acerca do adimplemento substancial, também conhecida como *substancial performance*, foi em grande medida construída a partir da doutrina inglesa do século XVIII, sendo aos poucos recepcionada pela doutrina brasileira e, conseqüentemente, pela própria jurisprudência.

Como cediço, as obrigações cumprem o seu regular ciclo vital em três momentos sucessivos e distintos, quais sejam, a gênese da relação, as suas transformações ou vicissitudes e, finalmente, a sua extinção ou desaparecimento.

A extinção da obrigação, ordinariamente, dar-se-á pelo adimplemento. Trata-se da normal busca de ambas as partes em uma relação obrigacional, pois é a finalidade que polariza toda a atuação das partes e da sociedade, de tal modo que justifica, consigne-se, a imposição de deveres de conduta que conduzam a obrigação a este desfecho.

Embora não se negue a possibilidade de extinção da obrigação por outros meios, como, por exemplo, a execução forçada, seja em forma específica, seja pela conversão da prestação devida em perdas e danos, bem como pelos demais modos de extinção regulados no Código, como a novação, a compensação, a confusão e a remissão, conforme citar Gustavo Tepedino (TEPEDINO *et al.*, 2004, p. 591) o adimplemento ainda é a busca final de todos os envolvidos no negócio jurídico obrigacional.

Nessa ambiência, podemos conceituar o adimplemento como a realização voluntária da prestação obrigacional.

Entretanto, podem surgir situações várias que impedem a execução ordinária da obrigação. Tais situações, de variadas formas e possibilidades, ensejam aquilo o que se denomina de inadimplemento, que é a inexecução, total ou parcial, da obrigação em relação aos interesses do credor. A divisão do inadimplemento em parcial e total leva em conta o grau de inexecução ou da possibilidade de cumprimento de um determinado negócio jurídico.

Assim, o inadimplemento parcial, também denominado mora, embora descumprida a avença intempestivamente, ainda é interessante ao credor a possibilidade de cumprimento da obrigação por parte do devedor, assumindo este os encargos naturais do descumprimento irregular da obrigação. Por outro lado, o inadimplemento total, ou também conhecido como

inadimplemento absoluto, reside na impossibilidade fática ou jurídica quanto ao cumprimento da obrigação, não restando outra alternativa ao credor senão a execução em pecúnia do pactuado.

E é nesse meio termo, onde reside a mora (inadimplemento relativo) e o descumprimento total (inadimplemento absoluto) é que surge a figura do adimplemento substancial como de suma importância.

A doutrina inglesa, precursora acerca do instituto do adimplemento substancial, foi ao longo do tempo evoluindo conceitualmente no que tange ao inadimplemento relativo, de modo que passou a aplicar um conceito mais amplo acerca da quebra contratual quando se leva em consideração as expectativas do credor para caracterizar o inadimplemento definitivo, não mais preocupando-se com a natureza do dever violado, mas com a gravidade objetiva do prejuízo causado ao credor pelo incumprimento. Assim, o conceito do que é o adimplemento substancial é composto por três parâmetros: insignificância do inadimplemento, satisfação do interesse do credor e diligência por parte do devedor (BECKER, 1993, p. 63-64).

O adimplemento substancial consiste em um resultado tão próximo do almejado, que sequer chegar a abalar a reciprocidade da obrigação, ou sinalagma das prestações. Dessa forma, a avaliação acerca da insignificância dos defeitos ou omissão eventualmente surgidas no contrato deve ter por referência o contrato como um todo, e não as suas partes isoladamente consideradas.

Por outro lado, deve-se ter em mente a satisfação do interesse do credor quando do cumprimento (mesmo que imperfeito) da avença entabulada. Ou seja, onde a parte recebeu substancialmente o benefício que esperava, embora as condições do contrato tenham sido descumpridas em particulares insignificantes, que não lhe tiram o benefício que iria obter com o cumprimento literal, ela passa a ser obrigada a pagar o preço sob a incidência da doutrina do adimplemento substancial.

Por fim, o terceiro parâmetro é a diligência por parte do devedor. Equivale a dizer: as obrigações devem ser cumpridas de acordo com a boa-fé. Isto, entre outros, importa em dever de diligência para o devedor (dever anexo à boa-fé objetiva). Tal dever impõe-lhe o adequado esforço volitivo e técnico para realizar o interesse do credor e não lesar direitos alheios.

Pois bem, a doutrina da substancial performance foi elaborada na Inglaterra, no século XVIII, com o chamado caso *Boone v. Eyre*, de 1.779 (BECKER, 1993, p. 61), o qual teve 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.

Lord Mansfield, que julgou o caso *Boone vs Eyre*, distinguia, em um contrato, obrigações dependentes (*conditions*) e obrigações independentes. As obrigações dependentes, ou *conditions*, tinham o sentido de "interdependentes", significando que estavam indissolúvelmente ligadas a todas as obrigações correlativas do co-contratante (sentido clássico da *consideration*). Já as obrigações chamadas independentes escapariam à reciprocidade contratual, de vez que acessórias, secundárias. Sua inexecução restaria sem efeito sobre o direito de exigir as prestações prometidas pela outra parte e, por conseguinte, não lhes poderia ser oposta exceção de não cumprimento, eximindo-se a parte de pagar-lhe o preço.

O precedente do direito inglês envolvendo o caso *Boone vs Eyre* é bem elucidativo:

O demandante, Boone, obrigara-se a transferir ao demandado, Eyre, a propriedade de uma plantação nas Antilhas, com os escravos que ali viviam. Garantia ao adquirente seu domínio e posse pacíficos. Em contrapartida (*consideration*), Eyre obrigara-se a pagar-lhe 500 libras e uma renda anual de 160 libras. Em juízo, Boone cobrava-lhe o pagamento de 400 libras de renda atrasada e Eyre alegava que Boone não havia executado a obrigação de garantir-lhe o domínio sobre os bens alienados, pois a plantação lhe pertencia por hora da conclusão do contrato, mas não mais os escravos. Lord Mansfield entendeu que esta inexecução não dispensava o comprador da obrigação de pagar o preço e a ação foi julgada procedente. Conforme Lord Mansfield, tal não configurava uma obrigação dependente (*condition*), mas uma obrigação secundária, cuja inexecução se resolveria em perdas e danos e não levaria à ruptura do contrato: "A distinção é muito clara; se as estipulações recíprocas concernem à totalidade da *consideration* de parte a parte, são *conditions* mútuas e cada qual tem o efeito de suspender a outra. Ao contrário, se concernem somente a uma parte da *consideration*, a inexecução pode ser reparada por perdas e danos. (BECKER, 1993, p.61-62).

Nessa ambiência, começou-se a cogitar, então, da gravidade do incumprimento para efeitos de outorga da resolução contratual, como forma de proteger a outra parte. E a noção de *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 em substância a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição se analisada exclusivamente do ponto de vista do credor.

Portanto, conceitua-se o adimplemento substancial como um resultado tão próximo do almejado que não chega a abalar a reciprocidade da relação jurídica obrigacional (o sinalagma existente nas prestações). Por conta disso, mantém-se a existência do contrato, concedendo-se

ao credor, por outro lado, o direito a ser ressarcido pelos eventuais defeitos na prestação, porquanto o prejuízo, ainda que secundário e de pequena monta, deve ser reparado, até como forma de evitar o enriquecimento ilícito da outra parte.

Assim, o adimplemento substancial constitui um adimplemento tão próximo ao resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização e/ou adimplemento, de vez que aquela primeira pretensão, qual seja, a de resolução contratual, ferir-se-ia o princípio da boa-fé objetiva. Não estaria o credor, portanto, a defender qualquer interesse legítimo ao pedir a resolução em virtude do inadimplemento de detalhes secundários da obrigação, que, ao final, não interferiria no proveito que poderia tirar da prestação efetivamente oferecida.

4.2 O adimplemento substancial e o direito brasileiro

Trazendo para a realidade brasileira, é possível chegar-se à aplicação da doutrina do adimplemento substancial em nosso sistema jurídico a partir da conjugação de alguns dispositivos do Código Civil de 2002, entre eles aqueles alinhavados com a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A despeito, portanto, da ausência de previsão legal expressa – diferentemente de outros países, que adotaram expressamente o instituto, como ocorrem no Código Civil italiano (art. 1.455³), alemão (§ 320, II⁴) e português (art. 802 n° 2⁵), – a conclusão acerca da aplicação da doutrina do adimplemento substancial com base na conjugação da boa-fé objetiva e da função social do contrato foi, inclusive, respaldada pela IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição do Enunciado n° 361⁶, o qual prevê que “*O adimplemento substancial decorre dos*

³ Art. 1455. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra. Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm> Acesso em 26 de nov. de 2016.

⁴ § 320, (II). Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_320.html> Acesso em 26 de nov. de 2016.

⁵ Art. 802 n° 2. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância. Disponível em <

⁶ Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>> Acesso em 26 de nov. de 2016.

princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Registre-se, por oportuno, que o art. 475 do Código Civil trata do inadimplemento voluntário ou culposo do contrato, preceituando que a parte lesada pelo descumprimento pode exigir o cumprimento forçado da avença ou a sua resolução por perdas e danos.

Nessa ambiência, considerando que a doutrina do adimplemento substancial deve ser aplicada de forma a concretizar uma das facetas oriundas da boa-fé objetiva, deve-se ter em mente que a sua aplicação, portanto, decorrerá da aplicação da própria boa-fé objetiva.

Baseado em tal princípio normativo, previsto no art. 422 do Código Civil brasileiro, o juiz deve elaborar a norma aplicável ao caso concreto e as suas consequências jurídicas que da sua aplicação advir-se-ão, em um processo de concreção da norma. Portanto, porque a boa-fé funciona como uma “janela” do sistema jurídico – notadamente diante de sua previsão como cláusula geral no ordenamento – permite-se o conhecimento de elementos externos na aplicação da norma jurídica ainda que não positivados na lei – atividade de concreção por parte do juiz – de modo a sobressaltar o princípio normativo.

4.3 O adimplemento substancial e a boa-fé objetiva – o limite à resolução contratual

A resolução contratual nada mais é do que a consequência de fato superveniente à celebração do contrato, com efeito extintivo sobre a relação bilateral travada entre as partes. Possui como fundamento a necessidade de manutenção do equilíbrio das partes no contexto contratual. Portanto, sendo rompido, de qualquer forma, o justo equilíbrio que deve existir nas relações contratuais pelo inadimplemento absoluto, caberá ao credor adimplente – e, excepcionalmente, ao próprio devedor – requerer judicialmente o desfazimento da obrigação, prestigiando-se, com isso, a justiça comutativa que deve existir nas relações obrigacionais.

Entretanto, estando presente o adimplemento substancial, aquele entendido como o adimplemento tão próximo do resultado final, não há outra alternativa senão aquela que exclui o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização (COUTO E SILVA, 1997, p. 45).

Há de se registrar que a aplicação da doutrina do adimplemento substancial pressupõe a prévia compreensão da relação obrigacional como uma ordem de cooperação entre as partes (obrigação como processo), e não mais como uma rígida polarização entre credor e devedor, tidos, pela doutrina liberal clássica oitocentista, como antagonistas no jogo social.

Dessa forma, o adimplemento substancial relativiza (limita) o poder (potestativo) de resolução contratual conferido ao credor, poder este típico dos ordenamentos inspirados nos princípios da liberdade e da autonomia privada pura (*pacta sunt servanda*), isso por uma questão de justiça substancial e de equidade que devem pairar nas relações contratuais. O princípio da boa-fé objetiva atua, nesses casos, de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (e, portanto, carecedor de boa-fé), como causa de limitação do exercício de um poder jurídico, no caso, do direito à resolução, do qual é ordinariamente titular aquele que, sendo credor, possui uma relação obrigacional inadimplida.

O que se pretende dizer é que, se a obrigação foi substancialmente cumprida, o pedido de resolução do contrato não trará qualquer benefício legítimo ao credor, apenas prejuízos para o devedor que, tendo praticamente satisfeito a totalidade da obrigação, verá tudo retornar ao *status quo ante*.

Isso fere, portanto, dois princípios mais caros ao direito contratual, quais sejam, a função social do contrato e a boa-fé objetiva. A função social do contrato resta ferida na medida em que, deferindo-se ao credor a possibilidade de resolver o contrato, estar-se-ia extinguindo uma relação contratual (substancialmente) inadimplida, e, portanto, sem qualquer fundamento jurídico para tanto. A boa-fé, por outro lado, restará ultrajada, porquanto, nessa hipótese, o exercício do direito de resolução contratual mostrar-se-á inteiramente abusivo, e, portanto, ilícito. Em si mesmo, o direito é válido. Torna-se abusivo, e ilícito, contudo, quando exercido de forma que ofende o sentimento de justiça dominante na comunidade social.

Quando o art. 187 do Código Civil de 2002 se refere à palavra “direito”, tal dispositivo abrange não apenas os direitos subjetivos como também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo-se aí, portanto, os direitos potestativos.

Ademais, o advérbio “manifestamente” constante do dispositivo acima mencionado define a partir de que limites o ato abusivo será passível de sancionamento pelo sistema jurídico.

Portanto, impede-se o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor em face do mínimo descumprimento da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas.

O abuso do direito à resolução contratual ocorre quando este exercício excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé objetiva, pelos bons costumes ou fim social ou econômico deste direito (art. 187 do Código Civil). Trata-se do problema da

funcionalização dos direitos em contraposição ao já superado dogma do absolutismo dos direitos, o qual permite seu exercício sem cogitar de sua vinculação social. Hoje, a ênfase encontra-se nesta nota.

Isso porque o direito de resolução contratual ante o inadimplemento é medida protetiva quase que exclusivamente conferida ao credor. Visa tão somente evitar a possibilidade de que ele, o credor, venha a sofrer, além dos prejuízos do inadimplemento, ainda a iniquidade de ver a sua prestação, porventura já executada, restar no patrimônio do inadimplente. Seu objetivo é, portanto, resguardar a reciprocidade.

Conforme ensina Araken de Assis (2004, p. 117), o juiz deverá apreciar a existência do inadimplemento na relação obrigacional e deverá analisar a sua gravidade, sendo natural que em alguns casos repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato. Em tais situações de lesão ao princípio da boa-fé objetiva, conclui, é possível se atender ao pedido subsidiário de cumprimento, evitando o sacrifício excessivo do devedor em face do pequeno vulto do débito.

Dessa forma, o excesso na resolução contratual encontra-se perfeitamente visível quando presente o adimplemento substancial, devendo o magistrado, ao analisar o caso concreto, verificando que a obrigação foi substancialmente adimplida, rechaçar o pedido do credor em extinguir o contrato, eis que tal pedido será, invariavelmente, abusivo, e, conseqüentemente, ilícito, na forma do art. 187 do Código Civil de 2002, de modo que o pedido padecerá de juridicidade no sistema ante a ilicitude (impossibilidade jurídica do pedido – causa de rejeição liminar do pedido), mantendo-se, portanto, o contrato em vigor.

4.4 A aplicação da doutrina do adimplemento substancial pela jurisprudência brasileira

As primeiras manifestações acerca da doutrina do adimplemento substancial ocorreram no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Isso se deve ao fato de que tal doutrina foi introduzida no país pelo jurista Clóvis do Couto e Silva nas suas aulas de Direito Comparado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Um de seus alunos, o jurista Ruy Rosado de Aguiar Júnior, era, à época, desembargador do Tribunal Gaúcho, de modo que, ao ser indicado e nomeado ministro do Superior Tribunal de Justiça, trouxe para este Superior Tribunal a jurisprudência então aplicada quando do Tribunal local.

A primeira manifestação acerca da doutrina do adimplemento substancial no âmbito dos Tribunais se deu no julgamento da Apelação Cível nº 588016147⁷, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatada pelo Desembargador Ruy Rosado em 03 de abril de 1988, onde ficou estabelecido, à unanimidade, que em contrato de compra e venda de imóvel com defeitos na construção, não sendo tais defeitos suficientes para caracterizar o inadimplemento do vendedor/construtor, o contrato foi considerado mal cumprido. Entretanto, em que pese o inadimplemento (mínimo), o apartamento, objeto do contrato, não apresentou vícios quanto à sua solidez e estabilidade, apenas condições deficientes para habitação, que poderiam ser sanadas supervenientemente.

Assim, concluíram os julgadores, acompanhando o voto do Relator Desembargador Ruy Rosado pela manutenção do contrato e condenando o vendedor/construtor ao pagamento de indenização suficiente para cobrir integralmente as despesas para a reforma do imóvel, de forma a assegurar sua perfeita habitabilidade, com a sanção dos vícios que porventura ali existiam.

Alguns meses após a manifestação do primeiro julgado acerca do tema, no mesmo Tribunal Gaúcho, no julgamento da Apelação Cível nº 588012666⁸ com o mesmo Relator, novamente à unanimidade, em 12 de abril de 1988, julgou-se improcedente ação de resolução contratual porque o devedor havia cumprido substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso da última parcela causa fundante da resolução do negócio.

Por fim, na Apelação Cível nº 589016534⁹, ainda na relatoria do Desembargador Ruy Rosado, também por unanimidade, em 02 de maior de 1989, julgou-se improcedente ação de

⁷ CONTRATO. COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO. DESFEITOS NA CONSTRUÇÃO. Se os defeitos apresentados pelo imóvel não o tornam inabitáveis e podem ser reparados, não se decreta a resolução do contrato (art. 1092, parágrafo único do C.C.), mas defere-se ao comprador indenização que garante a sanção dos vícios de construção (art. 1056 do C.C.). Apelo provido em parte. (Apelação Cível nº 588016147, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 03/04/1988). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=588016147&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris> Acesso em 26 de nov. de 2016.

⁸ CONTRATO. RESOLUCAO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a ultima, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolucao. ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória. APELO PROVIDO EM PARTE, APENAS RELATIVAMENTE AOS HONORARIOS. (Apelação Cível nº 588012666, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 12/04/1988). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=588012666&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris> Acesso em 26 de nov. de 2016.

⁹ CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. A construtora que demora na entrega do apartamento, criando com isso séria dificuldade para o comprador, não pode pretender a resolução do negócio, em prejuízo do comprador, apenas porque este não quis suportar sozinho os ônus da demora. 2. Improcedência também da ação consignatória proposta pelo comprador, que depositou quantias insuficientes. Porém, tendo ele cumprido substancialmente sua obrigação, o contrato deve ser mantido. (Apelação Cível nº 589016534, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

resolução de contrato proposta pela construtora/vendedora. Nesta demanda, também envolvendo relação de compra e venda de bem imóvel, havia mora da construtora em entregá-lo e pagamento parcial do preço pelo comprador. Decidido foi que não se poderia resolver o contrato em benefício exclusivo da construtora (que, por sua atitude, fez com que o comprador adimplisse apenas parcialmente a obrigação, embora desejasse fazê-lo de todo), pois esta retomaria a posse e propriedade do imóvel já valorizado, enquanto seu cocontratante receberia de volta valores desatualizados – em nítido prejuízo injusto, uma vez considerado que havia cumprido substancialmente o que lhe competia na execução do contrato: quase a totalidade do preço ajustado.

Em âmbito nacional, o *leading case* no Brasil acerca da doutrina do adimplemento substancial se deu no Recurso Especial de nº 76.362/MT, julgado em 11 de dezembro de 1995, pelo então ministro relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. O caso se resumiu no seguinte: dois segurados teriam promovido ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo. Entretanto, os segurados deixaram de pagar a *última* parcela exatamente na data do sinistro, fato este que foi confessado pelos segurados já na inicial. De acordo com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, os segurados tinham a “obrigação primordial” de pagar o prêmio do contrato de seguro. Sem isso, nada poderia exigir da seguradora na hipótese de se acharem em estado de inadimplência.

Inconformados com a decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, os segurados recorreram ao Superior Tribunal de Justiça. Já neste Superior Tribunal, com base nas lições de Clóvis do Couto e Silva, o relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior acabou por dar provimento ao recurso especial, utilizando-se da doutrina do adimplemento substancial.

De acordo com o ministro relator, a companhia seguradora não poderia ter resolvido o contrato de seguro por falta de pagamento da última parcela apenas do prêmio, e isso por três razões. A primeira segundo a qual a seguradora, ora ré, teria sempre recebido as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeitasse a prestação quando ocorresse o sinistro. A segunda razão reside justamente na questão do adimplemento substancial: os segurados cumpriram substancialmente com suas obrigações, não sendo a sua falta suficientemente hábil a ensejar a extinção do contrato de seguro. Por

fim, a terceira razão seria no sentido de que a resolução do contrato deveria ter sido requerida em juízo, quando então poderia ser possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do contrato¹⁰.

Em outro julgado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 469.577/SC¹¹, entendeu que não existe violação da lei quando o juiz, deparando-se com o adimplemento substancial de uma obrigação, indefere a liminar pretendida em ação de busca e apreensão oriunda de contrato de alienação fiduciária, considerando, para tanto, o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.

Por fim, e mais recentemente, conforme se depreende do REsp 1.200.105/AM, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na mesma linha da raciocínio já empregada no REsp nº 76.362/MT, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a teoria do adimplemento substancial ao contrato de *leasing* celebrado entre duas empresas, uma instituição financeira e uma empresa transportadora de mercadorias. O contrato dizia respeito à aquisição de 135 carretas, para a atividade de transporte da empresa contratante. Como teria havido o adimplemento de 30 das 36 parcelas previstas originariamente no contrato, o que corresponderia exatos 83% do total das prestações, o Superior Tribunal de Justiça afastou a alegação de inadimplemento do contrato, indeferindo o pedido de reintegração de posse das carretas objeto do contrato de *leasing*¹².

¹⁰ SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ULTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da ultima prestação do premio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, alias, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negocio. Recurso conhecido e provido. (REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917). Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=76362&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em 26 de nov. de 2016.

¹¹ ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO LIMINAR. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido. (REsp 469.577/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 05/05/2003, p. 310). Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=469577&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em 26 de nov. de 2016.

¹² RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de "leasing", após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas. Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda. Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado. Antes da publicação do acórdão dos embargos declaratórios, com a determinação de imediata reintegração de posse, a parte demandada extraiu cópia integral do processo e impetrou mandado de segurança. Determinação de renovação da publicação do acórdão dos embargos declaratórios para correção do resultado do julgamento. Após a nova publicação do acórdão, interposição de embargos infringentes, com fundamento no voto vencido dos embargos declaratórios. Inocorrência de

4.5 Parâmetros para aplicação da doutrina do adimplemento substancial e seus efeitos

Doutrina e jurisprudência italianas têm consignado que análise acerca da aplicação da doutrina do adimplemento substancial passa por dois filtros. O primeiro desses filtros, de ordem objetiva, significa uma análise da medida econômica acerca do descumprimento, dentro da relação jurídica existente entre os envolvidos. O segundo desses filtros, agora de cunho subjetivo, deve ter em mente os comportamentos das partes no processo contratual, ou seja, se ambas as partes observaram os deveres de conduta anexos à boa-fé objetiva (TARTUCE, 2015).

Tais parâmetros podem ser perfeitamente utilizados nos casos brasileiros, porquanto não encontram quaisquer vedações, bem como sinalizam para uma uniformização acerca da aplicação do instituto.

Outrossim, quanto à aplicação do instituto do adimplemento substancial, em virtude da sua função limitadora ao direito potestativo à resolução contratual, surgem algumas indagações acerca dos seus efeitos práticos. Nesse aspecto, surgem três efeitos imediatos acerca da aplicação da doutrina do adimplemento substancial.

O primeiro dos efeitos se refere à própria e inexorável manutenção do contrato que pretendia se extinguir. Quando se está diante de um inadimplemento, percebe-se, igualmente, que se está diante de um desequilíbrio na relação contratual.

O inadimplemento ou o adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso se lhes concede o direito de resolução como medida preventiva, na medida em que pretendem retornar ao *status quo ante* da relação negocial.

Entrentes, para que haja esse efetivo desequilíbrio, é necessário que o inadimplemento seja significativo a ponto de privar substancialmente o credor da prestação a que teria direito caso a obrigação fosse ordinariamente cumprida, o que não ocorre quando se está presente o adimplemento substancial. Aqui, a obrigação foi substancialmente adimplida,

violação do princípio da unirecorribilidade, em face da utilização do mandado de segurança com natureza cautelar para agregação de efeito suspensivo a recurso ainda não interposto por falta de publicação do acórdão. Tempestividade dos embargos infringentes, pois interpostos após a nova publicação do acórdão recorrido. Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1200105/AM, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012). Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201001113350.REG.> > Acesso em 26 de nov. de 2016.

de modo que o credor não foi prejudicado no equilíbrio das prestações obrigacionais, resultando na limitação do seu poder de extinguir a relação contratual sob esse pretexto.

O segundo e o terceiro efeitos quando se está presente o adimplemento substancial é a possibilidade de o credor postular perdas e danos e o pedido de adimplemento restante. Trata-se, a toda evidência, de um consectário lógico do sistema que veda o enriquecimento sem causa. Ora, contrato substancialmente adimplido não significa contrato *inteiramente adimplido*; vale dizer, ainda restam prestações a serem honradas pelo devedor. Tais prestações, em que pese não serem fortes suficientes a ensejar a resolução do contrato, não retiram do credor a possibilidade de sua cobrança na forma de perdas e danos, o que é mais consentâneo com a função social do contrato: mantêm-se a relação contratual, sem expurgar do mundo jurídico o poder do credor de reaver a sua parte na relação obrigacional.

Com efeito, esse ressarcimento pode-se dar através da compensação, desde que preenchido os seus pressupostos, como a dívida e o crédito serem da mesma natureza, bem como através do pagamento da quantia suficiente para a reequiparação do valor devido.

Consigne-se, por oportuno, que em ambos os casos, o credor não está adstrito à diferença entre o preço estipulado no contrato e o valor real da prestação defeituosa, podendo abranger, por consequência, todas as perdas e danos suplementares em vista das despesas realizadas na sua recuperação, tais como encargos relativos à mora e aos honorários de advogado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de contratar é exercida com base na autonomia privada dos indivíduos. Trata-se de corolário da própria dignidade da pessoa humana, que concede às pessoas a liberdade necessária para travar os negócios jurídicos de que bem entenderem.

Essa liberdade de contratar, todavia, não é absoluta. O seu principal limite é a própria dignidade da pessoa humana, que ao mesmo tempo serve de parâmetro para a autonomia privada. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana exerce esse duplo papel, tanto positivo quanto negativo, na liberdade contratual.

Por conseguinte, a liberdade de contratar também deve ser exercida sob os enfoques da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Nessa ambiência, o contrato deve respeitar a função social, como limite interno à própria liberdade contratual. Ademais, a boa-fé objetiva deverá nortear os contratantes para a busca do adimplemento da avença, com seus deveres anexos de conduta, que deverão estar presentes desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, vinculando os contratantes em todas as relações obrigacionais.

Dessa forma, cumprida a obrigação, o contrato ordinariamente deverá ser extinto, posto que satisfeitas as exigências tanto do credor quanto do devedor. Não obstante, situações outras podem ensejar o inadimplemento da obrigação, o que faz surgir para o credor o direito potestativo de extinguir o contrato como forma de garantir a isonomia das prestações. Trata-se, portanto, de direito subjetivo, no caso, de sujeição, de forma a garantir a igualdade no âmbito da relação obrigacional.

Entretanto, em algumas situações peculiares, o inadimplemento da obrigação pode se dar de forma tão ínfima em relação ao objeto obrigacional que conceder ao credor a possibilidade de extinguir o contrato nessas hipóteses seria uma afronta ao próprio sistema contratual. Isso porque, as obrigações, e, em especial, os contratos, regem-se pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Por outro lado, é cediço que o Código Civil de 2002 reputa como ato ilícito o abuso do direito, sendo este como o ato que excede manifestamente os limites impostos pela norma, pela boa-fé e pelos bons costumes. Como o abuso do direito é considerado pelo sistema como ato ilícito, o magistrado deve repudiar tal prática, expurgando do mundo jurídico condutas abusivas praticadas por qualquer das partes.

Nessa ambiência, se deparado com o inadimplemento substancial de qualquer obrigação, deve o magistrado rechaçar o pedido do credor de resolução contratual com base no

inadimplemento, porquanto, na verdade, o inadimplemento foi tão pequeno que o exercício do direito à resolução do contrato mostrar-se-á abusivo, e, por consequência, ilícito, devendo ser reprimido pelo Judiciário na análise da situação concreta.

Tal conclusão deriva, destarte, da adoção pelo Código Civil de 2002 dos novos paradigmas da eticidade e da socialidade, trazidos pela legislação civil em um nítido avanço axiológico se comparado com a legislação que o precedeu, totalmente em consonância com as premissas dogmáticas trazidas anteriormente pela Constituição Federal de 1988, que, dentre os objetivos fundamentais da República, expressamente consignou a busca pela dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Tais objetivos foram muito bem traduzidos quando da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do instituto da boa-fé objetiva, com seus deveres de informação e lealdade, bem como da função social do contrato, de modo que foi possível a construção, notadamente no âmbito jurisprudencial, da doutrina do adimplemento substancial, dando maior ênfase e proteção às relações contratuais e à eticidade na prática obrigacional.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BECKER, Anelise. **A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista**. Porto Alegre: *In* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 9, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**, 4ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. *Lei nº 10.406/02 – Código Civil brasileiro*, com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Capturado em 15 de outubro de 2016.

CARPENA, Heloísa. **A parte geral do novo código civil / estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (coordenador). 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 2ª ed. Volume 4. Bahia: Juspodivm, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 12ª ed. Volume 1. Bahia: Juspodivm, 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CUNHA, Daniel Sica da. **A nova força obrigatória dos contratos**. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito civil brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral**. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Introdução ao direito civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **A caminho dos microssistemas**. *In*: Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **A agonia do Código Civil – conferência pronunciada no Encontro Nacional de Mestres de Direito Civil, realizado em homenagem ao professor Orlando Gomes: Sans Adiei – 50 anos de Cátedra**, Salvador: Editora Ciência Jurídica.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A causa dos contratos**. *Revista trimestral de direito civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Padma, Jan-Março, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil. A boa-fé como modelo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23ª ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Teoria do Adimplemento substancial na doutrina e jurisprudência**. In Cartaforense.com. 2015. Disponível em: <
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/15191/>> Capturado em 25 de abril de 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a constituição da república**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. v. 1. 2004.

_____. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

_____. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. O novo código civil: o duro golpe na recente experiência constitucional brasileira**. In: Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. vº 7, 2001.

_____. **O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: Problemas de Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8ª ed. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2008.