

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

GUSTAVO HENRIQUE GONÇALVES NOBRE

**Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na
relação obrigacional vista como um processo.**

Maceió, AL

2018

GUSTAVO HENRIQUE GONÇALVES NOBRE

**Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na
relação obrigacional vista como um processo.**

Dissertação de mestrado, apresentada ao Programada de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, para a banca de qualificação, como requisito para a obtenção de grau de mestre em Direito Público. Linha de pesquisa: Constitucionalização do Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr.

Maceió, AL

2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante – CRB:1664

N744t Nobre, Gustavo Henrique.
Teoria do adimplemento substancial enquanto exceção de direito material na relação obrigacional vista como um processo / Gustavo Henrique Gonçalves Nobre. – 2018.
177 f.

Orientador: Marcos Ehrhardt Júnior.
Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 171-177.

1. Teoria do adimplemento substancial. 2. Direito civil constitucional.
3. Obrigação como processo. 4. Exceção do direito material. 5. Balizas.
I. Título.

CDU: 342.41



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



GUSTAVO HENRIQUE GONÇALVES NOBRE

"TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL ENQUANTO EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL
NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL VISTA COMO UM PROCESSO."

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Querino Mallmann (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,5)

Assinatura:

Prof. Dr. José Barros Correia Júnior (UFAL)

Julgamento: Aprovado (9,5)

Assinatura:

Profa. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (convidada externa/UFPE)

Julgamento: Aprovado 9,5

Assinatura:

Maceió, 18 de maio de 2018.


Prof. Dr. George Sarmiento
FDA UFAL
george_sarmiento@hotmail.com
+55(82) 9314-1414

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte maior de sabedoria, toda honra e glória pertencem a Ele.

Aos meus pais, Eraldo e Vânia Nobre, minha base e porto seguro.

À minha noiva e futura esposa, Bruna Valente de Lima, seu amor e companheirismo nunca me faltaram.

Aos meus irmãos, Gabriel e João Pedro Nobre, pela torcida.

Aos amigos, Georgina Bomfim e Anderson Luís, casal que servem de exemplo a ser seguido para a cultura jurídica alagoana.

Ao Mestre Marcos Ehrhardt Jr., preceptor de todos os meus passos acadêmicos, a quem tenho absoluta gratidão e admiração.

Aos Profs. Beclaute Oliveira, José Barros e Querino Mallmann, cada um, à sua maneira, foi decisivo para a construção desta dissertação.

Aos meus sócios e irmãos de luta, Djalma Barros, Pedro Cavalcante e Vinícius Lamenha, sempre compreensivos com a minha ausência e vigilantes no trato do nosso BCLN.

Aos colegas e amigos da Melhor Turma da FDA, brilhantes companheiros desta árdua caminhada, os quais saúdo em nome do amigo Bruno Acioli.

A missão principal do jurista é dominar o assoberbante material legislativo e jurisprudencial, que constitui o ramo do direito, sobre que disserta, sem deixar de ver e de aprofundar o que provém dos outros ramos e como que perpassa por aquele, a cada momento, e o trespassa, em vários sentidos. Mal dá ele por começada essa tarefa, impõe-se-lhe o estudo de cada uma das instituições jurídicas. Somente quando vai longe a sua investigação, horizontal e verticalmente, apanhando o sobredireito e o direito substancial, é que pode tratar a regra jurídica e o suporte fático, sobre a qual incide, avançando, então através dos efeitos de tal entrada do suporte fático no mundo jurídico.

(Pontes de Miranda, Prefácio do Tratado de Direito Privado)

RESUMO

Tendo em vista que a relação obrigacional já não pode mais ser percebida como uma categoria jurídica estanque e, ainda, devido ao fato da obrigação já não representar uma mera interação entre sujeitos opostos cujo imperativo volitivo subjugava a retidão negocial amparada em deveres gerais de conduta, desperta-se a necessidade de avaliar a Teoria do adimplemento substancial à luz de um sistema jurídico aberto e imbuído do propósito de concretizar os ditames da Constituição de 1988, nas relações entre particulares, resultando no que se convencionou chamar de Direito Civil-constitucional. Para tanto, opta-se por iniciar a investigação da referida Teoria pela obrigação vista como processo com foco na perturbação das relações obrigacionais. Ademais, busca-se a verificação do comportamento da Teoria do adimplemento substancial em caráter processual externo, sua veiculação e impacto nas regras processuais na linha das exceções de direito material. Por fim, propõe-se organizar balizas de reconhecimento da Teoria para analisar seu desenvolvimento histórico no Superior Tribunal de Justiça e que sirvam como base para todo o sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Teoria do adimplemento substancial. Direito Civil-constitucional. Obrigação como processo. Exceção de direito material. Balizas.

ABSTRAC

In view of the fact that the obligational relationship can no longer be perceived as a static legal category and yet, due to the fact that the obligation no longer shows a mere interaction between opposing parties whose willful imperative overrode the righteousness of the negotiation based on general duties of demeanor, there arises the need to assess the Substantial Performance Doctrine in light of an open legal system that is aimed at turning the dictates of the 1988 Constitution into reality when it comes to private dealings, thus resulting in what is commonly referred to as Civil-Constitutional Law. Therefore, one chooses to look into the said doctrine by taking obligation as a proceeding focused on disrupting obligational relationships. Furthermore, an assessment is needed of how the Substantial Performance Doctrine works when it comes to external procedures, how it becomes known, and what its impact on procedural rules that deal with Substantive Law exceptions is. In conclusion, boundaries are drawn that home in on the Theory, allow its historical development in the Superior Court of Justice to be assessed, and work as a foundation for the entire Brazilian legal system.

Keywords: Substantial Performance Doctrine. Civil-constitutional Law. Obligation as a Proceeding. Exception to Substantive Law. Boundaries.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: CAMINHOS CONTEMPORÂNEOS PARA UM SISTEMA JURÍDICO RENOVADO	14
2.1	PROPOSTA INTERPRETATIVA DO DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL	16
2.1.1	No que consiste a interpretação sistemática?	21
2.2	INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TÓPICA: SUPERAÇÃO DA SUPOSTA POLARIDADE	24
2.3	O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA	28
2.3.1	Cláusulas gerais e princípios: uma proposta jurídica viável para um Direito Civil renovado?	34
2.3.2	Binômio Dignidade Humana/Solidariedade nas Obrigações	36
2.3.3	Princípio da Boa-fé	38
2.3.4	Princípio da Função Social do Contrato	41
2.4	TRIPÉ DAS OBRIGAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: FUNCIONALIZAÇÃO, RESSISTEMATIZAÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL	43
2.5	O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OUTRAS ABORDAGENS HODIERNAS CONFUNDIDAS COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO	47
3	DA TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES À OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO: CAMINHOS PARA A COMPREENSÃO PANORÂMICA DA PERTURBAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL	51
3.1	A RELAÇÃO OBRIGACIONAL	52
3.2	DAS FONTES DA OBRIGAÇÃO SEGUNDO A TEORIA DO FATO JURÍDICO: CATEGORIZAÇÃO DO ADIMPLENTO (TOTAL) E DO INADIMPLENTO (EM SENTIDO AMPLO)	57
3.2.1	Adequação da categorização pontesiana à percepção do direito civil- constitucional	63
3.3	DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL: A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO	66
3.3.1	Da perturbação das relações obrigacionais	73
3.4	A CULPA E O INADIMPLENTO (EM SENTIDO AMPLO)	76
3.5	DO INADIMPLENTO RELATIVO: APROFUNDAMENTO E POSSÍVEL DIÁLOGO COM O INADIMPLENTO ABSOLUTO	78

4 DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: VISÕES INTERNAS E EXTERNAS	83
4.1 LINHAS GERAIS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	83
4.1.1 Cláusula resolutiva e adimplemento substancial	85
4.2 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA VISÃO INTERNA DA OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO: TEMPO, LUGAR E FORMA	90
4.2.1 Adimplemento substancial no contexto do <i>Civil Law</i> e no plano Supranacional	92
4.2.2 A Teoria do adimplemento substancial na órbita do direito civil-constitucional	96
4.3 DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NA TEORIA DA QUEBRA ANTECIPADA COMO INSTITUTO FROTEIRIÇO À TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	99
4.4 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL: PREMISSAS PARA A ANÁLISE DA VISÃO EXTERNA DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	103
4.4.1 O adimplemento substancial como exceção de direito material	106
4.4.2 <i>Exceptio doli generalis</i>	107
4.4.3 Da classificação das exceções de direito material	110
4.5 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL AO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: DOS ASPECTOS GERAIS A UMA VISÃO PROBATÓRIA ...	114
4.5.1 Do aspecto probatório nas exceções de direito material	117
4.5.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC	120
5 DAS BALIZAS DE RECONHECIMENTO DO ADIMPLMENTO SUBSTANCIAL À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	124
5.1 BALIZA QUANTITATIVA INDICIÁRIA	128
5.2 BALIZA QUALITATIVA PRINCIPIOLÓGICA: A BOA-FÉ OBJETIVA .	130
5.2.1 Boa-fé objetiva como elemento hermenêutico integrador	133
5.2.2 A boa-fé objetiva como fonte de deveres e direitos	135
5.2.3 Boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis	136
5.3 BALIZAS QUALITATIVAS LIQUIDANTES	140
5.3.1 Interesse Creditório	140
5.3.2 Causa	144
5.4 ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E A PRÁTICA JUDICIÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	148

5.4.1	Ascensão – Recurso Especial 76362/MT.....	150
5.4.2	Disseminação sem balizamento (Recurso Especial 415971/SP).....	153
5.4.3	Pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC)	155
5.4.4	Turbulência (Recurso Especial 162255/MG)	159
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um marco jurídico-histórico capaz de propulsionar a proclamação de renovados horizontes interpretativos para o ordenamento jurídico brasileiro, complexo e unívoco, como se espera de todo sistema jurídico hodierno.

Esse fenômeno foi e ainda é marcado, principalmente, por abraçar um viés humanista do direito, uma exigência posta pelo binômio constitucional dignidade humana e solidariedade, adequado ao enriquecimento axiológico da ordem econômica ou patrimonialista, igualmente imprescindível ao Direito Civil-constitucional.

Nesses termos, é óbvio que a guinada promovida pelo novo modelo democrático de cidadania constitucional, com ênfase – ao menos circunstancial – na imposição de um olhar diferenciado e quase sempre fincado em bases solidárias, de um indivíduo para outro, repercutiu juridicamente, ou ao menos deveria repercutir, no respeito à harmonia do tráfico jurídico tão caro à vida em sociedade.

É, portanto, plenamente assentado – numa esperança de moralidade (democrática) imposta pelo Estado Democrático de Direito – o pleno reconhecimento da reciprocidade que marca a conexão de um indivíduo em relação ao seu semelhante.

Nessa linha, tem-se que o Direito Civil não se quedou inerte diante dessa virada estruturante do ordenamento pós-Constituição de 1988, o qual, aquilatando um papel de destaque para dentro do atual Estado Democrático de Direito, passou a influenciar, formal e materialmente, na validade e fundamentação das normas, máxime, sobre aquelas de cunho patrimonialista.

Trazendo tal perspectiva para o campo das obrigações¹ – cujo solo é enraizado, ainda hoje, pelo forte conjunto de valores liberais clássicos, voltados para a manutenção da propriedade privada e para a liberdade e igualdade individuais – é possível perceber – paradoxalmente, em verdade – o crescimento do referido espírito de reciprocidade forjado

¹ Alerta-se que o foco maior deste trabalho quedar-se-á no Direito Civil, contudo, por uma questão de afinidade e, sobretudo, de abrangência teórica do tema proposto, também serão analisadas questões igualmente válidas ao Direito do Consumidor, principalmente no último capítulo, quando se terá o enfrentamento de Jurisprudência acerca da temática proposta e que apresenta, como pano de fundo, questões de relação de consumo. Assevera-se, ademais, que essa comunhão com a temática consumerista não degenera, em absoluto, os caminhos que serão percorridos neste trabalho, mesmo porque se adota uma visão tópico-sistemática que guarda uma integração dos diversos ramos do “direito privado” pelos influxos principiológicos oriundos de princípios basilares como o da boa-fé objetiva, devidamente dissecado ao longo desta dissertação.

no âmbito constitucional e que modificou as bases do direito “privado” na contemporaneidade. E por direito privado, para os propósitos desta dissertação, entenda-se a expressão, unicamente, como mera distinção funcional/didática/organizacional frente ao que se convencionou chamar de direito público. No fim, todas essas funções (públicas ou privadas) são condensadas no âmbito dos princípios e regras imanentes da Constituição, aqui outra marca de seu espraiamento sistêmico.

Nesses termos, o Direito Civil na contemporaneidade é a própria ressurreição do sistema jurídico, pretensamente “privado”, só que dessa feita voltado para o ser humano em suas relações intersubjetivas, cuja a dignidade humana, mola propulsora da perpetuação do indivíduo enquanto base fundamental da sociedade, passa a ter um significado mais evidente e preponderante que o mero jogo simplista da patrimonialidade. É como se a codificação civil passasse a ser coordenada pelos influxos principiológicos conduzidos pela e para Constituição Federal e seus propósitos, passando num segundo momento a repercutir em microssistemas jurídicos que com a codificação dialogam.

Ademais, a constitucionalização fixou uma transmutação no próprio arranjo da tradição civilista moderna, a qual, aos poucos, impactada pelo reconhecimento da força constitucional na esfera cível, acolheu um renovado patrimonialismo, capaz de servir ao anseio social, para além da sustentação do liberalismo clássico, cujo espírito proprietário, não raro, era sovino.

Precisamente nesse contexto de reviravolta axiológica foi que ganhou força, no Brasil, a Teoria do adimplemento substancial, objeto precípua deste trabalho. Tal doutrina, como será melhor visto, nasce como uma resposta à clássica visão da obrigação como um conjunto de categorias simplistas e estanques que não são capazes, em si mesmas, de traduzir a complexidade atual das estruturas jurídicas, cada vez mais assimétricas e líquidas.

Assim, a aludida Teoria terá a base esmiuçada, para melhor compreensão de sua aplicação, como forma de afirmar a vitalidade e, mais do que isso, a efetividade do modelo civil-constitucional como fonte de potencialização da construção de relações socioeconômicas amparadas no respeito mútuo entre seus agentes propulsores.

Para tanto, optou-se por dividir o presente trabalho em quatro partes interligadas. A primeira delas demonstrará a visão teórica que se adota para calibrar o desenvolvimento dogmático desta dissertação, tentando traduzir aos leitores o ponto-de-vista que se parte

para compreender e sentir o direito como um ferramental teórico tendente a resolver – ou ao menos estabilizar – os conflitos e dores dos indivíduos dispostos na e pela sociedade.

Em um segundo momento tentar-se-á demonstrar o projeto geral do que se entende como sendo a Teoria Geral das Obrigações numa visão dinâmica e mais condizente com o atual estágio de desenvolvimento do Direito Civil.

Nesse diapasão, colocar-se-á a obrigação como processo numa linha de pensamento alinhada com Clóvis do Couto e Silva, capaz de apresentar, sobretudo em tempos de constitucionalização, uma simples e ao mesmo tempo aprimorada ilustração do que seria a caminhada na alameda da “perturbação da relação obrigacional”, habitat natural da Teoria do Adimplemento Substancial. Aqui se buscará, na medida do possível, adaptar as lições de Pontes de Miranda – também denominadas neste trabalho como sendo lições pontesianas – para a compreensão de cada ponto analisado, demonstrando-se, outrossim, como os ensinamentos de grande vulto deste jurista ainda encontram-se vivos e úteis às pesquisas da civilística moderna.

Situado o leitor na região do Mundo Jurídico onde localiza-se a Teoria do Adimplemento Substancial e, de certa forma, já oferecidos quase todos os marcos teóricos da pesquisa desenvolvida, chega-se ao terceiro ato desta dissertação, momento em que a Teoria do Adimplemento Substancial é dissecada em duas perspectivas: interna e externa.

Quanto à primeira visão, serão exibidas as impressões que se tem do adimplemento substancial como um elemento próprio da “perturbação da relação obrigacional”, qual é a sua formatação enquanto marco referencial da caminhada rumo ao (in)cumprimento do cronograma obrigacional em si. Quanto à segunda parte, reputa-se como uma contribuição inédita deste trabalho à doutrina pátria que desenvolveu a Teoria em comento, demonstrando como de fato ela se comporta na prática processual, perpassando pela análise de sua natureza jurídica de exceção de direito material, o que conclui trazendo à colação o referencial teórico de Serpa Lopes.

Já no último e decisivo capítulo, serão abordadas as balizas de reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, as quais serão organizadas metodologicamente em três subgrupos, quais sejam: baliza quantitativa indiciária, baliza qualitativa principiológica e qualitativa liquidante. Essa classificação terá como efeito prático a construção de um arcabouço teórico que permitirá uma maior racionalidade da

comunidade do adimplemento substancial como argumento jurídico na resolução de conflitos na seara obrigacional.

Em conclusão, para além da análise da produção doutrinária, buscar-se-á averiguar a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema perseguido neste trabalho, fazendo-se uma comparação, mais precisamente no capítulo conclusivo, entre a dogmática e a *praxi* jurídica.

2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL²: CAMINHOS CONTEMPORÂNEOS PARA UM SISTEMA JURÍDICO RENOVADO

A interpretação do Direito Civil-constitucional é direcionada a um ordenamento jurídico que se mostra perfeitamente imperfeito, inacabado, móvel e, ao mesmo tempo, aberto a resolver o problema social, do caso concreto. Isso faz da interpretação um elemento multifacetado adaptável à fluidez da sua estrutura porque, segundo Fabíola Albuquerque:

A Constituição abandonou a condição de instrumento meramente político e passou a ser instrumento sociojurídico privilegiado das relações privadas. Havia uma preocupação em dimensionar o valor da pessoa humana em sede constitucional. Importava uma inversão valorativa em relação à codificação civil, ou seja, a tutela da pessoa humana passava a irradiar as relações jurídicas em detrimento do aspecto patrimonial tão caro ao período liberal. Valores, até então desprezados, a exemplo da justiça social ou distributiva, passavam a colorir o cenário social. Propugnava-se por uma ordem consolidada na ideologia social.³

Tal perspectiva vai de encontro ao clássico postulado teórico civilista, que por força das grandes codificações, a exemplo do Código Napoleônico, influência direta do Código Civil Brasileiro de 1916, propugnava que o código era uma espécie de panaceia jurídica, donde se brotaria, com exclusividade, todas as referências de soluções para os problemas cotidianos do indivíduo/sociedade.

Ao código e nada mais. A estática seria um ponto de inflexão e concentração do ser humano em suas frustrações e soluções jurídicas segundo o raciocínio da civilística clássica. Tal modelo interpretativo propunha, por óbvio, uma impotente solução jurídica, posto causar certa tensão social capaz de distorcer, em simplismos, a complexidade que abarcava a realidade e o ordenamento jurídico.

Do código para o ordenamento como sistema. Na contramão da concepção clássica, afirma Pietro Perlingieri que:

O ordenamento não constitui um sistema imóvel, fechado entre os confins de sua completeza formal e linguística, mas um sistema aberto e sensível à mudança dos fatos e da história, resultado de uma contínua, incessante obra de conhecimento científico amparado por uma investigação empírica que não se

² Deseja-se empregar a expressão Direito Civil-constitucional em um sentido amplo, capaz de agregar, inclusive, ramos especializados e afins ao Direito Civil propriamente dito, à exemplo do Direito Empresarial e, principalmente, o Direito do Consumidor. Não se olvida que neste caso perde-se em precisão, mas, em contrapartida, ganha-se em extensão.

³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Direito do Consumidor e os Novos Direitos. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p.81.

limita a operar com símbolos, mas com fatos, isto é, com conteúdos verificáveis.⁴

Assim, focar o Direito Civil por intermédio da lente Constitucional é permitir a abertura dinâmica do ordenamento para resoluções de problemas de grande complexidade jurídica, sem descartar o enfrentamento de tal complexidade, é conseguir enxergar que uma relação obrigacional seria mais do que um mero núcleo de manifestação de interesses negociais. É perceber, de igual sorte, que tal elemento negocial é a representação de um arranjo socioeconômico que perpassa pela dignificação solidária do indivíduo como um ser gregário, provido de instrumentos culturais sustentados em sentimentos/vontades, posto que ultrapassa qualquer esquema lógico-jurídico rígido e inflexível previamente estabelecido.

Existiria, nesse contexto, uma transmutação do *modus operandi* do jurista diante dos problemas a ele apresentados. Assim, a técnica clássica de resolução de problemas herdada das grandes codificações oitocentistas, conforme dito linhas atrás, arrimada numa clausura edificada pela concepção silogística do código pretensamente infalível, é abandonada pela visão civil-constitucional a qual, em sentido reverso, passa a encarar as dificuldades jurídicas de forma mais fluida, dialógica e próxima dos anseios e interesses emanados pelos indivíduos como esferas propulsoras de juridicidade.

Isso não implica em dizer que todo o ferramental desenvolvido pelo modelo civil clássico de interpretação deva ser totalmente banida da órbita jurídica, conforme será visto ao longo deste trabalho. É que o Direito Civil-constitucional é inclusivo e multifacetado, permite que o Código seja tratado como uma de suas bases, mas não a única, até mesmo fazendo uso, em certos casos, do esquema lógico-dedutivo amplamente aperfeiçoado pelo trabalho silogístico, tão caro ao civilista clássico, mas que ao contemporâneo não passa de mais um recurso para perseguição da justiciabilidade no caso concreto.

Contudo, o que não se permite na visão contemporânea – civil-constitucional – é a perpetuação do dogma da infalibilidade da codificação, é o raciocínio do exegeta que percebe o Juiz como mera boca da lei. Despreza-se, portanto, o ideal⁵ que impunha aos agentes jurídicos a amorfia social do espírito liberal clássico ou o esdrúxulo raciocínio de

⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 82.

⁵ Tal ideal, em que pese uma relíquia jurídica de tempos duros do Direito Civil, aqui e acolá parece rebrotar no inconsciente de alguns membros da comunidade jurídica, a exemplo do que parece ter ocorrido no Resp. de nº 162255, a ser analisado no último capítulo desta dissertação.

que o diploma civil seria uma infraestrutura sociologicamente isolada, fechada em si e, sequer, capaz de dialogar com outros ramos e diplomas do ordenamento, à exemplo da própria Constituição.

Mas como se pode compreender a proposta interpretativa do Direito Civil-constitucional é o que será visto.

2.1 PROPOSTA INTERPRETATIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Nesses termos, com foco no Direito Civil-constitucional, torna-se premente buscar a cognição constitucional sem contornos excludentes e/ou purificadores de sua metódica interpretativa, raciocínio que rechaça a rotulação que classifica como arcaica a interpretação da Constituição com base nos métodos *savignyanos* – quais sejam, gramatical, histórico, lógico e sistemático – esse último, ponto fulcral e de partida para a própria compreensão do Direito Civil-constitucional, sendo melhor delimitado no próximo item e com maior atenção. Neste íterim, apresenta-se, apenas e a título informativo, os três primeiros métodos anunciados.

Quanto ao método gramatical, tem-se como o impulso inicial do trabalho do intérprete iniciado pela compreensão do suporte linguístico simbolizado na palavra escrita, em linha ou na entrelinha, a qual, sem um regramento organizacional/cultural que a considere em seus elementos semânticos e sintáticos, deixa, dentro de condições jurídicas “normais”, de representar a transmissibilidade do sentido de uma ordem sistematicamente posta pelo Direito.

O foco aqui é a literalidade, é o sentido textual que deve servir de ponto de partida para a interpretação. Em linguagem ordinária seria considerado como “pé da letra”. É exatamente deste ponto que começa a surgir o problema hermenêutico veiculado pela “presença de ambiguidade ou vagueza, a utilização incorreta dos vocábulos ou dos componentes estruturais da língua, erros de ortografia ou pontuação etc.”.⁶

Quanto ao histórico, tem-se sua decorrência do apego à análise do elemento temporal em sua dimensão humana, atrelada à cultura, sociedade, pensamento e, ainda,

⁶ LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005, p. 68.

angústia/sentimento do homem em um dado momento histórico em que se ocasiona a criação/legislação de um suporte normativo.

Caso se busque na metáfora um recurso compreensivo para internalizar o que seria a definição do método aqui retratado, poder-se-ia fazer uma analogia ao momento da vida legislativa de certo povo, o qual fotografado, quando da revelação de seu conteúdo, conduziria o interprete receptor dos traços da imagem à reminiscência, ainda que parcial, daquele momento legislativo.

Essa imagem do momento legislativo levaria ao trabalho do intérprete o explicitar da história com base na análise dos chamados:

[...]trabalhos preparatórios – documentos elaborados quando da criação da norma interpretada, tais como: projetos, anteprojetos de lei, emendas (inclusive as preteridas), pareceres, relatórios, exposição de motivos, votos, discursos proferidos pelos parlamentares quando da discussão e votação da lei – se constitui em importante subsídio para o estudo das razões históricas da norma”.⁷

Por fim e concluindo esta breve incursão explicativa, o método lógico, cuja grande contribuição é identificar, inicialmente, as inconsistências no ordenamento jurídico, as quais, sem um esforço de superação, induzem a um caos generalizado e corrosivo da própria funcionalidade do ordenamento jurídico.

Ferraz Júnior, apesar de parecer não ser simpatizante da metódica clássica, ao se aprofundar sobre o tema da lógica enquanto método, obtemperou que as inconsistências sistêmicas – do ordenamento – são superadas através do próprio método lógico amparado em três procedimentos retóricos, quais sejam, a atitude formal (busca o estabelecimento de procedimentos de decidibilidade prévia que o parametrizam, por exemplo, o princípio de que o especial prevalece sobre o geral), atitude prática (emersa de uma atitude analítica de situações conflitivas, por sua consideração material, por exemplo, as classificações e reclassificações, a oposição simétrica entre direito público e direito privado) e atitude diplomática que, como o próprio nome sugere, trata-se de uma atitude pacificadora que exige certa dose de inventividade, a exemplo das diversas ficções decisórias que auxiliam o trabalho dos magistrados.⁸

LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005, p.77.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.241.

Propugnada essas três esferas metódicas, há de se ressaltar que na contramão dos que sustentam a validade desses métodos clássicos estariam aqueles que consideram interpretativamente moderno, antenado e constitucionalmente inventivo condená-los, pura e simplesmente, por seus caracteres “privatistas” e dissonantes com a realidade constitucional, que na visão desses críticos conclama interpretações constitucionais exclusivas.⁹

Objetando essa segregação interpretativa do plano constitucional – capaz mesmo de reprimir o diálogo conformador das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico como um todo – Virgílio Afonso da Silva é enfático ao dizer que:

Quando se analisam os princípios e métodos que são propostos, percebe-se que muitos não passam dos métodos civilistas rebatizados, ou de meras reações a situações históricas passadas ou, por fim, de máximas sem maiores significados além daqueles que o simples bom senso do intérprete já requeria.¹⁰

Apesar de não se concordar com a corrente que propugna a restrição interpretativa do texto constitucional, não se olvida, em absoluto, que a Carta Magna brasileira, complexa em suas diretrizes políticas e em seus parâmetros fundantes do ordenamento jurídico, sobretudo na perspectiva civil-constitucional, seja capaz, também, de ensejar uma interpretação jurídica própria, desenvolvida com um DNA nacional – não se descartando as contribuições alienígenas como referenciais importantes e mesmo únicos para dar partida a tal mister.¹¹

Corroborando com esse posicionamento, Virgílio Afonso da Silva afirma que:

A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira. Isso implica, por exemplo, discutir que tipo de constituição era a Constituição de 1988 ao ser promulgada e se as mudanças constitucionais ocorridas desde então alteraram seus fundamentos políticos, sociais e econômicos.¹²

⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In DA SILVA, Luís Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.116.

¹⁰ *Ibid.*, p.140.

¹¹ Não se acredita que o Brasil possua um modelo dogmático constitucional, ou mesmo civil-constitucional, realmente amadurecido a tal ponto que se possa eliminar os marcos teóricos/referenciais estrangeiros de um trabalho, como o ora apresentado, sem que com isso não se cometa o pecado de empobrecer a pesquisa e o próprio desenvolvimento teórico. Por isso justifica-se, aqui, os inúmeros modelos e referenciais dogmáticos estrangeiros, a exemplo dos métodos de Savigny, para compreender o que aqui se expõe como sendo o Direito Civil-constitucional. Buscar desenvolver uma base dogmática tipicamente brasileira, é incursão teórica que foge às raízes deste trabalho.

¹² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In DA SILVA, Luís Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.143.

Por outro lado acredita-se, de igual sorte, em certos influxos de rebeldia da normatividade constitucional direcionada à formatação monolítica de interpretação constitucional. Não existe, em perspectiva mais direta, um único caminho. A própria complexidade da Carta Política brasileira não o permite. Tal constatação, contudo, não implica em dizer que a Constituição e, em último caso, o Direito Civil-constitucional, sejam verdadeiras anarquias interpretativas, onde o Poder Judiciário é livre para fazer absolutamente tudo que vier à cabeça e que lhe convenha estar supostamente amparado no programa constitucional.¹³

Pelo contrário. O julgador, no exercício de seu múnus público (como agente estatal), ao aplicar uma norma democraticamente posta, deve maximizar o conteúdo dela permitindo compassadamente e metodicamente – destaque-se – a revelação do caminho mental tomado para julgar o caso concreto, no intuito de reduzir sua própria subjetividade.¹⁴

Dessa forma, o momento revelador de uma decisão/interpretação normativa, por exemplo, não acontece em um estalar de dedos, sem qualquer critério, de forma natural ou quase metafísica – como parecem acreditar alguns autores que pregam a insignificância dos cânones clássicos diante da interpretação constitucional. Por outro lado, esses mesmos juristas, quando testados na prática, acabam fazendo uso de tais metódicas sem a menor cerimônia.¹⁵

Tal constatação identifica a utilidade dos métodos clássicos em não permitir uma anarquia interpretativa da Constituição e do próprio Direito Civil-constitucional, ainda que sejam reconhecidas as lacunas deixadas por esses métodos, os quais, sozinhos, são factualmente falíveis.

Portanto, há infinitos caminhos no ordenamento jurídico, principalmente quando se trata da interpretação do texto constitucional. Muitos desses caminhos entrecruzam-se, formam emaranhados, desemaranham-se; não os pavimentar com a mínima racionalidade

¹³ Nessa linha de raciocínio veja-se: SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007.

¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, v.10, n.1. São Paulo, pp.295-320, jan.-jun. 2014, p. 289.

¹⁵ Vide a análise do voto do então Ministro Eros Grau *in* SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira. PIOVESAN, Flávia *et* SOARES, Inês Virgínia Prado (Coordenadoras). **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010.

metodológica seria, em última análise, cortar sua vitalidade, rendê-los homenagem fúnebre. Vivas estão as categorias clássicas de inspiração *savignyanas*.

A solução, pois, para efeito de interpretação constitucional, a qual, por vezes, desembocará na interpretação civil-constitucional, é preservar os métodos clássicos, não os excluindo. É reconhecer o seu alcance, não os extirpando da hermenêutica constitucional atual. Tal arremate é extremamente significativo ao Direito Civil-constitucional, dado o fato de que “toda interpretação e aplicação de norma jurídica é, pois, antes de tudo, interpretação e aplicação da Constituição; se essa aplicação é direta ou indireta, pouco importa, uma vez que o que prevalecerá, ao fim e ao cabo, é a norma constitucional”.¹⁶

Não se defende, por vezes, a “ditadura da relativização”¹⁷ interpretativa do direito, máxime da própria Constituição, ainda que se entenda que os métodos clássicos de interpretação encontram-se vivos ao lado de tantos outros métodos destinados, de maneira exclusiva, à Constituição, como dito acima.

Não é esse o mote do tópico. Trata-se, ao certo, de compreender a realidade hermenêutica enxergando suas possibilidades e impossibilidades, seus pontos de partida e de chegada, seu discurso organizado e voltado ao convencimento da comunidade em relação ao programa político estabelecido na Constituição Federal.

No fim, mais importante do que o caminho a ser perseguido – que não pode ser qualquer um, ressalte-se – é a revelação do resultado de acordo com os anseios materiais do sistema. Em outras palavras, a validação do método constitucional utilizado no civil-constitucionalismo pressupõe a validação da decisão no sistema civil-constitucional, e isso é o satisfatório para demonstrar sua suficiência dogmática.

Nesses termos, Perlingieri afirma que:

A formulação genérica do ditame constitucional, o pluralismo interpretativo, que facilmente se infere da leitura da jurisprudência, não devem conduzir ao cepticismo e à afirmação de que todas as possíveis interpretações devem ser consideradas rigorosas, válidas e fundadas. Se não é verdade que de uma norma seja possível uma única interpretação, e isto é, que uma interpretação de uma norma seja “verdadeira ou falsa”, é verdade que qualquer interpretação deve ser sustentada por uma argumentação rigorosa, cientificamente válida, e que se deve encarar o problema da interpretação no sistema aceitando que a

¹⁶ TERRA, Aline Miranda Valverde. Liberdade do Intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.49.

¹⁷ Atribui-se a expressão ao Papa Bento XVI, quando de seu combate ao relativismo na Igreja.

norma exprima seu valor vinculante para o intérprete e ainda mais para o seu destinatário.¹⁸

Destarte, para afastar o ceticismo no rigor decisório, o caminho que se deve percorrer, ao menos nas linhas desta dissertação, tende a encarar a complexidade/unidade do ordenamento jurídico como uma sistematização aberta capaz de entregar à comunidade jurídica – receptora do produto civil-constitucional – um raciocínio útil, sem o qual todos os esforços constitucionais de fazer um Direito Civil concatenado com a realidade social não passariam de meros sonhos ou devaneios doutrinários. O caminho que se entende viável seria o que aponta para destacar a interpretação sistemática, contribuição mais importante da metódica clássica aos propósitos do Direito Civil-constitucional.

2.1.1 No que consiste a interpretação sistemática

Ao se falar em método interpretativo sistemático, a noção mais intuitiva que vem à mente do jurista acerca do assunto é a de que essa técnica está ligada a um raciocínio ordenado, organizado, cujos elementos reunidos à sua luz serão avaliados a partir de um mesmo liame.

Bobbio, por exemplo, ao trabalhar com as acepções do vocábulo sistema, identifica ao menos três sentidos. Um primeiro sentido seria vinculado ao jusracionalismo na linha de Leibniz, vinculado a uma concepção dedutiva do ordenamento, o qual marcou o início do direito moderno.¹⁹

Um segundo sentido seria o vinculado à produção de Savigny, o qual embasou o sistema através do ordenamento da matéria jurídica (normas singulares) por intermédio de um processo indutivo capaz de produzir conceitos amplos e gerais, conforme o mesmo raciocínio classificatório utilizado pelas ciências empíricas e naturais. Desse sentido provém, por exemplo, a construção da teoria do negócio jurídico.²⁰

Por fim, um terceiro e último significado preleciona que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 80.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999, pp.75-81.

²⁰ Ibid.

Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”.²¹

Já Karl Larenz, em formato mais sintético, afirma que o vocábulo “sistema”, base da expressão “interpretação sistemática”, pode ser utilizado em vários sentidos. No entanto, todos remetem a uma mesma acepção, qual seja, “a ideia de unidade (na acepção de um ou vários pontos de referências centrais) e de ordem (no significado de uma conexão sem hiatos) da compatibilidade lógica de todos os enunciados”.²²

Por sua vez, comentando sobre o sistema jurídico no prefácio do seu Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda é taxativo ao afirmar que “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações de vida, criadas pelos interesses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, preveem (ou veem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem.”²³

Tal coesão está arrimada na possibilidade do intérprete tecer conclusões coerentes que consigam reunir o enunciado jurídico (parte) com o ordenamento (o todo) onde está inserido. É disso que advém a integração das normas, a possibilidade de se enxergar (leia-se, interpretar) um enunciado em toda a sua magnitude.

Logo, outra não pode ser a conclusão senão a de que a sistemática é imprescindível à formatação do Direito Civil-constitucional. É ela quem vai possibilitar um olhar mais amplo e comprometido com a tutela da pessoa na dimensão de seus interesses existenciais, capaz de permitir a projeção da força constitucional, ponto de partida da análise integrativa ou sistêmica sobre o Direito Civil.

Para uma melhor visão da unidade-complexidade do que se depreende de uma interpretação sistemática, pode-se buscar, a título ilustrativo, a própria alusão que Juarez Freitas faz ao traçar um paralelo comparativo entre o funcionamento de um sistema jurídico e o sistema nervoso humano, em suas sinapses, onde cada microrregião nervosa é

²¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999, pp.75-81. Em que pese sentidos totalmente distintos, quanto à perspectiva sistêmica do ordenamento propriamente dito, tem-se que o primeiro significado exposto por Bobbio, dificilmente pode se coadunar como os outros dois significados, os quais não se mostram excludentes entre si.

²² LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997, pp. 234-235.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.01, p. IX.

parte de um todo interconectado. Em paralelo, cada componente, dentro de um ordenamento jurídico, percebe-se ser um ramo ou sub-ramo de um mesmo sistema.²⁴

A verdade é que essas ligações entre as diversas microrregiões do ordenamento jurídico são, sobre o enfoque da força da interpretação sistemática, mais fortes, quanto mais rígidos forem os substratos normativos constitucionais, como é o caso da Constituição Federal brasileira, rígida em sua estrutura legislativa.²⁵

Mesmo a Teoria Pura do Direito de Kelsen pode servir de base para essa compreensão interpretativa, ao trabalhar com o conceito de norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) – postulado juscientífico pressuposto para encerrar a cadeia de projeção de validade de uma norma hierarquicamente inferior (normas extraídas do Código Civil) em relação a uma norma hierarquicamente superior (Constituição Federal).²⁶

Ademais, percebe-se que a vitalidade que se intui do Direito Civil-constitucional, ao embater valores aparentemente antagônicos – propriedade privada e solidariedade social – só podem ser observados caso se considere, em seu caudal teórico, a sistematização jurídica, sem a qual inexistiria a percepção de um ordenamento coerente, desprovido de normas antinômicas.²⁷

Nesse mesmo sentido, corrobora Juarez Freitas com a seguinte afirmação:

O sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o intérprete-positivador – quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado.²⁸

O autor coloca expressamente, como se pode compreender do excerto acima, que o método sistemático de interpretação está voltado para prática, não sendo indiferente ao Mundo dos Fatos. Em resumo, o destino da constitucionalização do Direito Civil é a concatenação do intérprete com a realidade que o cerca, sendo isso um marco fundamental do Direito Civil-constitucional.

Corroborando para o esclarecimento da contribuição da interpretação sistemática para o aperfeiçoamento da estrutura jurídica, em especial no tocante ao raciocínio civil-constitucional, pode-se dizer com base na obra de Juarez Freitas que existe um quadrante

²⁴ Vide FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²⁵ LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005, pp.80-81.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 217.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 203.

²⁸ FREITAS, op. cit., p. 34.

lógico que confere toda a base de sustentação de tal interpretação, qual seja: (a) o aperfeiçoamento do sistema jurídico como uma unidade axiológica, (b) as normas (regras e princípios) e os próprios valores de dado ramo do Mundo Jurídico só tem sentido, individualmente, se observado de maneira geral em relação aos demais ramos do Direito, máxime o constitucional e (c) o Direito como um conjunto normativo disposto de maneira organizada (ou quase organizada) e que pressupõe uma disposição em rede cuja conectividade de suas pontas pressupõe seu próprio funcionamento.²⁹

Portanto, a despeito da funcionalidade do método sistemático para os propósitos deste trabalho, há que se explanar acerca do que faz, de fato, desse método interpretativo, algo coeso, funcional e que traga – como tradicionalmente se buscou no Direito Civil-constitucional – respostas concretas às dores e aos anseios sociais. É desse desígnio que se consegue alcançar e compreender o sentido existencial da Teoria do adimplemento substancial.

Acredita-se que o elo perdido entre a interpretação sistemática e a realidade, seja o raciocínio jurídico introduzido pela tópica, superando a falsa polaridade existente entre ambas as figuras jurídicas. Nesses termos, a harmonização das duas técnicas abre o Direito Civil-constitucional à dinamicidade da coerência e ao diálogo com as necessidades, cada vez mais rápidas, dinâmicas e prementes, da sociedade, conforme se verá a seguir.

2.2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TÓPICA: SUPERAÇÃO DA SUPOSTA POLARIDADE

Postas as linhas da interpretação sistemática, torna-se necessário, para uma melhor compreensão, aproximar-se a análise da constitucionalização do Direito Civil ao ônus de fundamentar a sua utilização como referencial teórico do direito, o qual deve ser assumido mediante o raciocínio tópico, adequado a sugerir uma interpretação sistemática do Direito Civil-constitucional em conexão com as provocações da realidade social.

Fundamentalmente, tem-se que a tópica é uma técnica que objetiva inserir na discussão jurídica matérias novas, vinculadas a certos e determinados problemas, contribuindo com um catálogo de argumentos jurídicos hábeis a apresentar uma resposta válida/aceitável à vida em coletividade, através de um cotejo analítico realizado entre a

²⁹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

base do problema e os lugares comuns amplamente aceitos pela sociedade/comunidade jurídica.³⁰

Para tanto, imprescindível que se chame atenção a um fato: a tópica não é um método interpretativo, mas sim um mero mecanismo de movimentação da inteligência interpretativa, capaz de solucionar certas problemáticas jurídicas e hábil a culminar numa solução possível e convincente.³¹

Ao simplificar o raciocínio, tem-se que a tópica é a perseguição dos lugares comuns (*topoi*) que fornecem o alicerce retórico – no sentido de convencimento/aceitação – da comunidade receptora da solução do problema apontada pelo Poder Judiciário.

Tal técnica de raciocínio decisório, não se esconde, é simplificadora – sem ser simplista – da compreensão jurídica diante da complexidade que circunda a aceitação da sua solução. Todavia, também não se nega que ela demonstra um caminho nítido e seguro com o qual o intérprete autêntico da constitucionalização do Direito Civil, de fato, pode percorrer em segurança.

Inobstante, para alguns autores, como Viehweg, tópica e sistemática são como água e óleo, não se misturam.³² Para os adeptos dessa linha de raciocínio “onde quer que se olhe encontra-se a tópica, e a categoria do sistema dedutivo aparece como algo bastante inadequado, quase como um impedimento para a visão”.³³

Nesses termos, enquanto a tópica avista na assistemática a “necessidade de produção dos efeitos persuasivos da argumentação”³⁴ em um significado aberto ao diálogo, o método sistemático de interpretação tem uma organização prévia – por isso sistêmica – que conduz a uma solução do problema de modo pré-fabricado, fechado ao próprio convencimento como fim decisório.

É como se o sistema fosse – para seus críticos – alheio ao convencimento social, pouco importando com o impacto da aceitação de suas decisões, sendo algo de fechado

³⁰ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Questio Iuris**, v.09, n.1. Rio de Janeiro, p. 258, 2016, pp. 245-246.

³¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 290.

³² Vide LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997, p. 232.

³³ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p.83.

³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 291.

em si, numa lógica que exige certa disjunção entre a realidade (de um lado) e os resultados da decisão sistemática (de outro).

Entretanto, vozes levantam-se contra essa ideia de segregacionismo entre sistemática e tópica. Larenz, por exemplo, compreende o sistema como algo que, teoricamente, deva ser aberto, afirmando que o intérprete “tem que ter consciência de que nenhum sistema pode dominar dedutivamente a totalidade dos problemas; o sistema tem de permanecer aberto. É apenas uma condensação provisória”.³⁵

Olga e Andreas Krell, ao utilizarem-se das lições de Martin Kriele, ainda estranhas ao vernáculo, afirmam que é possível amoldar a interpretação sistemática com a tópica, uma vez que:

O pensar sistemático do Direito não seria incompatível com o raciocínio tópico, visto que os próprios sistemas costumam nascer de catálogos de *topoi*, que são as primeiras tentativas de organizar uma matéria caótica e torná-la compreensível.³⁶

Conclui-se do exposto que a contradição aqui versada é meramente aparente. Na verdade o que existe é uma síntese interpretativa de acepções que focam o fenômeno jurídico, em caso, o Direito Civil-constitucional, com pontos-de-vista distintos sobre um mesmo objeto, o ordenamento jurídico, embora sejam complementares.

Essa complementariedade dos referidos pontos-de-vista é tão pertinente que Couto e Silva, civilista que dissertou acerca da importância do tema em meados do século passado, defendeu a coexistência sistemático-tópica, cujo arranjo remeteria a uma base dedutivo-casuística, algo que no pensamento ocidental não seria nenhuma novidade, conquanto o assunto tenha passado um longo tempo esquecido pela filosofia e por outras áreas do conhecimento.³⁷

Juarez Freitas também defende esse pensamento, apontando que o sistema jurídico, pressuposto da interpretação sistemática, seria:

Como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento

³⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997, p. 234.

³⁶ KRIEL, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2ª ed. Berlin:Dunker & Humblot, 1976, pp.145, 149 ss. Apud KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, v.09, n.1. Rio de Janeiro, p. 260, 2016, pp. 245-246.

³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigações como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.³⁸

Ao buscar num esforço ainda maior o clareamento das linhas de raciocínio aqui esposadas, pode-se mesmo entender a superação da dicotomia entre tópica e sistemática, fazendo uma analogia com um dicionário de verbetes que cataloga a diversidade de acepções atreladas a um mesmo vocábulo. Assim, a organização, a catalogação e a sistematização de sua organização e lógica denotariam a compreensão de um sistema.

Todavia, cada acepção catalogada representaria, em conjunto, um catálogo de *topoi*, assim como retratou Tércio Ferraz Jr., o qual utiliza da analogia para explicar o que seria um catálogo tópico.³⁹ Esse autor, entretanto, não parece concordar com a superação da dicotomia entre sistema e tópica, optando pela última, em que pese indicar, estranhamente, um bom exemplo para desacreditar-se na suposta polaridade.

A fim de se evitar conclusões precipitadas do que ora se apresentou, ressalte-se que não se defende a interpretação sistemática aberta em tópica como uma panaceia para todos os problemas jurídicos – mesmo porque dificilmente se construirá algo, no Direito, capaz de resolver todos os problemas de uma só vez.

Assim, conforme Menezes Cordeiro delineou, pode-se condensar a ideia ora apresentada indicando que: “o sistema deixa ao intérprete-aplicador, através de dispositivos técnicos histórica e culturalmente consagrados, a tarefa de concretizar, em termos criativos, quando necessário, a sua ideia básica, dentro e fora do tecido existente em cada momento”.⁴⁰

O que se quer aqui é levantar um *standard* de técnica jurídica, racionalmente útil e filosoficamente capaz de compreender a própria constitucionalização do Direito Civil. Intento que se faz com extrema humildade e certeza de que o problema pode ultrapassar os pontos aqui enfrentados.⁴¹

³⁸ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

³⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 290.

⁴⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, pp.1280-1281.

⁴¹ Em sendo a palavra viva, assim como o é a norma jurídica, existe, para além da interpretação sistemática e do raciocínio tópico, algo de imponderável, que brota da sociedade, sem grandes pretensões e pode, sem a participação ativa dos lexicógrafos ou dos juristas, atribuir novos sentidos e significados à palavra e à norma. Por isso é que Pontes de Miranda diz que “a atividade mais relevante da ciência do direito consiste, portanto, em apontar quais os termos, com que se compuseram e com que hão de compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas, e quais as regras jurídicas que, através dos tempos, foram adotadas e aplicadas. [...] Outra atividade, que não é menos inestimável do que aquela, está no interpretar o conteúdo das regras de cada momento e tirar delas certas normas ainda mais gerais, de modo

Transmutando-se toda a discussão versada neste tópico para a realidade do tema central a ser analisado – a Teoria do adimplemento substancial – tem-se, a título meramente exemplificativo, que considerar como *topoi* os princípios da ordem civil-constitucional, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato⁴², todos lugares comuns que servem de bússola norteadora do raciocínio do intérprete desenvolvedor de Teorias de nítida vocação expansionista do sistema aberto.

Destarte, fixadas as bases da interpretação sistemática harmonizada com a tópica, passa-se ao âmago de todo esse enfrentamento, indicando os elementos conformadores do projeto da constitucionalização do Direito Civil como uma proposta de um sistema aberto, marcado pela supremacia normativa da Constituição Federal.

2.3 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

Pela vertente posição, até aqui descrita, o Direito Civil-constitucional é fundado em um modelo de sistema aberto que guarda em sua essência uma postura problematizante, típica da concepção interpretativa que une a sistemática com a tópica. Tal arquétipo de interpretação jurídica é colocado como reflexo da junção de dois padrões estatais que repercutiram no raciocínio do aplicador do Direito Civil-constitucional: o Liberal e o Social.

Quanto ao primeiro modelo, tem-se que, após a Revolução Francesa, foi criado um Estado no qual o escopo político era assegurar estabilidade para o mercado e a propriedade privada, peças essenciais do ecossistema burguês e que acabaram por refletir na própria formulação do Direito Civil daquela época: mais patrimonialista e menos afeito aos problemas sensíveis ao homem em suas mazelas sociais. Aqui, a firmeza e o fechamento sistêmico-legalista seriam os meios garantidores da harmonia jurídica almejada, principalmente diante do anseio de conter a atuação estatal sobre as liberdades individuais.

No segundo polo, encontra-se o Estado Social, fruto da necessidade intervencionista estatal no horror causado pelo capitalismo predatório, legalmente

a se ter em quase completa plenitude o sistema jurídico”. In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.01, p. IX.

⁴² Também acredita-se, para os propósitos da Teoria do Adimplemento Substancial, que a força normativa das normas constitucionais, a interpretação do Direito Civil conforme a Constituição, a razoabilidade, o bom senso, podem ser considerados como exemplos, não exaustivos, é claro, do catálogo de *topoi* que envolvem a aludida Teoria.

desenfreado e nomeadamente erigido com a ascensão industrial e seu impacto no dinamismo mercadológico. O raciocínio jurídico neste ponto é aquele fundado no caso concreto, na melhor solução singularizada diante da mazela do ser humano em face de outro ser humano.⁴³

Em síntese, o Estado Democrático de Direito foi fundado na história brasileira com a Constituição Federal de 1988, sendo envolvido pelo enfoque, concomitante, dedutivo e problemático-casuísta,⁴⁴ fruto da confluência do Estado Liberal com anseios do Estado Social, permeada por um terceiro elemento, a ressurreição da Democracia pós-regime ditatorial militar.⁴⁶

Logo, o Estado Democrático de Direito é um produto jurídico adaptável e adaptado à realidade brasileira perante o efeito colateral da junção de dois polos (Liberal e Social) – ao menos aparentemente antagônicos – por força dos elementos jurídico-interpretativos suficientes à adaptação dessa dualidade democraticamente posta.

Mais precisamente no caso brasileiro, esse movimento *dual* vai repercutir no sistema aberto em *topoi*, nos moldes cogitados pelo Direito Civil-constitucional, através dos princípios e cláusulas gerais elementares à funcionalização⁴⁷ da estrutura sistêmica

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, pp.03-14, Vol.I, n.6, set.2001, p.03-04.

⁴⁴ Saliente-se que optou falar em problemático-casuístico, pelo fato do termo “casuístico” isoladamente adotar, também, um significado pejorativo, qual seja, o das legislações oitocentistas, firmadas em um casuismo que se dizia pré-determinar, no sistema, todos os suportes fáticos passíveis de incidência, descartando a realidade fática que poderia apresentar problemas sequer possíveis de serem previstos pelo legislador. O casuismo permanece, mas doravante vinculado a um raciocínio que partirá do problema apresentado no caso concreto.

⁴⁵ Esta perspectiva histórica foi extraída da obra de BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Editora UFV, 2014. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>.

⁴⁶ Note-se que no Brasil muito por conta de nosso desenvolvimento (ou desenrolar) jurídico ser anacrônica e viver à reboque de eventos jurídico-dogmáticos estrangeiros, não se pode perceber um jogo histórico sucessivo e parametrizado das duas figuras Estatais (Liberal e Social). Entende-se que esse jogo imbricado e dialético entre os dois padrões de Estado foi ainda mais caótico e perturbador em solo brasileiro do que parece ter sido em países Europeus e mesmo nos Estados Unidos do pós crise de 1929, por exemplo. Isso porque a realidade de um país pobre como o Brasil contingencia e muito, as possibilidades de um ou de outro modelo estatal. Fato é que parece só se poder perceber realmente, na história pátria, a presença bem definida do modelo estatal Democrático e de Direito, estando a Constituição Federal de 1988 como sendo um verdadeiro divisor de águas neste embate de padrões estatais. De certo acredita-se existir, apenas, dois momentos estatais nacionais, o antes e o depois da Constituição de 1988, ou melhor, o antes e depois do Estado Democrático e de Direito encampado pela CF 1988.

⁴⁷ Chama-se atenção do leitor para um fato: quando se utiliza a palavra funcionalização nesta dissertação, estar-se-á utilizando a palavra como sinônimo de socialização.

aqui descrita.⁴⁸ Nisso reside a importância do sistema aberto e interpretativamente compreendido pelo raciocínio sistematizado na abordagem dedutivo-causal e permeado, a um só tempo, com um catálogo de lugares comuns jurídicos (princípios) que buscam, diferentemente do que a tópica clássica pode apontar, uma verdadeira concreção social, para além da mera preocupação com o discurso atrelado ao convencimento.

Nesses termos, pode-se imaginar, hipoteticamente e apenas com propósito ilustrativo, que pela perspectiva clássica de Estado Liberal, um devedor que tivesse um programa prestacional a ser cumprido e que falhasse em parcela mínima do que fora pactuado, teria que suportar os efeitos resolutórios pleiteados pelo credor e previstos no art. 475 do atual Código Civil pelo simples fato de ser considerada inadimplente, *prima facie*, já que quebrou, ainda que minimamente, a palavra dada em contrato (*pacta sunt servanda*). Já numa perspectiva extrema do Estado Social, ter-se-ia, para o mesmo caso, uma pronta proteção do indivíduo devedor por certa presunção de sua hipossuficiência material, sendo mesmo irrelevante o grau de descumprimento prestacional perante o credor, cabendo ao Estado intervir para abster o ímpeto de exploração do credor face o devedor.

Contudo, no caso do Direito Civil-constitucional, fruto da concepção de Estado Democrático de Direito, a solução deve ser moderada/ponderada, não se permitindo exageros que desequilibrem o fiel da balança para nenhum dos lados.

Em verdade, o que se faz ao farol deste padrão estatal é analisar a relação jurídica estabelecida do programa contratual, verificando eventuais distorções de ambas as partes, identificando a insignificância da parcela devida e, por fim, confrontando tal constatação com os anseios principiológicos (catálogo de *topoi*) talhados no âmago do sistema jurídico civil-constitucional.

Assim, sopesa-se, por exemplo, a *pacta sunt servanda* com a boa-fé objetiva e o equilíbrio negocial ou a dignidade humana/solidariedade social com a livre iniciativa e a propriedade, entregando, por consequência, uma resposta útil e condizente com a busca do ideal de harmonia entre esses princípios aparentemente antagônicos.

⁴⁸ Tal constatação quanto a esses elementos já havia sido percebida por Couto e Silva na vigência do Código Civil de 1919, tendo em vista o diálogo do autor com o princípio da boa-fé objetiva, por ex., em momento em que o próprio Código Civil e, máxime, o próprio regime ditatorial, em seus arroubos antidemocráticos, ainda não se mostravam afeitos a tal temática. Aqui uma nota da genialidade do referido autor. Para uma maior compreensão, *vide* COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

Desta forma, a realidade estatal brasileira recente, em relação aos aspectos jurídicos e interpretativos, deve ser alcançada, no Direito Civil, quando a Carta Constitucional passa a se comprometer com os mais variados tons principiológicos, que obriga o jurista a adotar uma postura mais aberta diante das possibilidades interpretativas e concretizadoras, ventiladas pela Constituição Federal de 1988, conforme dito, principalmente quando se deve buscar atender o referencial dignidade humana/solidariedade.

Apesar disso, no aspecto cotidiano do Direito Civil, é perceptível que a expansão normativa da Constituição ainda encontre alguns focos de resistência que assaltam a completude/abertura sistêmica depreendida do Direito Civil-constitucional.⁴⁹Essa aversão ao catálogo fundante e estruturante do Direito Civil-constitucional – herança da dogmática atrelada ao Estado Liberal – implica numa redução das possibilidades do ordenamento, o qual acaba ficando cego às extensões e às limitações indispensáveis ao processo de adaptação social pós-Constituição de 1988.

Quem sofre com o lapso interpretativo (extensões) e prático (limites), numa acepção social, é a própria constitucionalização do Direito Civil, cujos elementos conformadores do ordenamento – princípios e cláusulas gerais – ou são negados ou, o que é pior, acabam entrando no discurso jurídico como um “mero adorno teórico” ou um “lugar comum retórico”, desprovido de qualquer impacto na esfera cultural jurídica, nítido exemplo de desonestidade intelectual do intérprete do Direito em relação à comunidade jurídica receptora de seu trabalho.⁵⁰

Compreender como funcionam e como se distinguem, de fato, esses elementos conformadores do Direito Civil, é sinal vital para afastar de seus caminhos a pecha destrutiva do vazio funcional.

⁴⁹ Negam-se, por exemplo, o influxo de princípios arrimados no catálogo de Direitos Fundamentais, fazendo com que seus valores – postos na infraestrutura do próprio ordenamento jurídico – sejam reprimidos diante da interpretação constitucional e ordinária. In KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 72.

⁵⁰ Aqui se toma préstimo do pensamento de Jan Peter Schimdt, o qual mostrou o vazio prático que corrompe o princípio da boa-fé objetiva na prática. Ainda no prelo, a produção foi retratada em SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos *et* MENDES, Eduardo Heitor. Função, Funcionalização e Função Social. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, pp.114 -115. Cumpre notar que aqui fica consignado o desafio de utilização da tópica como modelo descensional.

Na esteira desse raciocínio, tem-se que os princípios são espécies normativas as quais, ao lado das regras e dos postulados, são tidos como “normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante”.⁵¹ Por normas, aqui, entende-se que “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”.⁵²

Por sua vez, quanto às cláusulas gerais, tem-se um modelo de técnica legislativa que desenvolve textos normativos (dispositivos), cujos suportes fáticos (antecedentes) e os preceitos (consequentes) são abertos, a ponto de serem, intencionalmente, vagos e fluidos.

Ademais, atreladas à figura das cláusulas-gerais estão os conceitos jurídicos indeterminados tais como: boa conduta, probidade, boa-fé, função social, entre outros incontáveis termos. Tais expressões são o cerne da formação das cláusulas gerais e, por possuírem uma abertura semântica extremada, permitem que o intérprete autêntico consiga acoplar certa contemporaneidade a leis e a decisões pensadas em dado momento histórico e que, tendo em vista a complexidade social, podem, em pouco tempo, exigir uma renovada atitude interpretativa. Em conclusão, são esses termos vagos que encontram-se no suporte fático e/ou no preceito das cláusulas gerais, daí a relação entre as duas categorias.⁵³

É isto que dilata o aspecto semântico das cláusulas gerais, o que confere ao intérprete autêntico “um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”.⁵⁴

Portanto, ainda que as cláusulas gerais sejam enunciados normativos que suportam – linguisticamente falando – princípios, elas não se confundem tecnicamente.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

⁵² *Ibid.*, p. 50

⁵³ Para maior compreensão do tema, ainda que trabalhado na seara do Direito Administrativo, remete-se o leitor para a leitura de KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed., 2013, pp. 29-42.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, pp.29-30.

Cada uma dessas categorias permitem funções correspondentes em grau de importância, porém distintas para a proposta sistêmica de abertura do Direito Civil-constitucional.⁵⁵

Para melhor fixar a distinção entre princípios e cláusulas gerais, é de se anotar o seguinte exemplo extraído do art. 421, do Código Civil, que preleciona: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Tomando como base o que até aqui fora exposto, tem-se que a expressão “função social” seria um conceito jurídico indeterminado. O excerto enunciativo, como um todo, seria considerado um cláusula geral capaz de abarcar as inúmeras possibilidades desenhadas pelo tráfico jurídico. Enquanto o princípio da função social seria a busca do fim negocial, socialmente almejado, através de determinados comportamentos estabelecidos e valorados pelo julgador, os quais devem ser pautados em condutas alinhadas com os anseios e os ditames programáticos instituídos na Carta Constitucional, estabelecendo-se ideais socioeconômicos a serem necessariamente perseguidos por todos. Advirta-se que da referida cláusula geral pode surgir a regra que preleciona que o comportamento contratual que desrespeitar os anseios socializantes é proibido, devendo, por conseguinte, ser afastado/controlado pelo Judiciário.

Ora, enquanto o princípio conforma, teleologicamente, o sistema, no plano da normatividade, apontando um direcionamento para a perseguição de um fim, a cláusula geral representa um papel gramatical, sintático ou literário, que acaba por criar espaços materiais normogênicos (de regras e/ou de princípios) dentro do ordenamento jurídico, gerando leis esparsas e codificações mais flexíveis e menos silogísticas. Tudo isso por força de um sistema aberto, onde o sentido e o valor ético está além da mera lógica-formal silogística.⁵⁶

⁵⁵ Inobstante a diferença, alguns doutrinadores ou desconsideram a distinção ou dela tiram pouco proveito. De qualquer forma, suas conclusões quanto às questões substanciais que envolvem ambas as espécies jurídicas são, ao que se depreende, acertadas e não trazem maiores prejuízos para o leitor. Nesse sentido, tem-se, por exemplo: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.78. Sobre o assunto, Marcos Ehrardt afirma que “[...] na medida em que os estudos sobre a matéria forem evoluindo, a diferenciação entre tais categorias poder-se-á mostrar necessária e, considerando a existência de critérios distintivos entre elas, não vemos razão para apresenta-los”. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.52.

⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

Se por um lado o sistema torna-se aberto para o diálogo conformador com a realidade social - embora perca em certeza - por outro, ele acaba ganhando em ética, o que é imprescindível diante da proposta constitucionalizante do direito civil.⁵⁷

A escolha, de toda forma, está feita. Princípios e cláusulas gerais permeiam o Direito Civil-constitucional, saber como esses elementos podem abrir o sistema sem cair numa ditadura do arbítrio judicial, contudo, é fundamental para compreender suas funções de concretização do projeto Constitucional.

2.3.1 Cláusulas gerais e princípios: uma proposta jurídica para um Direito Civil renovado

Discutir as cláusulas gerais e os princípios é fenômeno que passa também pelo combate às posições que defendem a erradicação do sistema como categoria jurídica – mesmo que a expressão seja compreendida em sentido amplo – a ser substituída por uma pluralidade de microssistemas esparsos.⁵⁸

Para tanto, por mais que haja, sociologicamente, uma saída dialógica – por força da abertura do sistema – o juiz, com fito a resolver o problema no caso concreto, ao cabo da excursão ao exterior sistêmico, deve perceber que a sua retomada decisória ficará atrelada ao próprio sistema, como objeto remissivo, ou ao ambiente social, em que sua decisão irá operar.⁵⁹

Saliente-se que só se concorda com esse último referencial de encerramento da decisão judicial (o ambiente social) caso se considere que a Constituição – força maior da normatividade democrática – assim o permitiu como elemento de conclusão decisória. Ao se desrespeitar tal constatação, colocar-se-ia o projeto constitucional à mercê de elementos alheios ao Mundo Jurídico, algo teratológico ao próprio funcionamento do sistema.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, p.30.

⁵⁸ COUTO E SILVA, op.cit., p.69.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, pp.34 -35.

Outra constatação igualmente importante é a que, de uma forma ou de outra, o arbítrio do intérprete, fundado em um querer desmotivado, é algo inaceitável, vez que o sistema se abre para a realidade, mas não ao alvedrio da vontade do judiciário.

Em outras palavras, a decisão encontra-se acessível ao sistema jurídico que, numa ordem civil-constitucional, será determinadamente encerrado pela força normativa da Constituição Federal. Constata-se que a vontade do Judiciário (leia-se Juiz) não é relevante enquanto não for revelada. Imprescindível mesmo é a sua participação como instrumento da efetivação do enunciado constitucional.

Isso obriga que o julgador tenha que expor uma motivação plena do raciocínio que fundamentou sua decisão. É esse o ônus argumentativo que não admite que o juiz faça das cláusulas gerais e dos princípios, vazios retóricos onde residam os substratos de uma autocracia judiciária. É o sistema que, em última análise, preenche as cláusulas gerais e os princípios.

Judith Martins-Costa, quanto ao papel transformador das cláusulas gerais no sistema, constata que seria essa a maior função delas, posto o fato de permitirem a viabilização de uma “inflexão ponderada” entre Constituição e o Direito Privado.⁶⁰

Na mesma linha, Couto e Silva, amparado nas lições de Esser – aqui adaptadas para contemplar o fenômeno da constitucionalização – permite compreender que os princípios veiculados na figura da cláusula geral estão atrelados ao papel relacional e transformador existente entre o direito formal e o direito material, já que através dela é que o Juiz passa a ter um certo protagonismo na persecução dos ideais e matérias (civis-constitucionais), sem desnaturar o jogo processual (formalmente estabelecido).⁶¹

Entretanto, não se quer desconsiderar, do âmbito sistêmico, as particularidades existentes entre processo e direito material que refletem diretamente na dualidade inculpada pelo rigor formal versus a flexibilidade material.

Se assim fosse promovida a referida desconsideração, inverter-se-ia o papel do Juiz no Direito Civil-constitucional: de artífice do direito (ativismo judicial) passar-lhe-ia a condição de soberano absoluto do direito (ditadura judicial). Nesse sentido, pode-se tomar como préstimo e adaptar para esse contexto, a explanação de Bruno Lewicki que ressaltou: “não podemos encarar o ordenamento como o proverbial bufê, onde nos

⁶⁰ Ibid., p.36.

⁶¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigações como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.69.

servimos um pouco de cada coisa, a nosso gosto, deixando para lá aquilo que não nos agrada tanto. Afinal, ele é uno”.⁶²

Neste ínterim, encontra-se o ponto fulcral da abertura sistêmica: “a mútua relação entre processo e direito material, entre ação e direito subjetivo”.⁶³ Tal liberdade, fique claro, deve ser controlada e somente pode ser perfeita nos anseios materiais, tornado os ramos do Direito Civil, como o Direito das Obrigações, antes estanques, agora mais afeitos aos clamores da realidade social.

Ademais, a aplicação dos referidos princípios como fundamento para incidência da Teoria do adimplemento substancial, é meio pelo qual o juiz, no caso concreto, consegue superar a rigidez da tipicidade estática da codificação civil pátria em relação ao instituto do adimplemento, tudo isso com o anseio de possibilitar eficácia normativa à Constituição Federal, ponto comum entre quase todas as análises doutrinárias brasileiras acerca do tema proposto nesta dissertação.

É desse ponto que se passará, igualmente, aos dados analíticos acerca do binômio constitucional dignidade humana/solidariedade, imperiosos à compreensão do Direito Civil-constitucional, salientando-se, inobstante, que todos os princípios aqui arrolados são considerados, para o propósito dissertativo aqui versado, como verdadeiros portais sistêmicos, onde se passam os influxos civis-constitucionais que arrebatam a Teoria do Adimplemento Substancial, em que pese a preferência metodológica pelo enfoque, ao longo de todo o trabalho, dada à boa-fé objetiva.

2.3.2 Binômio Dignidade Humana/Solidariedade nas Obrigações

Tem-se da análise estrutural e, por conseguinte, interpretativa, do binômio constitucional em comento, que seu primeiro elemento algébrico – tomando como préstimo a figura matemática que ora se apresenta – seria o princípio da dignidade humana o qual, por sua capacidade de introjeção sistêmica e interferência nas estruturas obrigacionais, é definido por Ingo Sarlet como sendo:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de

⁶² LEWICKI, Bruno. Metodologia do direito civil constitucional: futuros possíveis e armadilhas. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 288-293, set.2014, p. 291.

⁶³ COUTO E SILVA, op.cit., p.69.

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁴

É justamente dessa estrutura conceitual da dignidade humana que se pode extrair a possibilidade da inalienabilidade e irrenunciabilidade que faz desse princípio um elemento imprescindível ao Direito Civil contemporâneo e que, por ser (quase) inflexível, impõe uma estruturação obrigacional contemporânea, que permite enxergar as relações no campo civil como mais do que um meio transacional de bens da vida valorados e economicamente escassos.

Em verdade, tem-se, como bem delineado por Carmen Lúcia, que “a vida digna não é mais uma possibilidade. É um imperativo [...] mais grave que tudo, a coisificação do homem pode ser medida em preço. E a dignidade é qualidade do que preço não tem”.⁶⁵

Aqui, parece haver nítida tentativa de adoção civilística da tradição do pensamento ocidental, que parte das reminiscentes bases do cristianismo e chega ao imperativo ético-categorico kantiano⁶⁶, pressuposto de uma edificação humanista do direito moderno, onde não se reconhece um espaço ontológico ao ser (humano) – mesmo no campo do tráfico jurídico-obrigacional – fora de uma perspectiva que o coloque como um fim em si mesmo.

Doutra vertente, tem-se no segundo termo binominal, a solidariedade, a qual, terminologicamente falando, pode ser entendida:

[...] sob diversas facetas: como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como o resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais.⁶⁷

Ora, se o princípio da dignidade humana está calcado na ontologia do ser, o princípio da solidariedade está calcado na intersubjetividade, relação ser-ser, onde a cooperação e o respeito mútuo é o agente motor para a preservação da sociabilidade

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

⁶⁵ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. (Coord.) **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

⁶⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 247.

inerente ao único ser culturalmente gregário. Veja-se, inclusive, que existe uma dependência entre os dois termos binomiais.

Inobstante, é de valia a observação elaborada por Marcos Ehrhardt Jr., o qual indica que:

Durante todo o século XX, a noção de solidariedade social era sempre reduzida à perspectiva da caridade, do auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, aproximando-se, pois, da filantropia. No entanto, não é nosso objetivo colaborar para manter a noção de solidariedade como um sentimento genérico de fraternidade.⁶⁸

É partindo desse ponto, em exatidão, que se consegue perceber uma orientação sistemática capaz de insculpir a compreensão de um Direito Civil-constitucional, cuja dinamicidade, atrelada ao princípio da boa-fé (máxime em sua faceta objetiva) e função social do contrato, gera uma expansão interpretativa de evidente pertinência aos propósitos deste trabalho.

Em tal expansão, também, que se elabora o tripé do Direito Civil-constitucional: funcionalização, ressystematização e ressignificação, os quais terão um tópico próprio neste capítulo, dado o fato de serem indispensáveis para a compreensão do direito das obrigações na contemporaneidade.

2.3.3 Princípio da Boa-fé⁶⁹

A cláusula geral insculpida no art. 422 do Código Civil é o suporte linguístico que conduz o intérprete ao princípio da boa-fé por prelecionar que os “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Em exercício metalinguístico, Fachin e Schreiber apontam que o conteúdo principiológico indicado no citado art.422 do Código Civil é o mesmo que fora reconhecido no início da década de 1990 com o Código de Defesa do Consumidor, ressaltando-se, todavia, que tal concepção “difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às

⁶⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.74.

⁶⁹ Chama-se a atenção do leitor para fato de que o princípio da boa-fé, em seu viés objetivo, será trabalhado em outras passagens desta dissertação, o que justifica a brevidade na qual ele é descrito neste momento. Pede-se para que se considere essa passagem como mera apresentação do tema, destaque-se.

relações de consumo”,⁷⁰ nítida formulação equivocada do princípio que nas relações paritárias pode constituir, inclusive.

Cumpre frisar que ao se falar em boa-fé, é evidente a existência de duas vertentes do referido fenômeno: subjetiva e objetiva.

Quanto à primeira, Judith Martins-Costa indica que a significância remeteria a um “estado de consciência” ou “convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória”, isso se deve ao fato de que, em tal categoria, a posição “consciente” do indivíduo, em acepção psicológica, é percebida por força da sua participação em dada relação jurídica.⁷¹

Portanto, pode-se depreender que a face subjetivista da boa-fé implica na necessidade do interprete compreender sua incidência, buscando indícios do estado de espírito do indivíduo cuja boa-fé (oposto de má-fé) em seus atos é colocada em questão. Uma vez que essas amarras psicológicas são praticamente impenetráveis, esse viés da boa-fé subjetiva é carregado de um peso probante que dificulta sua praticidade como ferramental jurídico, embora não se queira indicar com isso sua completa extinção do sistema do Direito Civil-constitucional.

Por outro lado, a boa-fé objetiva que é diretamente voltada para um caminho/postura que remete o agente jurídico à retidão, à lealdade, à honestidade, foi compreendida como sendo um modelo de conduta por meio do qual a concreção é a base analítica do caso, o que conduz o aplicador de tal categoria a uma análise diferenciada, que afaste da esfera da boa-fé objetiva os padrões voluntaristas:

[...] o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.⁷²

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo, SCHEREIBER, Anderson. A boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Obrigações: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005, p.34.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, p. 41-42.

⁷² MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998, p. 41-42.

Ao versar sobre tal princípio, Paulo Lôbo indica, enfaticamente, que o princípio da boa-fé objetiva não pode ser embaraçado com o “dever de observância dos bons costumes” como condutas amplamente aceitas pela sociedade, numa acepção, quase comunitarista, de moral coletiva albergada no Mundo Jurídico. É como se a boa-fé, nesse diapasão, mais precisamente em seu sentido objetivo, ofertasse ao intérprete um espectro de visão mais específico e superior, o que ele chama de “dever de conduta” dos partícipes de uma relação obrigacional, fundada em uma conduta ética.⁷³

Embora se tenha no esforço doutrinário os caminhos que apontam para um norte interpretativo/construtivo da boa-fé, mesmo em seu viés objetivo – mais importante para os propósitos desta dissertação – é relevante salientar, como o fez Menezes Cordeiro, que “a boa fé objectiva, embora jurídica, parece escapar à lei. Na fase anterior à formação de um Direito jurisprudencial seguro, ela implica uma atividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face o sistema global e o caso a resolver”.⁷⁴

Dessa conclusão de Menezes Cordeiro é que parece insurgir o espírito da equidade, como um ideal de justiça, ou ainda melhor, de justeza das decisões judiciais no caso concreto como forma de aperfeiçoamento máxima da boa-fé em dado sistema jurídico. Ora, é que a equidade, segundo Paulo Lôbo:

[...] conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado, na busca do equilíbrio dos poderes privados. Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com standards valorativos, a equidade é entendida no referido sentido aristotélico como da justiça do caso concreto.⁷⁵

O Direito Civil brasileiro parece encontrar-se em uma fase mediana, entre o nada jurisprudencial e um histórico consolidado de precedentes, o que leva a crer que o esforço delimitador que implica na definição conceitual é, em última análise, uma busca mínima para a racionalização do instituto da boa-fé, a qual, por mais perfeito que se possa parecer o intento da doutrina brasileira, somente representará um encerramento momentâneo da discussão.

Nesses termos, impõe destaque que a vitalidade do princípio da boa-fé objetiva encontra-se na confluência do sistema e no caso concreto, não se esquecendo, especialmente, que seu conteúdo é talhado como o resultado da força constitucional que

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.

⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.43.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89.

se espalha sobre o Direito Civil. Aliás, esse movimento de expansão do princípio, quando em seu desdobramento corolário, equidade, é algo expressamente perseguido pelo próprio Código Civil brasileiro. Mesma conclusão empresta-se à função social do contrato, a seguir alinhavada.

2.3.4 Princípio da Função Social do Contrato

Tem-se no art. 421 do Código Civil a seguinte cláusula geral: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Pode-se perceber de início, que o espírito normativo inferido de tal dispositivo coloca o princípio da função social do contrato em linha de confluência com a liberdade de contratar.

Tal relação, entre liberdade e função social, trata-se de uma reprodução fidedigna da Constituição Federal de 1988, precisamente nos incisos XXII e XXIII do Art.5º. Ao comentar essa imagem reflexiva da Constituição sobre o Código Civil, Miguel Reale explica que isso se deve ao fato de que “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”.⁷⁶

Todavia, parece que o mencionado autor, ao aparentemente encampar a figura de *mens legis*, titubeia diante da capacidade expansiva que tal princípio pode ofertar ao Direito Civil.

Ora, segundo o tridimensionalista, a *pacta sunt servanda*, mesmo depois da Constituição Federal de 1988, para não citar o Código Civil, “continua a ser o fundamento primeiro das obrigações contratuais”.⁷⁷

Embora também não se coadune, em absoluto, com a ideia (ou o ideal) daqueles que acreditam na redução – ou quase extinção da clássica *pacta sunt servanda* – sua função passou a ser encarada, sistematicamente falando, numa posição de equilíbrio de forças e importância com a função social do contrato.

Assim, se a palavra empenhada deve ser cumprida, a matéria dessa palavra deve repercutir na concreção da funcionalização do contrato pela força socializante da Carta

⁷⁶ REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁷⁷ Idem.

Constitucional de 1988, máxime, sobre a propriedade, elemento fundante das relações particulares.

Corroborando para o entendimento, tem-se que:

A função social é um exemplo claro das diretrizes constitucionais para a esfera privada, pois a propriedade e os contratos, outrora fechados – sem possibilidade de reconhecimento do interesse de terceiros a neles influir - hoje possuem a função social em sua própria definição, numa visão jurídica contemporânea que acarreta um compromisso dos institutos com a sociedade. A propriedade é acolhida como algo mais do que o elemento justificador de um estado de fato de posse e o contrato para além do conteúdo negocial de seu objeto, de forma a que se lhes vincule à noção de bem-estar.⁷⁸

Complementando a inteligência colacionada, Gustavo Tepedino indica que o princípio em comento impõe às partes envolvidas num contrato, o dever de priorizar tanto os seus interesses, quanto os interesses socialmente relevantes, juridicamente tutelados e que, de alguma forma, são tocados pela influência do contrato na esfera social. É desse ponto em diante que o sistema é funcionalizado para também atender aos anseios de “ordem pública”, democraticamente consagrada pela Constituição Federal.⁷⁹

Contudo, é de se perceber que função social não pode ser confundido como sendo um mecanismo apenas externo ao desenvolvimento obrigacional. É que a força constitucional também repercute nas categorias jurídicas de maneira interior, afetando toda a sua estrutura, sendo notório que ela se encontra imbuída de uma nova perspectiva, totalmente atinente à proteção da pessoa.⁸⁰

Corroborando para tal entendimento, é possível afirmar que:

[...] todo instituto tem uma função, se a identificação dessa função é central para a atividade do intérprete, e se disso decorre a instrumentalidade do instituto para a realização desses fins – sua funcionalização – resta a questão de como identificar a função do instituto, os objetivos que sua aplicação deve buscar, o valor jurídico que o justifica”.⁸¹

⁷⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Por uma Nova Dogmática para o Direito Privado: Direito Privado e a Noção Funcional dos Contratos Empresariais**. XVI Congresso Nacional CONPEDI, Belo Horizonte, 2007, p. 2882.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principialização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.13, Belo Horizonte: Fórum, pp.39-59, Vol.13, jul./set. 2017, p.42.

É dessa conclusão que a doutrina alinhada com o Direito Civil-constitucional consegue constatar no âmago do direito das obrigações, o delineamento de perfis funcionais, capazes de justificar uma possibilidade interpretativa expansiva que coloque nas vias de clássicos institutos obrigacionais, como o (in)adimplemento, a instrumentalização necessária ao projeto constitucional,⁸² conforme apresentado no capítulo anterior.

2.4 TRIPÉ DAS OBRIGAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: FUNCIONALIZAÇÃO,⁸³ RESSISTEMATIZAÇÃO E RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL

De início, é de se salientar que a tríade da transformação e catalisação do direito civil-constitucional, como já propugnada, é um patente resultado da abertura interpretativa que as influências principiológicas exercem sobre o ordenamento jurídico constitucionalizado.

É dessa abertura que se consegue vislumbrar, por exemplo, o fenômeno da funcionalização do direito civil, cuja importância, ao lado da ressystematização e ressignificação, é indispensável para a transformação do direito obrigacional contemporâneo, sem o qual, teorias como a do adimplemento substancial dificilmente seriam possíveis de se desenvolver em sua integralidade.

Estando de tal modo, como bem destacou Carlos Nelson Konder, a funcionalização impõe a análise ativa de um fato jurídico sobre o qual se buscariam os efeitos e os fins desejados pelo sistema jurídico - para além da mera estrutura “privatista” – que não é desprezada, posto ser ponto de partida hermenêutico. Dessa forma, segundo sobredito, a função social dos contratos não se atém, apenas, aos elementos clássicos da estrutura jurídica do direito obrigacional, indo além, chegando-se a sua finalidade, aos seus efeitos, ao “regime normativo aplicável àquele negócio”.⁸⁴

Ao desenvolver raciocínio que se debruçou sobre a resistência original à função social do contrato, Carlos Nelson Konder considera o contrato funcionalizado um instrumento obrigacional com um intrigante significado para o direito civil-

⁸² Ibid.

⁸³ Conforme aludido em nota de rodapé de n. 39, ao se falar em funcionalização, estar-se-á a se referir a sua acepção “socialização”, destaque-se.

⁸⁴ KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**. São Paulo: Renovar, 2006, p.32.

constitucional, especialmente pelo fato de ser calcado no território da autonomia privada, a qual “em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas”.⁸⁵ Por outro lado, prece que esses instrumentos permitem o afloramento do que se percebe justo e equilibrado dentro do Direito Civil-Constitucional, quando do respeito da função social.

Ora, nesse particular, a funcionalização do direito das obrigações, teve (e ainda tem) que traçar contraponto à clássica concepção obrigacional que coloca o contrato como o reduto estéril da vontade, donde o Estado – Poder Judiciário – teria uma grande barreira de legitimidade ao se imiscuir. Essa posição defensiva – para não dizer conservadora – foi gestada no ventre do Estado Liberal e impregna, até hoje, a corrente clássica da teoria geral das obrigações.

Apesar disso, essa vertente do ideário liberal – de importante significado histórico – arrefeceu-se com o advento do Estado Social e, principalmente com a construção do Estado Democrático de Direito, mais precisamente nos termos do binômio dignidade humana/solidariedade.

Trazendo essa constatação para luz do Direito Civil-constitucional, tem-se, como retratado por Carlos Nelson Konder, que “não se pode admitir que o devedor consinta em despojar-se de parte de sua liberdade, contraindo uma obrigação perante o credor, se não for para atender um interesse considerado, à luz dos valores que informam o ordenamento jurídico, merecedor de tutela”.⁸⁶

Veja-se que propugnar uma posição mais social da estrutura obrigacional não é sinônimo de se olvidar da necessária reminiscência à estrutura do preceito legal colocado numa regra obrigacional. Tampouco afasta-se, a título ilustrativo, da categorização que guarda no autorregramento da vontade – para utilizar uma terminologia pontesiana – a consolidação elementar de certas hipóteses fáticas.

Há de se entender que o diálogo principiológico, defendido nas linhas deste trabalho, não restringe ou afasta o modelo obrigacional existente e legislado, em verdade

⁸⁵ Id. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.13, Belo Horizonte: Fórum, pp.39-59, Vol.13, jul./set. 2017, p.46.

⁸⁶ KONDER, Carlos Nelso; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v.2, 2008. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/11/A-funcionaliza%C3%A7%C3%A3o-civilistica-2012.2.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

complementa-o dentro das próprias aberturas sistêmicas ensejadas às obrigações pela lente do direito civil-constitucional. Isso é o que basta para que ele seja relevante.

Em palavras breves: a referibilidade da estrutura obrigacional provém do sistema e retorna ao sistema. Dessa maneira, a clássica estrutura obrigacional (= elemento volitivo + elemento objetivo + vínculo jurídico) é estreita – para não dizer inexistente – face à perspectiva sistêmica e pronta a atender as complexidades, as necessidades, as dores e as angústias do ser humano, fora de “um tubo de ensaio jurídico” indiferente à condição humana.

Nesse jogo imbrincado, une-se a estrutura funcionalizada por via de um entrelaçamento entre princípios civil-constitucionais com as estruturas clássicas postas à obrigação, criando-se a dinamicidade necessária ao desenvolvimento do direito obrigacional hodierno. Sintetizando esse raciocínio, pode-se trazer à colação que:

A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados—especialmente o do credor—e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor.⁸⁷

Ademais, toda essa perspectiva de expansão das estruturas obrigacionais, conforme indiciado nas várias passagens desta obra, só é possível graças ao fato de haver uma perspectiva dialógica da Constituição com o Código Civil de 2002 e seus confluente especializados (CDC e Estatuto dos Idosos, por exemplo), reflexo direto da estrutura tópico-sistemática descrita no capítulo anterior.

É desse diálogo, também, que surge a possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares, capaz de produzir a ressystematização do direito civil – segundo elemento da tríade ora apresentada – ocorrida por intermédio de duas correntes teóricas que se rivalizam. Uma que defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, outra que defende a eficácia indireta e mediata de tais direitos, algo que marca a superação da rigidez que indicava o aparte binário público-privado⁸⁸. Nesses casos, tem-se, segundo Barroso, as seguintes possibilidades concorrentes entre si:

- a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Considera-se essa separação como um *sensu comum* jurídico, algo que se considera para os fins deste trabalho como mero raciocínio didático, conforme nota de rodapé de nº 5.

da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.⁸⁹

De uma forma ou de outra, é evidente a influência constitucional, mais precisamente dos direitos fundamentais, no contexto privado, como caminho que se entende inevitável e até premente, dada a fatalidade do Estado Democrático de Direito de ficar alerta ao que acontece sobre as suas bases, ainda que entre particulares, de maneira horizontalizada. Em esclarecimento de ideias, não há direitos que sejam imunes à ação estatal.

Veja-se, por exemplo, que a liberdade de contratar, o direito à propriedade, a posse ou a propriedade, a liberdade de expressão ou mesmo de impressão, não nascem em árvores ou caem do céu como fenômenos da natureza, mas surgem da ação garantidora/positiva do Estado em assim assegurá-los.⁹⁰

Defender, em tais casos, a omissão estatal em controlar atividades particulares com base no argumento da “coisa privada” é, em último exercício argumentativo, o mesmo que aceitar a complacência do Estado (*enforcement*) com a violação de sua maior função existencial: preservar a paz e desenvolver as potencialidades individuais, o que deve se perfazer nos exatos limites da agenda constitucional.

Por fim, surge o terceiro e último elemento da tríade: a ressignificação (ou repersonalização). Tal elemento, nas linhas das lições de Daniel Sarmento, é fruto de um processo de filtragem do direito civil capaz de provocar:

[...] a releitura dos mais importantes e tradicionais institutos, como propriedade, posse, contrato, família, etc., de modo a torná-los mais compatíveis com os valores humanitários da Carta. [...] Do ponto de vista substantivo, as conseqüências deste novo “olhar” constitucional sobre o Direito Civil convergem para a idéia de personalização e despatrimonialização deste ramo da ciência jurídica. Em outras palavras, trata-se de reconhecer, a partir dos valores e princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no tráfico jurídico-privado.⁹¹

Com a ressignificação, como o próprio título do fenômeno o sugere, o direito civil passa a remanejar os seus elementos simbólicos para as linhas ansiadas pelo projeto

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Bol. Fac. Direito U. Coimbra, v. 81, p. 233, 2005.

⁹⁰ Nesse sentido vide: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007. Disponível em: <fbm.com.br>. Acesso em: 10 set. 2017.

constitucional. Aqui existe a transmutação do Direito Civil que passa a posicionar o patrimonialismo, ansiado vividamente pelas codificações de matiz liberal, como um objeto cujo sentido fica afeito ao respeito à pessoa humana.

Em clássico artigo sobre o tema, Paulo Lôbo explica que o grande propósito do civilista contemporâneo é justamente:

[...] ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e, através dela, seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.⁹²

Em que pese às linhas deste trabalho não se filiarem ao abandono da patrimonialidade no Direito Civil, é notório que o espírito do agente reconhecedor da incidência normativa deva, dentro da ordem civil-constitucional, alcançar, também, o sentido da propriedade e dos elementos dela decorrentes, por meio do impacto que o projeto constitucional exerce no sistema jurídico como um todo.

Nesses termos, produtos obrigacionais como o contrato, existem como objetos funcionalizados de uma patrimonialidade que deve sempre vir a reboque do respeito aos sujeitos envolvidos pela relação jurídica. Essa parece ser a forma mais condizente com o Direito Civil-constitucional.⁹³

2.5 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E OUTRAS ABORDAGENS HODIERNAS CONFUNDIDAS COM A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Pelo exposto até o presente momento, e como forma de embasar o próximo capítulo, tem-se que ao se buscar compreender uma categoria obrigacional como a do “adimplemento substancial”, é imprescindível que se tenha em mente que esse instituto encontra-se diretamente atrelado ao Direito Civil-constitucional, abrangido em seus pressupostos teóricos como sendo amparado em três pontos indicados por Schreiber com base na doutrina de Perlingieri: (a) a normatividade da Constituição, (b) ordenamento complexo e unívoco que permite uma pluralidade de fontes e (c) a construção de um

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação legislativa*, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁹³ Tal compreensão servirá de base para a leitura e compreensão dos elementos gerais da obrigação a serem trabalhados no próximo capítulo.

direito civil voltado à aplicação cuja a interpretação confere bases renovadas ao direito civil.⁹⁴

Quanto ao primeiro aspecto, ao se dialogar com o pensamento de Konrad Hesse, tem-se que a Constituição é a base normativa que atribui forma e, ao mesmo tempo, modifica a realidade social, através de seu impacto político e social, devido ao raciocínio que é convicto na inviolabilidade de sua juridicidade.⁹⁵

Daí decorre que a busca maior do intérprete do Direito Civil é encontrar na agenda constitucional um fim a ser alcançado, uma vez que toda interpretação de um dispositivo insito ao ramo cível deve coadunar-se com os anseios constitucionais. É dessa injunção que se preenchem as cláusulas gerais e geram os princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Quanto ao segundo elemento teórico acerca da concepção de um ordenamento complexo e unívoco, percebe-se que o Direito Civil-constitucional é viabilizado, de fato, para compreender um ordenamento “privado” disperso em fontes, entretanto concêntrico à Constituição Federal. O sistema, por conseguinte, é unificado pela e para a Constituição, o que implica em uma superação das prelações de Natalino Irti⁹⁶, as quais vislumbravam, partindo de um processo de descodificação, uma ruptura capaz de desembocar na “polissistematização” do Direito Civil.

Ora, é bem verdade que o Código Civil já não é o único elemento nuclear das relações jurídico-cíveis, porém isso não implica em dizer que haveria um processo de ruptura que a um só passo destruiu o espírito codificador e criou vários microssistemas sem imbricação. Quanto a esse fato, Schreiber informa que:

A teoria dos microssistemas tem o mérito de destacar a perda de importância do Código Civil como centro gravitacional do direito privado, diante da proliferação de leis especiais, mas o que propõe a título de solução, é uma perigosa fragmentação do sistema jurídico, que, de um lado passa a ser guiado por valores de ocasião e, de outro, deixa sem qualquer resposta os inúmeros conflitos que atraem a aplicação simultânea de estatutos diversos, inspirados, muitas vezes, em propósitos antagônicos ou assimétricos.⁹⁷

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.9.

⁹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24.

⁹⁶ In IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milão: Dott. A.Giuffrè, 1999.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.11.

Do que se conclui, a complexidade do sistema civil-constitucional é sintetizada com a univocidade da força normativa da Constituição. Interpretar o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor ou uma Lei Societária, por exemplo, é, antes de tudo, um exercício de interpretação constitucional.

A última e mais polêmica característica do Direito Civil-constitucional perfaz-se quanto à sua interpretação voltada para a aplicação. Conforme já explanado, o sistema jurídico na atualidade é um sistema aberto. Ao se abrir, em alguns casos, ele busca a solução jurídica do caso concreto fazendo uma busca dialógica – expansão sistêmica – com a realidade no qual o problema apresentado à luz civil-constitucional se encontra.

Contudo, essa saída, que foi chamada linhas atrás da “excursão ao exterior sistêmico” só é permitida quando orientada pela Constituição e quando a impressão recolhida no campo exterior for conferida com o catálogo programático constitucional. Se assim o é, o papel do intérprete revelador do direito que incide no caso concreto não é um papel volitivo que pouco importa para os propósitos jurídicos, mas sim um papel conceitual, em um sentido concatenado com a interpretação do que rege o sistema aberto e constitucionalizado.

Portanto, o papel “criador” do Direito Civil-constitucional que o jurista assume é, dentro desse raciocínio, o da realização dos preceitos constitucionais. Criar, aqui, é sinônimo de revelar a Constituição, perspectiva ligada a uma acepção mais próxima à doutrina de Pontes de Miranda,⁹⁸ implicando em olhar o papel do jurista sem assomos hercúleos.

De tal modo, o Direito Civil-constitucional, apesar de ser atrelado a uma função mais ativa do julgador na busca de efetivá-lo, é permeado de freios e contrapesos, impostos pela própria Constituição que elege, entre outros valores, o da segurança jurídica.⁹⁹ Isso reflete na radical distinção que se deve fazer entre Direito Civil-constitucional e o direito alternativo.¹⁰⁰

⁹⁸ Para compreender melhor a questão reveladora do papel interpretativo do jurista quanto à Constituição, remete-se à leitura do prefácio do Tratado de Direito Privado *in* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.01.

⁹⁹TEPEDINO, Gustavo. **Itinerário para um imprescindível debate metodológico**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.035.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁰⁰ Por vezes, há quem coloque o diálogo das fontes como dissonante com o direito civil constitucional: “[...] aprioristicamente um valor constitucional a ser promovido, a tutela do vulnerável, e já predetermina, assim, em favor de quem já deve ser aplicada a técnica, a impedir o jurista a analisar, à luz do caso concreto, qual das diversas possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico se mostra mais adequada para

Por direito alternativo tem-se aquele direito voltado à militância político-ideológica vinculada a um pensamento mais afeito ao viés de esquerda e que, segundo Amilton Bueno de Carvalho, um dos precursores do movimento no Brasil, seria marcado por uma “atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta”.¹⁰¹

Para os alternativos, o direito deve, necessariamente, servir a um grupo, como se a própria estrutura jurídica já devesse, previamente, incorporar uma classe juridicamente vitoriosa pelo fato de ser oprimida, fazendo, assim, justiça social.

Ao revés disso, o Direito Civil-constitucional encontra-se direcionado a atender a ordem democrática em um significado capaz de enxergar em todo ser humano, independentemente de sua posição social, política, étnica ou sexual, um ponto de preocupação e importância de seu programa jurisdicional.

Pavimentada as linhas teóricas mais abrangentes que nortearão, doravante, o raciocínio desta dissertação, é chegada a hora de traçar um corte metodológico que permita compreender a Teoria Geral das Obrigações de maneira mais detida, trabalhando como se perfez a transformação de seus institutos mediante a influência da base teórica que enxerga a obrigação como um processo.

discipliná-lo e promover os valores constitucionais; afasta-se, assim, da interpretação sistemática.” *In* TERRA, Aline Miranda Valverde. *Liberdade do Intérprete na metodologia civil constitucional*. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.49.

¹⁰¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 89.

3 DA TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES¹⁰² À OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO: CAMINHOS PARA A COMPREENSÃO PANORÂMICA DA PERTURBAÇÃO DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

A dificuldade analítica de apreender o direito civil como objeto de pesquisa capaz de se mostrar milenarmente edificado e, ao mesmo tempo, funcionalmente aberto e cambiante a solucionar os diversos problemas de tráfico jurídico, faz dele um ramo do direito intricado em sua densidade de elementos das mais distintas formas e funções, como percebido no capítulo anterior.

Para compreendê-lo em caráter civil-constitucional, dentro da proposta de sistema jurídico aberto e harmonizado por um catálogo de *topoi* (cláusulas gerais e princípios) apresentada no primeiro capítulo, torna-se pertinente segui-lo revelando adequações à complexidade jurídica imposta pela contemporaneidade em relações jurídicas cada vez mais rápidas, interacionais e, sobretudo, massificadas, repise-se.

Na esteira desse raciocínio, é importante – posto ser um verdadeiro retrato da órbita civil-constitucional – pontuar os elementos da região obrigacional onde reside o adimplemento substancial, o que se dará iniciando o intento pela explanação panorâmica da Teoria Geral das Obrigações, desembocando na análise do substrato para a visão da obrigação contemporânea, qual seja, a obrigação como um processo, para finalmente adentrar na localidade cível que se convencionou chamar de perturbação da relação obrigacional, cujos principais elementos são: o inadimplemento absoluto, a mora ou inadimplemento relativo¹⁰³ e o adimplemento substancial que fica em zona fronteira ao adimplemento total.

¹⁰² Preferiu-se adotar a denominação Teoria Geral das Obrigações, assim como o fez Paulo Lôbo, não se olvidando das críticas que Pontes de Miranda fez à denominação ao preferir a opção pela expressão “Teoria Geral das Dívidas e Obrigações”, posto se estudar nesse campo dívidas que não estariam, de fato, alinhadas com a natureza obrigacional que aqui se analisará. Vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

¹⁰³ Segundo Pontes de Miranda “quem falha quanto ao adimplir há de ser lembrado pela tribo e lembrar-se. *Mora vem de memor*. A memória está em causa. O termo, a condição e a interpelação lembram; o devedor obrigado, que deixa de adimplir, incorre em mora. De ordinário, a mora traça linha, no tempo, e durante o percurso consumam-se as suas consequências.” Chama-se a mora de inadimplemento relativo, algo ordinário, pouco preciso. Essa é a acepção comum que se fornece ao termo mora correspondendo ao fato obrigacional no qual a pretensão creditícia ainda não foi atendida, mas, no entanto, ainda pode ser. Porém, a mora está presente no inadimplemento, seja ele absoluto (impurgável) ou relativo (purgável), pouco importando. Vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, pp.8-9.

Apregoado o alicerce do que irá ser desenhado no vertente capítulo, dá-se início, pois, à compreensão do que seriam as figuras estratégicas da Teoria Geral das Obrigações.

3.1 A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Hodiernamente, tem-se que o direito das obrigações é considerado o ramo da civilística que cuida das relações jurídicas (elemento lógico) estabelecidas em caráter pessoal (elemento subjetivo), entre sujeitos de direito, ao exercerem posições de titularidade ou de dever correspectivo, um face ao outro, diante do tráfico jurídico-negocial capaz de colocar os bens da vida (elemento objetivo) em alternância de esfera patrimonial. Tal sentido pode ser destacado da obra de Paulo Lôbo ao afirmar que:

O direito das obrigações é o ramo do direito que regula a relação jurídica de dívida de prestação ou determináveis, sendo este o núcleo que o identifica. É direito relativo, a que corresponde o dever relativo. As relações negociais e a responsabilidade pelos danos imputáveis são as principais causas das obrigações, ainda que não as únicas.¹⁰⁴

Ao que se depreende do referido excerto, a ênfase da situação obrigacional está justamente na figura do devedor, aquele cuja dívida exerce um peso sobre o patrimônio. A princípio, por ter que suportar tal pressão patrimonial, seria esse o indivíduo mais frágil, juridicamente falando, posto, *prima facie*, sem uma visão funcionalizada do dever e do direito creditório, ficar refém da vontade e, máxime, dos arroubos egoísticos do poder credor.

Eis aqui, outra vez, a necessidade de se retornar à questão da funcionalização que foi discutida no capítulo anterior deste trabalho. Tal repisar é de valia neste momento, posto colocar a estrutura obrigacional nos trilhos do equilíbrio, uma vez que seu alicerce jurídico pressupõe a igualdade de condições, chegadas e partidas, na relação obrigacional. Quando isso ocorre, aí sim, consegue-se atingir o ideal de justiça (no) privado, onde se trata todos com o mesmo rigor e, máxime, sem a preocupação de se estar a cometer um beneficiamento do sujeito “a” ou “b” de uma relação obrigacional.

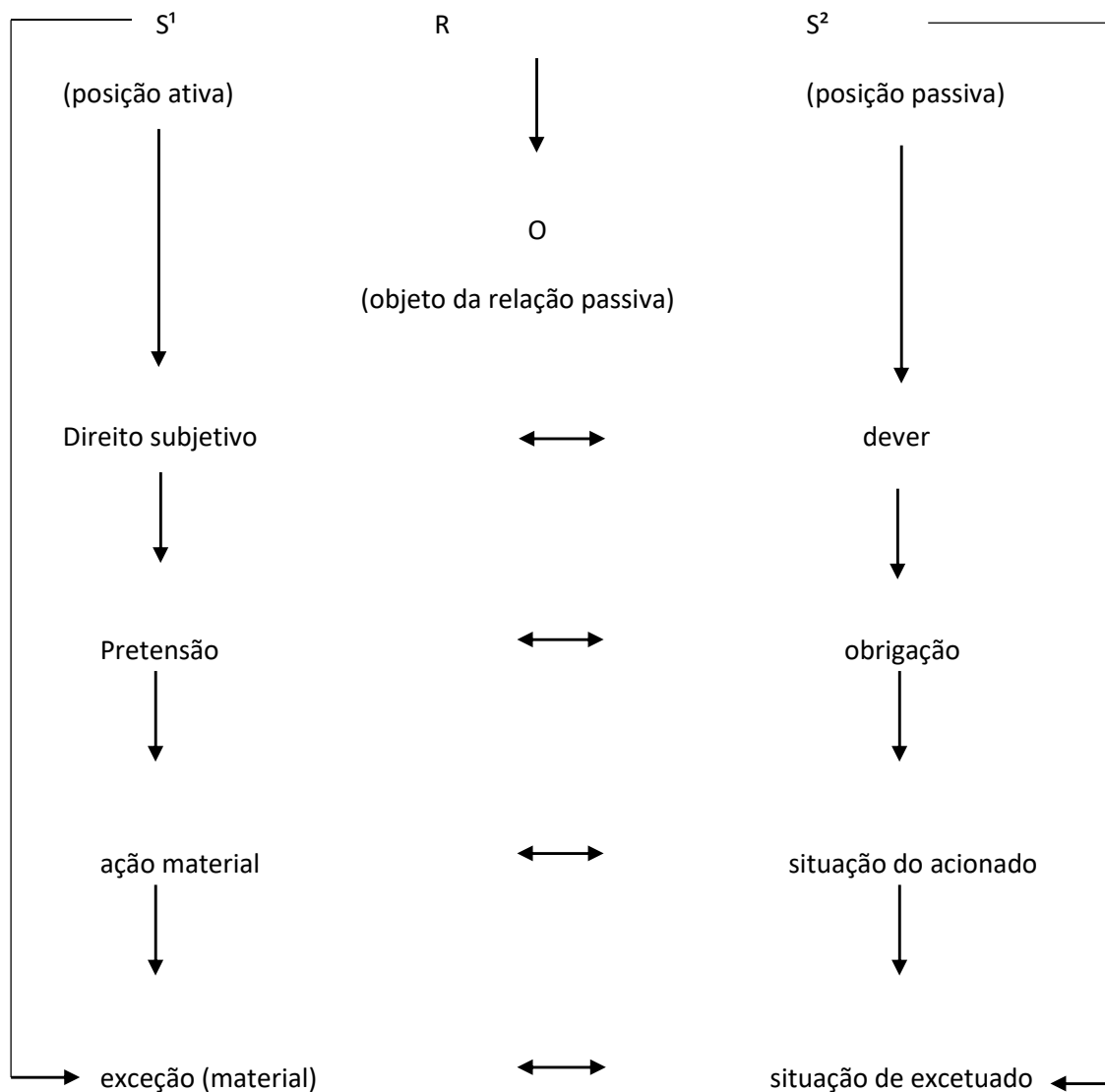
Mas onde é que essa funcionalização atuaria?

Em primeiro lugar, há que se ressaltar que ao se referir às questões obrigacionais, o Código Civil trata das relações privadas, tanto civis quanto empresariais, servindo também de base subsidiária às relações de consumo. Assim, as conclusões extraídas pela Teoria Geral das Obrigações, mesmo partindo do referido diploma legal de 2002 –

¹⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

guardados os devidos cuidados para não descaracterizar os aspectos subjacentes à cada ramo citado – parecem possuir uma área de universalidade.

Outrossim, importa consignar que o cerne da relação obrigacional está calcado no que se denomina de “correspondência de direitos e deveres”¹⁰⁵ que representa uma espécie de postulado teórico, aqui assumido no tocante às relações obrigacionais, a ponto de transparecer como uma constante na formulação das obrigações, e que pode ser percebida pelo seguinte modelo lógico trabalhado por Marcos Mello:



É dessa visão que se pode perceber – ao menos nos casos onde se vislumbra o não encobrimento da pretensão – a possibilidade do exercício do direito do credor ao seu

¹⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

crédito. Nela também fixa-se a posição jurídica que abarca a formulação dos modais obrigacionais: dar, fazer e não fazer.¹⁰⁶

Doutro passo, conforme a metáfora de Pontes de Miranda, é visível que “o crédito é como arqueiro, o homem que peleja com o arco. Pode estar armado e pode não estar. A arma é a *pretensão*. Crédito sem pretensão é crédito mutilado, arqueiro sem arco. Existe o crédito, porém não se pode exigir”.¹⁰⁷

Destarte, a pretensão creditícia é a arma, objeto obrigacional que impele o devedor obrigado a fazer cumprir com o que é pretendido pelo credor. É da pretensão creditícia, igualmente, que fica vinculada a responsabilidade do devedor por perdas e danos. A ela está atrelado, igualmente, o difundido entendimento de que o devedor que incorre em mora encontrar-se concomitantemente obrigado a suportar o exercício do direito do credor de resilir ou de resolver a avença por força do inadimplemento.¹⁰⁸

Antes de se avançar no tema, compete esclarecer, como fez Paulo Lôbo, que a dívida e a obrigação não se confundem, posto ser a primeira o antecedente lógico da segunda. Assim, tem-se que:

Na relação jurídica obrigacional, não há obrigação sem dívida. Nem sempre a obrigação ocorre simultaneamente com a dívida Quem vende à vista já tem o dever de e a obrigação de prestar (entregar a coisa). [...] Do mesmo modo, não se deve confundir obrigação com a prestação, porque esta é o objeto daquela (e também da dívida).¹⁰⁹

Outro ponto de acuidade para a caracterização geral da obrigação, é o fato de que a dívida não se confunde com a responsabilidade. Nesses termos, explica José Fernando Simão, com bases nas lições de Antunes Varela:

Em suma o primeiro elemento consiste no dever de prestar, na necessidade de observar certo comportamento e o segundo na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou seja, na relação de sujeição que pode ter por objeto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano) como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou terceiro.¹¹⁰

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.5.

¹⁰⁸ Ibid., p.5.

¹⁰⁹ LÔBO, op.cit., p. 30.

¹¹⁰ SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 165-181, 2013. Disponível em:< http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/80>. Acesso em: 12 set. 2017. José Fernando Simão, em nota explicativa, destaca que: “Não se ignora que há deveres decorrentes da boa-fé objetiva, chamados de anexos ou laterais, que persistem mesmo após o cumprimento da prestação pelo devedor. Neste sentido, considerando-se que os deveres anexos fazem igualmente parte do vínculo, estes também compõem a noção de Schuld e, assim, há dívida mesmo na fase pós-contratual. Por isto, se os deveres forem descumpridos, surgirá também responsabilidade (Haftung)

Na linha desse raciocínio, é de notória relevância o fato de a responsabilidade recair sobre o patrimônio e não sobre o sujeito obrigacional devedor.¹¹¹ Isso permite uma despersonalização dos efeitos do cumprimento forçado da obrigação, gerando um permissivo, ao Estado, de intervir no patrimônio (e somente no patrimônio)¹¹² do devedor, para perfazer a satisfação do credor.

Não obstante, cumpre esclarecer, tomando mais uma vez como préstimo as lições de Paulo Lôbo com base nas orientações de ordem pontesiana, que o vínculo obrigacional do credor é com o devedor, não com o patrimônio do devedor.¹¹³

A propósito, nem sempre se perceberá uma associação da dívida com a responsabilidade no tocante ao sujeito referencial desses pontos obrigacionais. É que, nos casos das dívidas garantidas por fiança, em não havendo patrimônio suficiente para suportar o cumprimento forçado, quem responde, obviamente, são os bens do terceiro interveniente/garantidor.

Outro ponto geral e que terá especial destaque neste trabalho, quando da análise das balizas de reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, no último capítulo, diz respeito à causa como o fim perseguido pelos sujeitos obrigacionais ao se envolverem em uma avença jurídico-negocial.

Ora, conforme será melhor vislumbrado, tem-se que, apesar do ordenamento jurídico pontualmente promover o afastamento da causa da órbita de algumas obrigações, as quais se reputam como sendo de caráter abstrato, a exemplo dos títulos de crédito, certo é que não há, a princípio, obrigação sem causa. Logo, desprover uma obrigação do caráter teleológico a qual represente é, para dizer o mínimo e na maioria das vezes, desprezar seu próprio sentido existencial.

Por fim, ponto de importância ao desenrolar desta dissertação é apreendido da análise do fato jurídico como fonte das obrigações, o que se faz por filiação à linha de raciocínio adotada por Pontes de Miranda, Paulo Lôbo e Marcos Bernardes de Mello, não

após o cumprimento da prestação primária. Em suma, a noção de Schuld inclui os deveres anexos da boa-fé que existem nas fases pré, contratual e pós-contratual”.

¹¹¹ Coloca-se como exceção à essa regra o caso do indivíduo que deve alimentos e, quando inadimplente, é sancionado com a prisão de origem cível.

¹¹² .Saliente-se que segundo a Lei 8.009/90, “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.”, eis aqui, pois, uma exceção a regra geral insculpida no parágrafo referenciado.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

obstante respeitáveis posicionamentos divergentes no cenário jurídico brasileiro.¹¹⁴ Contudo, assinala-se de plano, para justificar o posicionamento adotado, a íntegra das lições de Paulo Lôbo quanto ao tema, o qual assevera:

Assim, não é a lei, por si mesma, nem a convenção, nem os atos unilaterais que configuram isoladamente as fontes de obrigação. As convenções e os atos unilaterais são espécies de fatos jurídicos, não sendo correto identificar as fontes das obrigações nas espécies em que se desdobram os fatos jurídicos. Entre a lei e a obrigação há o fato. A obrigação é efeito do fato jurídico, que é antecedido de outro efeito, ou seja, o dever (ou dívida).¹¹⁵

Ademais, conclui o autor:

Somente por metonímia as espécies de obrigações (plano da eficácia), principalmente o contrato e a responsabilidade civil, podem ser consideradas suas fontes, e sim os fatos jurídicos (plano da existência) de onde promanam. Mais grave é afirmar que a fonte do contrato é a vontade e a da responsabilidade civil é a lei. Para que uma pessoa possa considerar-se obrigada juridicamente a prestar algo a outra pessoa, é mister que o direito preveja que determinado fato (ou conjunto de fatos) seja admitido como fato jurídico, a partir do qual surjam seus efeitos, dentre eles a obrigação ou as obrigações imputáveis ao devedor. As espécies explicitamente previstas pelo Código Civil (negócios jurídicos, responsabilidade civil, atos unilaterais) apenas geram obrigações quando ingressam no mundo do direito como fatos jurídicos concretos.¹¹⁶

É exatamente dessa perspectiva que se consegue demonstrar as linhas mais genéricas do raciocínio debruçado sobre o tema que fará parte da análise do fenômeno do adimplemento (total) e do inadimplemento (em sentido amplo), imprescindíveis à compreensão do que seria o adimplemento substancial e que, de igual sorte, permitirá fornecer concretude às linhas dogmáticas do fato jurídico, conforme se verá.

¹¹⁴ Ao tratar do tema, Paulo Lôbo aponta para algumas correntes que divergem, neste particular, da posição ora adotada, o que faz ao indicar que: “Na doutrina brasileira reina grande divergência sobre o que se entende por fontes das obrigações, que seriam: a) a vontade humana e a lei (Ororimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Álvaro Vilaça Azevedo); b) a lei como fonte imediata e vontade humana e ilícito como fontes mediatas (Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves); c) os contratos, as declarações unilaterais de vontade, os atos ilícitos e criminais e a lei (Rubens Limongi França) [...]. *In* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 48.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 48.

3.2 DAS FONTES DA OBRIGAÇÃO SEGUNDO A TEORIA DO FATO JURÍDICO: CATEGORIZAÇÃO DO ADIMPLEMENTO¹¹⁷ (TOTAL) E DO INADIMPLEMENTO¹¹⁸ (EM SENTIDO AMPLO)

Neste diapasão, busca-se na Teoria do fato jurídico a bússola dogmática que orientará a construção da descrição do inadimplemento e do adimplemento. Para tanto, analisar-se-á suas linhas gerais, para adiante fazer-se o transporte dessas figuras à perspectiva da obrigação como processo.

Para Marcos Mello, em suas leituras acerca da obra de Pontes de Miranda e cingidas neste talante, o fato jurídico, base para a compreensão da juridicidade obrigacional, é um resultado da conjugação da norma sobre a situação fática por ela prelecionada.

Em tentativa de melhor esclarecer, percebe-se que é da norma jurídica que se tem o encerramento da definição do fato jurídico, o qual atribui efeitos no plano da intersubjetividade – plano social – passando a colorir o fato social, conferindo, por consequência, origem ao fato jurídico. Nesses termos, conforme apontamento de Pontes Miranda, é de se concluir que:

Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos”. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí classifique segundo discriminações conceptuais. [...] À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles).¹¹⁹

Numa linguagem mais fluida, segundo Marcos Mello, o fato jurídico é um resultado:

Da conjugação da norma jurídica com a situação de fato por ela prevista. A norma jurídica, na verdade, tem a função de definir o fato jurídico, atribuindo-lhe consequências no plano das relações inter-humanas; enquanto esse fato não

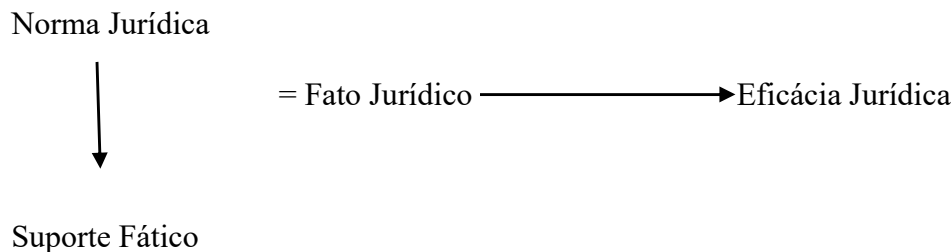
¹¹⁷ Prefere-se chamar de adimplemento a figura que parte da civilística se refere como sinônimo de pagamento, solução ou cumprimento. Isso se deve ao fato desse ser o melhor termo técnico, dado que a palavra pagamento está vinculada às obrigações de pagar quantia. Já a palavra solução parece remeter ao termo final de uma obrigação, o qual nem sempre se remete a figura de normalidade extintiva que pressupõe o adimplemento. Por fim, tem-se o fato de que nem sempre quando cumprida, a obrigação é adimplida, a exemplo dos deveres gerais de conduta.

¹¹⁸ Considera-se o inadimplemento em sentido amplo englobando três categorias: o inadimplemento absoluto, o inadimplemento relativo e o inadimplemento insignificante (ou adimplemento substancial).

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 1983, v.01, p.6.

se materializar no mundo, a norma não passará de pura hipótese, abstração fática.¹²⁰

Transportando as palavras acima para o seguinte traçado lógico,¹²¹ tem-se que:



Concluindo, remata-se que o suporte fático é constituído de um arranjo histórico que pode, também, englobar posições paradoxalmente inativas e sintetizadas no omitir, no silenciar e no não acontecimento. Porém, é somente com fatos juridicamente relevados que se tem a incidência da norma jurídica, a qual encerra a energia jurígena necessária à identificação dos pontos factuais – presentes na realidade fenomênica ou física – relevantes e credenciados a entrarem no Mundo Jurídico.

Dessa feita, tem-se em Marcos Mello que: “esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico. Assim, apenas parte do suporte fático entra no mundo jurídico e compõe o fato jurídico. A outra parte permanece no mundo fático; não se transforma em fato jurídico”.¹²²

Na esteira desse raciocínio, aponta-se para a divisão do fato jurídico lícito (em sentido amplo), três classes: fato jurídico *stricto sensu* (fatos da natureza com relevância jurídica, ex. nascimento), ato-fato jurídico (fato em que se desconsidera o elemento vontade, importando apenas o seu resultado prático, ex. uma criancinha comprando uma bala na cantina de seu colégio) e ato jurídico *lato sensu*, que seria “o fato jurídico cujo suporte fático preveja como *cerne* uma exteriorização consciente da vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”.¹²³

Por sua vez, o ato jurídico *lato sensu* é dividido em duas subclasses: (a) negócio jurídico (ato jurídico onde o negociante detém a liberdade de escolha de seus efeitos) e

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. XXVII.

¹²¹ *Ibid.*, p. 156.

¹²² *Ibid.*, p. 70.

¹²³ *Ibid.*, p. 145.

(b) ato jurídico *stricto sensu* (ato jurídico onde o negociante não detém a liberdade de escolha de seus efeitos, os quais já se encontram pré-estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico).

Pode-se vislumbrar mais uma subclassificação do negócio jurídico, desta feita quanto aos lados que compõem as vontades negociais necessárias a sua formação. Frise-se que não importa quantas pessoas manifestaram a sua vontade, mas sim o número de polos irradiadores de interesse negocial.¹²⁴ Portanto, dividem-se os negócios jurídicos em três classes: (a) unilateral, (b) bilateral e (c) plurilateral.

Por conseguinte, o adimplemento,¹²⁵ o qual é tido como o único objeto/objetivo da relação obrigacional, devendo consistir em um dos modais “dar, fazer ou não fazer”, tem caráter lícito, possível, determinado ou determinável, conforme preleciona o art. 104 do Código Civil¹²⁶ e estaria contido na citada classe dos ato-fatos jurídicos, os quais, segundo o posicionamento pontesiano, são definidos como:

[...] atos humanos em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas. A variedade deles ainda não permitiu que se lhes cobrissem todas as regras gerais; e as regras sobre os negócios jurídicos não pode apanhá-los.¹²⁷

Todavia, cumpre salientar que essa inclusão classificatória do adimplemento¹²⁸ como ato-fato jurídico não é isenta de discussões e divergências no Direito Civil brasileiro. Na opinião de Marcos Mello, toda a celeuma acerca da questão de saber se o adimplemento é ato-fato jurídico, ou não, é fruto de uma atitude pouco científica da

¹²⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 201.

¹²⁵ Todas as vezes em que se tratar da expressão adimplemento, de maneira isolada, estar-se-á a se referir ao adimplemento total.

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 63-70.

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 1983, v.01, p.83.

¹²⁸ Ademais, tem-se que as prestações podem ser de caráter instantâneo ou duradouro. Quanto à primeira classe, como o próprio nome sugere, existe quase que uma automaticidade/instantaneidade dos atos dentro da relação obrigacional onde, por exemplo, um indivíduo entrega dois reais ao padeiro e imediatamente após receber o montante pecuniário, o padeiro entrega o correspondente em pães. Já segunda classe de prestações, é aquela onde os atos obrigacionais se realizam em momentos não imediatos, o que exige, por óbvio, uma contrapartida da ação dos sujeitos obrigacionais em momentos cuja prestação é feita na forma diferida ou continuada. Ao se falar em forma diferida, tem-se aquelas prestações que são feitas em parcelas cuja concreção se dá em momento pontuais dentro de um período pré-delimitado, exemplo a compra e venda com prestações parceladas. No caso das prestações continuadas, sua natureza é propagar “continuamente” no tempo e sem a pré-delimitação indicada nas obrigações duradouras no formato diferido, a exemplo das obrigações de prestar alimentos. Vide: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

doutrina brasileira, a qual dá ênfase a circunstâncias irrelevantes ao adimplemento, quais sejam:

(a) no adimplemento haveria o *animus solvendi* que, por constituir elemento intencional, dar-lhe-ia caráter negocial ou, ao menos, de ato jurídico stricto sensu; (b) haveria casos em que o adimplemento se realizaria através de negócio jurídico, unilateral ou bilateral, como na sub-rogação e na dação em pagamento, por exemplo.¹²⁹

Quanto ao fato de não ser o *animus solvendi* elemento essencial do suporte fático do adimplemento, tem-se que:

(a) nas obrigações de não fazer (= negativas) a omissão do devedor constitui o adimplemento da obrigação; não há necessidade de que a abstenção do devedor seja consciente ou intencional para que se considere cumprida a obrigação; pode ocorrer, até, que o devedor nem saiba que se deve abster; basta, apenas, que se abstenha, mesmo inadvertidamente ou até contra a sua vontade; (b) as obrigações de fazer podem ser adimplidas por incapazes, sem que nisso haja qualquer invalidade. O pintor que, contratado para pintar um afresco, enlouquece durante a execução da obra, mas conclui, adimpliu a obrigação; (c) aquele que, tendo mandado pagar ao credor A a importância que lhe era devida, mas o seu mensageiro, por engano, pagou ao credor B, de quem, também, era devedor, o pagamento era perfeito e não se poderá alegar erro ou pagamento indevido nem pedir restituição.¹³⁰

Paulo Lôbo, ao tratar da natureza jurídica do adimplemento, destacou que:

[...] É irrelevante a vontade do devedor de adimplir ou extinguir a dívida (*animus solvendi*). O adimplemento não depende da aceitação do credor, em geral, pois o devedor pode depositar em consignação, se houver recusa daquele em receber, o que afasta a aceitação do credor do negócio jurídico. Ainda quando seja necessária a aceitação do credor, esta não integra o adimplemento propriamente dito. Não qualquer elemento negocial no ato de adimplir, nem no de receber, que não se confunde com aceitação. Por outro lado, reforçando o argumento de não ser ato de vontade, não se anula o adimplemento por erro, dolo ou coação, cabendo apenas ação de repetição de indébito.¹³¹

Quem adimple, não se põe no caminho do plano da validade. O adimplir é, e em sendo – com perdão da tautologia – é eficaz ou não, a depender de seu ingresso no plano da eficácia, não se cogitando do plano da validade.¹³²

Já em relação ao fato do adimplemento ser associado à realização de um negócio jurídico – como seria o caso da dação em pagamento – tem-se que “o negócio não constitui o adimplemento em si, mas, apenas, instrumento dele, portanto circunstância que o não integra, mas somente a ele subjaz”.¹³³

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 129.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

¹³² Ibid., p. 170.

¹³³ MELLO, op.cit., p. 129.

Quem adimple, por óbvio, afasta-se dos efeitos extremos do inadimplemento absoluto, sacia a pretensão creditícia da contraparte relacional, face ao cumprimento de seu dever e ao possível desvencilhar da responsabilidade emergente da obrigação.

Portanto, para além da compreensão do instituto do “adimplemento”, marco externo e final da compreensão do fenômeno da perturbação das relações obrigacionais, deve-se, em contrapartida, compreender a necessidade da análise do que seria o inadimplemento (em sentido amplo = inadimplemento relativo ou mora + inadimplemento total + inadimplemento insignificante ou adimplemento substancial), parte inicial e mediana do fenômeno anunciado e que, ao lado do adimplemento, comporão o cerne deste capítulo.

Destarte, é sabido que a categoria de ato ilícito civil subdivide-se em ato ilícito *stricto sensu* (absoluto) e ato ilícito relativo.¹³⁴ Isso ocorre:

Quando entre o que pratica o ilícito (= agente) ou está a ele, ilícito, vinculado, e o ofendido (= vítima) não existe relação jurídica ou, se existe, é de direito absoluto (= relação jurídica a sujeito passivo total, o alter), como acontece com os direitos reais e os direitos da personalidade, por exemplo, o ilícito é absoluto. Se, diferentemente, entre o agente do ato ilícito e o ofendido há relação jurídica de direito relativo (em que o sujeito passivo é determinado, individuado), resultante, assim, de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, tem-se um ilícito *relativo*.¹³⁵

Há de se perceber, pois, que o inadimplemento (sentido amplo) é, de acordo com as considerações de Marcos Mello, um ato ilícito relativo, dele nascendo pretensão à indenização (material e/ou moral), juros, correção monetária ou levantamento da quantia indicada na cláusula penal compensatória, podendo desaguar no efeito extremo da perturbação da relação obrigacional: a resolução contratual como resultado do inadimplemento absoluto, quando já não se faz presente o interesse do credor pelo adimplemento.

Ademais, tem-se também que o desenvolvimento da ideia do inadimplemento (absoluto, destaque-se) como um ato ilícito relativo é a constatação dogmática de que o suporte fático do ilícito deve ser integralmente perfeito a ponto de destruir o interesse creditício. Dessa forma, “se algum elemento se mostra menor, ou maior, do que se

¹³⁴ Essa é uma classificação que leva em conta a configuração dos elementos do suporte fático, diferente daquela classificação que leva em conta a eficácia jurídica (a) ato ilícito indenizativo, (b) ato ilícito caducificante e (c) ato ilícito invalidante.

¹³⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 243.

pensava, ou se desaparece (...), a figura foi outra e é outra, em vez de ter sido aquela de que se cogitava”.¹³⁶

Isso implica em dizer que a falta de algum dos elementos formatadores do inadimplemento absoluto, cujos efeitos geram a resolução obrigacional, pode ensejar numa transmutação figurativa do tipo ilícito relativo, a tal ponto que seu suporte fático seja alterado, posto, por exemplo, não haver, de fato, a perda do interesse legítimo do credor em receber a prestação, como no caso do inadimplemento relativo.

É isso que de igual sorte parece ocorrer quando do adimplemento substancial, no qual a insignificância do descumprimento do cronograma obrigacional pressupõe o quase pleno atendimento do interesse do credor, apesar de ser caracterizado como um ilícito relativo – a menos na parte final do descumprimento do cronograma prestacionário, conforme será visto nos próximos capítulos – mas que não permite a resolução da obrigação como efeito, posta a exceção de direito material a ele correspondente, onde a boa-fé objetiva se manifesta, por força da insignificância do inadimplemento, para encobrir o direito do credor em buscar a resolução do contrato.¹³⁷

Nessa linha, tem-se que a Teoria do adimplemento substancial implica em uma construção jurídico-relacional de altíssima complexidade e que compreende, em seu advento, num marco inicial que provém de um negócio jurídico (compra e venda de um bem da vida à prestação) realizado entre S¹ (sujeito ativo/credor) com o S² (sujeito passivo/devedor), passando por um período cronológico de cumprimento do que fora pactuado (pagamento das parcelas, em exercício hipotético, conforme disposto no instrumento contratual, seguindo tempo, lugar e modo avençados).

Por conseguinte, tal cronograma negocial acaba por entrar em uma zona de turbulência, onde o pactuado deixa de ser cumprido em toda a sua plenitude, ainda que de maneira insignificante, acabando por gerar um ilícito relativo.

Dessa situação, surge a pretensão do S¹ em resolver o contrato, nos moldes do que preleciona o art.475 do Código Civil. Contudo, se for considerado que o ilícito relativo cometido pelo S² é de insignificante importância (adimplemento substancial =

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 1983, v.01, p.96.

¹³⁷ Ademais, veja-se também que o inadimplemento substancial tampouco é um estágio transitório como a mora, dado o fato de não poder se transformar em um inadimplemento absoluto por perda do interesse do credor na prestação, ressalte-se.

inadimplemento de escassa importância na visão interna do problema) em relação ao contexto total do cumprimento (ato-fato jurídico) do contrato celebrado, faz surgir, com base em uma interpretação sistemática do direito civil-constitucional, focada, sobretudo, na boa-fé objetiva, uma espécie de pretensão do S² capaz de mitigar e se opor à pretensão resolutória de S¹, ensejando, por conseguinte, a possibilidade de S² alegar a exceção de adimplemento substancial (visão externa do problema) capaz de encobrir a pretensão resolutória de S¹ e manter a estabilidade do negócio jurídico celebrado.

Seria, portanto, o adimplemento substancial um terceiro gênero da perturbação da relação obrigacional, ao lado do adimplemento total e inadimplemento (em sentido amplo), aproximando-se mais daquele do que deste e permeado pelo elemento estabilizante da figura jurídica que seria a boa-fé objetiva enquanto princípio formador da expansão do sistema.

3.2.1 Adequação da categorização pontesiana à percepção do direito civil-constitucional

Estabelecidos os dois elementos de maior destaque no meio obrigacional conforme a compreensão pontesiana (adimplemento e inadimplemento), é imperativo discernir que a evolução do atual arquétipo obrigacional – não aferrado a categorias estanques vinculadas à lógica do “tudo ou nada” – é resultado das reações do sistema civil-constitucional à noção intransigente, historicamente presente no Direito das Obrigações, ramo mais conservador do Direito Civil a qual, na visão de Antunes Varela, é reflexo principiológico da autonomia privada ligada aos interesses e às conveniências particulares, bem como do relacionamento intersubjetivo de base puramente creditória.¹³⁸

Tais elementos obrigacionais, analisados ao longo dos séculos, receberam quase nenhuma mutação, quando comparados com outros ramos do Direito Civil, a exemplo Direito de Família e de Sucessões, o que não implica em dizer que essas transformações, quando olhadas internamente, sejam consideradas irrelevantes ou pouco funcionais, comparadas ao seu escopo milenar sedimentado.¹³⁹

É que, conforme já verificado nas linhas deste trabalho, a complexidade, a massificação e a rapidez do tráfico jurídico já não permitem uma sincronização obrigacional, sobretudo no aspecto social, com os institutos juridicamente inflexíveis, os

¹³⁸ VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, v. I, 2005, p. 25.

¹³⁹ *Ibid.*

quais, na modernidade, foram alçados à posição de relíquias baluartes dos anseios patrimoniais, em nada condizentes com a nova ordem social edificada pela força normativa da Constituição, vértice superior do sistema aberto e que exige um direito obrigacional também comprometido com a realidade e as aflições sociais, nos moldes da ordem civil-constitucional.

É justamente das bases desse renovado Direito Civil que nasce uma atividade interpretativa reveladora das cláusulas gerais e dos princípios civil-constitucionais. A doutrina e a jurisprudência brasileiras não ficaram imunes a essas manifestações, mesmo porque a codificação civil de 2002 pouco investiu em institutos mais vanguardistas.¹⁴⁰

Confirmando essa ideia, veja-se a previsão de Gustavo Tepedino acerca do projeto para o aludido Código Civil:

O novo código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais que os patrimoniais.¹⁴¹

Guardadas as devidas proporções, de fato, em terreno jurídico cujo Código Civil tem resquícios de apatia aos clamores constitucionais, encontra-se solo fértil para que o intérprete do sistema, relendo as bases do Direito Civil, incorpore novos institutos a ele, buscando, para tal intento, o fundamento de sua atividade na própria ordem civil constitucional(izada) e adequada à principiologia aludida no capítulo introdutório deste trabalho.

E é exatamente do alinhamento da esfera cível aos ditames principiológicos que exsurge o constitucionalizado direito das obrigações. É desse ponto que se pode colher os frutos da lição pontesiana que declarou:

Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem casas, e não com palavras. É das relações sociais que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo e a ineficácia daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros. Na vida, toda a aplicação tenderá para reduzir as leis aos princípios e a perfectibilidade está em formulá-las o mais próximas deles que for possível. Todos os princípios têm conteúdo especial (ético, político, econômico, etc.), ou geral (social), e seria preciso modificar a substância social para modificar, ou para suprimi-los. É pela

¹⁴⁰ Não obstante a crítica, registre-se, aqui, a posição de Marcos Ehrhardt Jr. o qual compreende o CC/02 “apenas como a fundação (alicerce) do edifício jurídico das relações privadas, jamais como seu telhado. Os operários dessa construção são todos os operadores do jurídicos que no momento ainda estão preparando o canteiro de obras”. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.54.

¹⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, vol.7. Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial.

indução que, das soluções mostradas nas relações que se observam, pode tirar-se o princípio; depois, pela dedução, aplicar-se-á aos casos análogos.¹⁴²

Por vezes, percebe-se que mesmo com as referidas falhas de previsão expressa de institutos obrigacionais mais flexíveis e avançados – no tocante à intensidade da adaptação social – isso não impediu que o sistema jurídico, aberto em cláusulas gerais e princípios, progredisse nas brechas deixadas pelo legislador do Código Civil.

Tal ponto, em convergência com a noção da constitucionalização, cria a pluridisciplinariedade a qual, conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, gera efusivas abordagens da matéria cível, num caráter bifocal onde, por um lado, há interesse dos publicistas (leia-se, constitucionalistas), mais preocupados com as questões de direito fundamental na órbita das relações entre particulares e, por outro, a abordagem civilista, mais preocupada com “(...) o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados”.¹⁴³

Em sentido complementar, Teresa Negreiros informa que a perspectiva civil-constitucional corrobora para a readequação axiológica do Direito Civil, na qual se promovem a complementações conceituais e lógicas,¹⁴⁴ a exemplo dos conceitos de inadimplemento/adimplemento, traçados segundo as premissas pontesianas do item anterior que continuam vívidas, mas devem ser temperadas com os valores e perspectivas interpretativas exigidas pela Constituição Federal, o que se percebe ser possível encarando esses institutos clássicos pela lente teórica de Couto e Silva ao enxergar a obrigação como um processo.

Dimensionando a constitucionalização do Direito Civil com o que se apresentou quanto às pontuações dos Fatos Jurídicos, tem-se o seguinte quadro pintado por Fachin, o qual explica que:

O caminho a percorrer é retomada e decolagem, uma viagem pedagógica pelo saber jurídico informado pelas premissas críticas e pelos novos perfis do Direito Civil. Conjugando a virada copernicana que recola papéis e funções do Código e da Constituição, reafirma a primazia da pessoa concreta, tomada em suas necessidades e aspirações, sobre a dimensão patrimonial, e sustenta, por

¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência positiva do direito**. 2ªed., vol.4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp.221-222.

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e Direitos da Personalidade**. Revista Jurídica, ano 49, Porto Alegre: Notadez, pp. 08-22, n.284, jun. 2001, p. 09.

¹⁴⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.56.

meio da repersonalização, a inegável oportunidade do debate permanente entre os espaços público e privado.¹⁴⁵

É desse ponto que o jurista viajante pela alameda das perturbações da relação obrigacional suscita os grandes questionamentos na trajetória entre os dois polos obrigacionais (adimplemento-inadimplemento), mais precisamente quanto às relações obrigacionais percebidas como um processo, o que posteriormente desembocará na visão das perturbações dessas relações.

3.3 DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL: A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO.

A obra clássica de Couto e Silva que empresta sua alma ao presente tópico e que bebe da fonte de Larenz, é leitura indispensável para todo pesquisador do direito que mergulha no conhecimento do campo obrigacional, quer seja em águas teóricas, quer seja em águas práticas, sabendo-se que a validade das lições do professor gaúcho se faz atual, apesar dos mais de cinquenta anos de sua concepção.

Chame-se atenção para outro dado: a tese esposada em “A obrigação como processo” tem como nota marcante o reconhecimento precursor do princípio da boa-fé objetiva voltado ao direito das obrigações em terras brasileiras, o que antecipou, em muitas décadas, a tendência hodierna do direito civil brasileiro de ter a boa-fé objetiva como paradigma negocial do Direito Civil.¹⁴⁶

O mais intrigante nessa antecipação é que ela se deu numa época em que as concepções liberais, tais como a relatividade obrigacional e boa-fé subjetiva eram reinantes, em absoluto, entre os membros da doutrina nacional. Os diálogos com princípios como o da boa-fé objetiva eram quase inimagináveis até então, conforme relatou-se em síntese no capítulo anterior. Veja-se, a título exemplificativo, que a doutrina clássica dominante acerca da relação obrigacional a definia como: “(...)relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ FACHIN, Luis Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

¹⁴⁶ Prefácio de Almiro do Couto e Silva in COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.09.

¹⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, v. IV, 1979, p. 8.

Destaque-se, de igual sorte, que a expressão “obrigação como processo” é alçada da ideia que prevê a relação jurídico-obrigacional como fruto de uma dinamicidade das fases de construção/conclusão obrigacional, que se ligam e interdependem, em busca de um fim perseguido pelos sujeitos da relação obrigacional,¹⁴⁸ através de um raciocínio processual indicado pelo sistema como busca de uma caminhada em direção a um fim.

Fernando Noronha, ao se debruçar sobre o tema do fim a ser perseguido numa obrigação, constata que ela:

(...) não tem por finalidade realizar unicamente uma finalidade individual, egoística, do credor; ao lado desta, qualquer obrigação, na medida em que é objeto de tutela jurídica, tem também uma finalidade social, porque toda norma jurídica visa “fins sociais” e atende “exigências do bem comum (...) Ora, se conjugarmos esses dois objetivos, individual e social, poderemos dizer que toda obrigação tem de satisfazer um interesse legítimo do credor.¹⁴⁹

Ademais, quanto ao que se enxerga da obrigação como processo, pode-se extrair das lições de Paulo Lôbo o seguinte:

A obrigação como processo movimenta-se na direção indicada por seu fim, que é a satisfação do crédito, pelo adimplemento ou outros modos de sua extinção. É ele que dá coerência e sentido ao conjunto de elementos que constituem a obrigação. Esta encerra seu ciclo, extinguindo-se, justamente quando seu fim é alcançado. O inadimplemento frustra seu fim, redirecionando o curso processual para obtê-lo de outro modo, ou compensar a demora, incorporando-lhe acessórios, como juros moratórios e cláusula penal. O próprio fim pode ser modificado, para satisfazer o credor, como na hipótese da impossibilidade da prestação imputável ao devedor, o que faz ressaltar sua natureza de processo.¹⁵⁰

Tal constatação se coaduna com perfeição à ideia de interpretação sistemática, apresentada no primeiro capítulo da dissertação para descrever o direito civil-constitucional.

Ademais – adaptando o pensamento de Couto e Silva ao adimplemento substancial como foco deste trabalho – tem-se que a base da polarização das obrigações, leia-se (in)adimplemento, em vista da interdependência de suas fases (nascimento, desenvolvimento e conclusão), seria o momento crítico suavizado pela boa-fé objetiva, que envolve e modifica a coloração dos quase petrificados institutos de direito obrigacional.

¹⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, pp.20-21.

¹⁴⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 19-20.

¹⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

Esse entendimento é calcado na função da boa-fé objetiva que se manifesta como um agente propulsor do incremento do número de deveres que as partes passam a assumir, para além dos que foram expressamente previstos no pacto obrigacional.¹⁵¹

É justamente dessa imagem que brota, outrossim, a autonomia privada (ou como se prefere, o autorregramento da vontade)¹⁵², princípio geral tido como de natureza técnico-jurídica, onde aquele entendimento versado no individualismo liberal e que levantava a bandeira da dicotomia entre as esferas públicas e privadas, já não haveria de se sustentar, posta a possibilidade sistemática de limitar, regrado, a liberdade de vinculação.

Tal constatação, mais especificadamente quando voltada ao plano prático, onde reinam os contratos massificados em adesão – obrigam que o direito restrinja sua força eficaz, quando da conclusão do negócio jurídico – o que faz suavizar clássicos princípios como a *pacta sunt servanda* e relatividade das partes, calcados na força do elemento volitivo. Tal posição, aliás, encontra-se ainda mais forte com o Direito Civil-constitucional.

Ademais, analisando-se o “processo” na obrigação, Couto e Silva destaca que o vocábulo contém uma perspectiva “social”.¹⁵³ Na mesma linha, tem-se em Nelson Rosenvald que:

Hodiernamente, não mais prevalece o *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais e da dignidade do credor e do devedor”.¹⁵⁴

O mais importante é que a obrigação vista como um processo informa, categoricamente, que existem deveres que, apesar de não deterem um conteúdo

¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.33.

¹⁵² Pontes de Miranda, ao tratar do uso da expressão auto-regramento da vontade ao invés de autonomia privada, explica que: “Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento da vontade de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, - o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito”. In MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol.4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 56.

¹⁵³ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.63.

¹⁵⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa fé*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 204.

patrimonial direto, podem superar o aspecto meramente formal pactuado no entabulamento negocial.

Nesses termos, a conclusão que se tira da obrigação como processo é que o princípio da boa-fé objetiva é fonte de exigência que força a consideração dos sujeitos obrigacionais a atuarem com reciprocidade. Ela modifica a rigidez de uma ordem obrigacional puramente voltada para a lógica do “ganha e perde”, transmutando-se para a lógica da “cooperação entre os figurantes”. Em outras palavras, “o princípio da boa-fé exige maior consideração aos partícipes do vínculo, às suas necessidades e interesses”.¹⁵⁵

Da utilização desse princípio constroem-se “novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento, como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação”.¹⁵⁶ Cooperação e perduração dos deveres de boa-fé objetiva, inclusive para além do término da obrigação, é a base da obrigação como processo. Destarte, pode-se compreender quanto aos deveres anexos que:

A sua concretização depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. E não só o seu aparecimento: também o seu conteúdo interno, intensidade e duração dependem das circunstâncias atuais. De certo modo, pode-se dizer que existem, potencialmente, desde o início e são atualizados à medida que se vão verificando as situações que põem em perigo a consecução do interesse no contrato. Sua fixação, portanto, somente é possível em um determinado momento temporal e sua existência independe da hipótese de sua violação, extinguindo-se com seu cumprimento ou com sua superação através de uma alteração das circunstâncias que determinaram o seu surgimento, o que os torna sem objeto.¹⁵⁷

Destrinchando ainda mais perspectiva da obrigação como processo, tem-se que tais deveres – que podem ser chamados de anexos, colaterais, acessórios, complementares ou laterais – são, segundo Paulo Lôbo e Marcos Ehrardt Júnior, ladeados pelos “deveres gerais de conduta” que não se confundem com primeiros deveres anunciados. Nesses termos, segundo tais doutrinadores, a diferença entre as duas classes¹⁵⁸ seria que:

¹⁵⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.169.

¹⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, 79.

¹⁵⁷ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade Civil. Doutrinas Essenciais - Teoria Geral**. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 353 a 372.

¹⁵⁸ Ademais, cumpre salientar que, ao lado dessas duas classes – deveres anexos e deveres gerais de conduta - ainda existiria uma terceira, a dos deveres principais ou primários, que segundo Fernando Noronha são: “aqueles respeitantes às prestações nucleares da obrigação (e em especial daquela nascida do negócio jurídico). As prestações nucleares são aquelas que satisfazem diretamente o interesse do credor, ou, quando haja duas ou mais partes, os interesses de cada uma delas. Por isso os deveres principais são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria. In: NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

(a) deveres acessórios, que designam obrigações desprovidas de autonomia, vez que só existem em função da relação obrigacional. Dentre eles podemos citar os decorrentes da noção de garantia, como a evicção e a responsabilidade pelos vícios redibitórios; (b) deveres gerais de conduta, autônomos em relação ao vínculo obrigacional, já que o antecedem e conformam sua formação, estabelecendo seus limites.¹⁵⁹

Assim, incluir-se-ia, em tal corrente, que o princípio da boa-fé objetiva estaria compreendido no grupo dos deveres gerais de conduta, mas não no grupo de deveres anexos, uma vez que:

A evolução do direito fez despontar deveres de conduta que se revestiram da dignidade de princípios normativos, de caráter constitucional e infraconstitucional, que deixaram de ter "caráter secundário, complementar, do autêntico dever de adimplemento", referido por Larenz, que tanta influência exerceu e exerce na civilística brasileira. Os deveres de conduta, convertidos em princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implicam a dos outros.¹⁶⁰

Todavia, é de grande importância ressaltar que a questão dos deveres gerais de conduta, como aqui colocada, não serve como substituto/rival doutrinário à perspectiva da obrigação como processo, mas sim como um produto da evolução/repaginação de tal medida. Neste sentido, é possível afirmar que:

A categoria dos “deveres gerais de conduta” não foi estruturada para retirar importância da evolução doutrinária que refinou a noção da obrigação como processo, um todo orgânico dividido em deveres principais, secundários e laterais. Apresenta-se, destarte, como mais um passo desse desenvolvimento doutrinário, transcendendo a relação jurídica obrigacional, com reflexos importantes no campo da responsabilidade civil (...).¹⁶¹

Nesse caso, a percepção da existência autônoma do “dever geral de conduta” enquanto categoria, ao que tudo indica, é fruto de uma ordem civil-constitucionalizada que apenas pôde desabrochar, em plenitude, no pós-Constituição Federal de 1988, por

¹⁵⁹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações de consumo**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

¹⁶¹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, n. 56, pp 141-155, 2012, p.141. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/33494/21036>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

força do amadurecimento histórico/social/econômico vivido pela democracia brasileira na contemporaneidade, capaz de potencializar a visão da obrigação como processo.

Por derradeiro, há de se ressaltar, em conclusão, que a boa-fé objetiva deve ser compreendida como uma espécie de complexo de deveres imprescindíveis ao bom desenvolvimento de toda e qualquer relação obrigacional vista como um processo.

Portanto, o primeiro elemento do complexo é o dever de proteção, diretamente ligado à ideia de que as partes relacionais de uma obrigação devem comportar-se a tal ponto que preservem o patrimônio material e imaterial, bem como a esfera moral correspondente ao valor dignidade que se infere de todo sujeito que se envolva numa relação obrigacional.

Quanto ao segundo elemento, o dever de esclarecimento ou informação, decorre da necessidade comportamental em que um agente obrigacional deve transmitir todo o material informativo útil ao bom andamento do pactuado, seja antes, durante ou depois da obrigação. Na seara consumerista, percebe-se esse dever na publicidade, quando apesar do estímulo voltado à necessidade de ampliar a demanda, através de uma oferta precisamente elaborada sobre o manto das técnicas de *marketing*, o anunciante é obrigado a transmitir informações (a) adequadas, (b) suficientes e (c) verídicas.¹⁶²

Quanto à (a) adequação, “diz com os meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou o serviço determinados e o consumidor destinatário típico”.¹⁶³ É caso de instruções de uso desenvolvidas em linguagem facilmente compreensível a um consumidor médio, alvo daquela informação.

Em relação à (b) suficiência, “relaciona-se com a completude e integralidade da informação. Antes do advento do direito do consumidor, ramo do direito privado que valorizou o desenvolvimento da concepção dos deveres laterais, era comum a omissão, a precariedade, a lacuna, quase sempre intencionais, relativamente a dados ou referências não vantajosas ao produto ou serviço”.¹⁶⁴ Como exemplo pode-se citar as bulas de

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2216>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

remédio que omitiam a existência de efeitos colaterais já conhecidos pela comunidade científica.

Ademais, a (c) veracidade, seria “a informação correspondente às reais características do produto e do serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos”.¹⁶⁵ De maneira ilustrativa, tem-se a supressão da informação indicando que determinado produto do gênero alimentício contém glúten ou gorduras Trans. Destaque-se que este último requisito, é de tão grande importância que foi alçado, em particular, como um dos princípios relevantes para este labor, como se verá mais adiante.

Por fim, tem-se o dever de lealdade é aquele que obriga “[...] as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”.¹⁶⁶

Quanto ao dever de lealdade traz-se como exemplo a questão de um prestador de serviço que é contratado para desenvolver um *software* para uma empresa e que, para codificar sua programação, acaba por receber informações privilegiadas de seu contratante. Ao fazer uso dessas informações, revelando-as para empresas concorrentes da primeira empresa que lhe contratou, vê-se, pois, uma inevitável ofensa ao dever de lealdade, corolário da boa-fé objetiva.

Em resumo, tem-se que “o princípio da boa-fé exige maior consideração aos partícipes do vínculo, às suas necessidades e interesses (...)”.¹⁶⁷ Como bem salienta Couto e Silva, tomando como préstimo as lições de Ruy Cirne Lima, é o todo social, a coletividade, os contratantes, as partes conexas à relação obrigacional que, em verdade, perfazem a lógica do fato jurídico, as formas se adaptam a eles, não o contrário.

Consigne-se, neste íterim – por uma questão de clareza – que se enxerga a obrigação como processo como uma alameda, nela existindo um caminhar para frente, avante, onde no marco inicial da trajetória conjectura-se a figura do inadimplemento absoluto e, no extremo oposto, a figura do adimplemento. No ponto médio, entre o inadimplemento absoluto e o adimplemento, estar-se-ia o início da mora (em suas três faces), a qual se estenderia no caminho até chegar às fronteiras do adimplemento.

¹⁶⁵ Ibid..

¹⁶⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 606.

¹⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p.169.

Logo, entre o ponto médio da trajetória (início da região da mora) e o adimplemento – mais para esse do que para aquele – encontrar-se-ia a zona figurativa do adimplemento substancial. Assim, quanto mais próximo do adimplemento estiver o conteúdo da prestação, menor será a instabilidade e maior a tendência de se perceber o adimplemento substancial, conforme se verá oportunamente.

Ora, toda a alameda da perturbação das prestações obrigacionais a ser percorrida para decifrar a imagem do adimplemento substancial, objeto central desta pesquisa – ao bem da compreensão jurídica, saindo do campo abstrato e vindo para o plano da *praxe* – nada mais é do que uma tentativa heurística de impor graus de nivelamento classificatório da figura do inadimplemento absoluto ou, doutro ponto-de-vista, da figura do adimplemento, constatações imprescindíveis para a o desenvolvimento do próprio direito obrigacional na contemporaneidade.

Aqui é que se faz necessária a percepção dinâmica das obrigações, sendo desse arremate, também, que surgem Teorias que vislumbram possibilidades mais vívidas e, portanto, menos inflexíveis, das clássicas figuras obrigacionais, as quais deixam de ser categorias estanques e que passam a dialogar com a complexidade ínsita às nuances processuais da obrigação.

3.3.1 Da perturbação das relações obrigacionais

Ao se tratar da perturbação das relações obrigacionais, é necessário que se tenha em mente o desenvolvimento de uma incursão na alameda obrigacional, já referida nas linhas deste trabalho. Sendo assim, inicie-se, pois, pela figura do inadimplemento absoluto.

Quanto ao inadimplemento absoluto, primeiro elemento da perturbação da relação obrigacional – já analisado à luz da teoria pontesiana – como o próprio nome sugere, trata-se de uma situação onde o planejamento prestacional não pode ser cumprido diante de uma impossibilidade objetiva de sua realização, quer seja no campo circunstancial externo à relação obrigacional, quer seja no campo funcional do interesse do credor que

já não recepção e nem pressupõe poder recepcionar tal adimplemento como uma possibilidade útil a sua esfera patrimonial.¹⁶⁸

É sistematicamente preclaro que o remédio jurídico para a neutralização dos efeitos do inadimplemento absoluto é a resolução do contrato, a qual expurga, do mundo jurídico, a obrigação previamente estabelecida, ensejando ao sujeito da relação obrigacional a tentativa de se devolver seu *status quo ante*.

Quanto à mora ou inadimplemento relativo, é tida como um estado, ainda instável, de inadimplemento, através do qual sua transitoriedade impõe ao devedor a possibilidade de cumprimento do programa prestacional – inobstante o prejuízo/deterioração do planejamento inicialmente posto – implicando-se em providências reparatórias frente à quebra do conteúdo obrigacional previamente pactuado. Neste talante, a resolução do contrato, por inadimplemento relativo, não se faz necessária, dada a possibilidade e, sobretudo, o interesse do credor, pela sua purgação, transmutando-a para a figura do adimplemento total. Se necessário for a resolução, essa seria movida pela presença do inadimplemento absoluto.

Problema que serve para o estudo da mora – situação de atraso prestacional que resulta no inadimplemento relativo – é o fato de que o Código Civil brasileiro, em sua busca expansiva, ter dilatado as bases de hipótese de incidência desse clássico elemento obrigacional para reconhecê-lo em três momentos: tempo, lugar e forma, exegese do art.394 da referida codificação.

Não se desconhecendo, nestas linhas, a crítica feita à ampliação legislativa que desnaturou a mora, por não identificar a temporalidade como o único elemento central capaz de promover a sua caracterização,¹⁶⁹ não se considera, contudo, uma discussão frutífera para efeitos práticos.

Portanto, fica, desde já, consignado que esse alargamento legislativo, já presente no Código Civil 1916 e que abarcou outros elementos caracterizadores da mora, permitiu, em partes, a superação dos problemas que a doutrina, na figura de Staub, enfrentou na

¹⁶⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p.136.

¹⁶⁹ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. Curitiba: Juruá, 2012, pp.140- 141.

Alemanha,¹⁷⁰ por não haver referência no BGB ao lugar e ao modo atrelados à mora, resultando na criação teórica da “violação positiva do contrato”.¹⁷¹

É certo que tal entendimento às violações positivas foi imprescindível na Alemanha, posto viabilizar a superação do problema no Código Civil Alemão, o qual não servia para resolver os casos de violações obrigacionais atreladas a uma ação prestacional positiva/comissiva defeituosa – é claro – bem como parte da Teoria da quebra antecipada do contrato, melhor trabalhada no próximo capítulo.

Ocorre que essa criação germânica, amplamente difundida entre os privatistas brasileiros, não possui um significado emblemático como o tem em sua terra natal, apesar de compreender que sua importação agrega uma razão de ser justificadora de seu estudo quando o tema é a mora e suas possibilidades fenomênicas no Brasil, mais precisamente nas linhas dos deveres laterais ou anexos, que perde sua relevância precípua quando do aperfeiçoamento dos estudos acerca dos deveres gerais de conduta abarcados na boa-fé objetiva.

Em outras palavras, o principal problema alemão não existe no Brasil, tendo em vista a acertada expansão local do conceito de mora¹⁷² em seu viés tridimensional – tempo, modo, espaço – o que já engloba, sobretudo em relação ao “modo”, o que sobrou dos deveres laterais, após desenvolvimento teórico dos deveres gerais de conduta.

De funcionalidade restou, para a teoria da violação positiva do contrato brasileira, apenas a questão da análise da Teoria da quebra antecipada do contrato diante da projeção futura da falha do credor em cumprir com o débito, ponto de grande importância ao guardar afinidade com a Teoria do adimplemento substancial, dada a presença da boa-fé objetiva em ambas Doutrinas.

Exposta, em linhas gerais, a região obrigacional das perturbações da prestação, pergunta-se: como e onde se encontra a figura do adimplemento substancial habitante dos confins da perturbação da relação obrigacional?

¹⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 594-602.

¹⁷¹ Por uma questão de organização do trabalho, tem-se como preferência analisar a única questão aproveitável da violação positiva do contrato no próximo capítulo, quando colocar-se-á uma partícula dessa Teoria, qual seja, a Teoria da Quebra Antecipada do Contrato, como ponto correlato/afim da Teoria do Adimplemento Substancial. Desta forma, apenas, a menção por força da exposição do que se compreende por mora (=atraso).

¹⁷² Em oposição a esse avanço vide: CATALAN, Marcos Jorge. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

De maneira preliminar, é possível concluir que o adimplemento substancial está contido, segundo dito linhas atrás, numa terceira classificação dentro da perspectiva da perturbação das prestações obrigacionais, ou numa quarta categoria, se incluir o adimplemento (total) no conjunto dos marcos indicadores da perturbação obrigacional.

Problema é saber onde, ou melhor, como, exatamente, encontra-se tal elemento dentro da perspectiva da obrigação como processo, na linha da acepção doutrinária de Couto e Silva. Inicie-se, contudo, tal investigação pontuando a questão da culpa no âmbito da perturbação das prestações obrigacionais, tal elemento será de grande valia para enquadrar o olhar que se deve ter acerca do inadimplemento (em sentido amplo).

3.4 A CULPA E O INADIMPLEMENTO (EM SENTIDO AMPLO)

Ponto instigante quanto ao inadimplemento (em sentido amplo) é o fato de saber se à sua estrutura é imprescindível à presença da culpa.

Para Marcos Mello, no que toca a questão da mora (ou inadimplemento relativo) “a culpa pode ser irrelevante, uma vez que se dá de pleno direito pelo inadimplemento, em seu termo, de obrigação líquida, embora não ocorra se não há fato ou omissão imposta ao devedor”.¹⁷³

Sobre esse aspecto, mais detidamente em relação à mora, explica Pontes de Miranda ao trazer o assunto para o âmbito do Código Civil de 1916 que:

A tradição do direito brasileiro – e, falando de direito brasileiro, necessariamente temos de abstrair dos doutrinadores que estavam mais preocupados com a letra da lei dos outros países do que com as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 53, §3, e o Código Civil – é no sentido que só a respeito de impossibilitação se aludir a culpa e não-culpa. A mora nada tem com isso.¹⁷⁴

Para Pontes de Miranda, a confusão que se faz ao colocar a culpa no âmbito da mora parece provir da mesma confusão que se faz entre a mora (matéria pertinente à responsabilidade pelo inadimplemento) e a impossibilidade da prestação do devedor quando o produto prestacional da obrigação se deteriora por culpa do próprio devedor (matéria pertinente à responsabilidade pelo ato lesivo à prestação).

¹⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.7.

No primeiro caso, pela via objetiva, abstrai-se a culpa, chegando-se ao ilícito relativo, enquanto no segundo caso, o ilícito relativo exsurge da análise propriamente dita da culpa do devedor na deterioração da prestação.

Pontes de Miranda conclui o enfrentamento da discussão em comentário, identificando que esse problema foi importado da doutrina estrangeira e nunca teve verdadeira guarida ao longo da história do direito civil luso-brasileira. Nesse particular:

O intérprete não pode importar discussões da doutrina estrangeira. Tem de primeiro ler, atentamente a lei brasileira. O que lhe pode interessar, na doutrina dos outros sistemas jurídicos, é a precisão de algum conceito, a revelação histórica de algum erro, os resultados da investigação lógico-científica e, ocasionalmente, a contribuição da pesquisa e da discussão em torno de algum texto que coincide com o texto indígena.¹⁷⁵

Por caminho complementar, Marcos Catalan, amparado no perfil obrigacional formatado pela boa-fé em sentido objetivo e parametrizado como padrão de conduta a ser seguida pelos sujeitos da relação obrigacional, indica que:

[...] Se o princípio da boa-fé, enquanto parâmetro de conduta que informa o complexo orgânico obrigacional, impõe a ambas as partes deveres laterais como a lealdade, a cooperação, e a correção no comportamento, cuja análise é aferida mediante critérios objetivos, é evidente que a perquirição do elemento subjetivo resta prejudicado. Neste contexto, enquanto consequência dos negócios jurídicos, patentes a esperança do credor em receber seu crédito e o interesse da sociedade em promover a circulação de riquezas, sendo que a conduta do devedor deve ser de rigorosa colaboração em busca da satisfação de tais expectativa.¹⁷⁶

Ademais, diz Catalan que o problema da identificação do inadimplemento relativo com a culpa é, em grande medida, decorrente de uma falha terminológica a qual coloca que “a ideia de culpa defendida pela doutrina está na violação do dever jurídico criado pela vontade das partes, e não na infração ao necessário dever de diligência”.¹⁷⁷

Nesses termos, para rebater o entendimento que alinha mora e culpa, o qual possui apoio de uma parcela considerável da doutrina brasileira,^{178 179} com base na análise de Marcos Catalan, traz-se à colação o exemplo do pai de família que assume uma dívida, contando com o seu salário para saldá-la e que, logo em seguida, é demitido, não restando a ele qualquer reserva para honrar com o contratado.

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.7.

¹⁷⁶ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 150.

¹⁷⁷ Id.. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁷⁸ Vide RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 502.

¹⁷⁹ Vide AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: RT, 2000, p. 237.

É evidente que o ilustrativo inadimplemento não é, em absoluto, culpa do devedor, ainda que objetivamente falando ele tenha que suportar toda a carga da imputação que dará subsídio à responsabilidade negocial, incluindo-se, aqui, perdas e danos, juros e correção monetária.¹⁸⁰

Conclui-se que a revelação para efeito da incidência de mora é o ilícito relativo, que independe da culpa. Catalan, acerca desse entendimento, diz que:

[...] o que há de ser relevado para efeitos da incidência de mora é a antijuridicidade nascida do incumprimento, vista esta como ofensa à lei pactuada entre as partes, desde que não haja um fator externo a justificar a impontualidade no caso da mora, ou ainda, a violação positiva no caso de cumprimento parcial da obrigação ou o adimplemento em local diverso do ajustado.¹⁸¹

Note-se, ademais, que as conclusões pertinentes à mora quanto à presença ou ausência da culpa, também estão presentes na questão do inadimplemento absoluto e do adimplemento substancial.

Apregoada a construção do que fora proposto para o vertente capítulo, finaliza-o, pois, investigando mais detidamente a mora ou o inadimplemento relativo, como um meio termo entre os extremos delimitadores (inadimplemento absoluto e adimplemento total) da perturbação das relações obrigacionais, diferenciando-a do inadimplemento relativo.

3.5 DO INADIMPLEMENTO RELATIVO: APROFUNDAMENTO E POSSÍVEL DIÁLOGO COM O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO

De início, impõe consignar que se o devedor cair em mora (no sentido de atraso), acaso sua falha seja inviável à aceitação do que deveria ter sido prestado em perfeição com o programa obrigacional, perfaz-se o absoluto inadimplemento, posto ficar a mora (no sentido de inadimplemento relativo) impurgável por perda do interesse do credor, face à inutilidade da prestação, nos termos do art.394, do Código Civil,¹⁸² dando azo à medida extrema da resolução do contrato.

¹⁸⁰ CATALAN, Marcos Jorge. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁸¹ CATALAN, Marcos Jorge. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁸² Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Quanto à dita viabilidade da aceitação da purgação da mora como inadimplemento relativo, seu reconhecimento se produz através de um indicativo objetivo: o interesse do credor. Contudo, há de se chamar atenção para o fato de que a regra é, conforme a doutrina pontesiana, “[...] não perder o interesse a prestação, por atraso do devedor”.¹⁸³ Tal apontamento no sentido de conservação da obrigação é ponto fulcral na manutenção da segurança negocial que se presume existir mesmo diante da quebra, ainda que momentânea, do avençado.

Em outras palavras, a economicidade de uma pactuação obrigacional implica, também, na própria manutenção de uma expectativa transacional a qual alude à conservação da sociabilidade do tráfico jurídico. Ora, por mais que o vínculo obrigacional esteja focado em um conteúdo programático quase que cronometrado, o mundo dos fatos, não raro, é alheio a essa perfeição.

Assinale-se, portanto, que referida argumentação não é alinhada à ideia paternalista que chega a consagrar o devedor como um infeliz hipossuficiente a quem o direito obrigacional deve servir como se convém a um senhoril. Pelo contrário, seus deveres e/ou responsabilidades não são alheios ao firmamento obrigacional, assim como não o são os do credor. O caminho do equilíbrio e do bom-senso é o imperativo da ordem civil-constitucional.

O que se quer dizer com isso é que, pelo deleite do egoísmo do credor ou do devedor, a obrigação não pode ficar refém. Esse é o verdadeiro sentido de uma obrigação constitucionalizada: buscar o equilíbrio entre os polos obrigacionais, sem eleger, de antemão, um privilegiado.

Portanto, são as circunstâncias do caso concreto que permitirão saber se a mora (no sentido de inadimplemento relativo), pode ser elidida ou estabilizada como inadimplemento, em termos absolutos, em que pese ser um direito que assiste ao credor prejudicado optar pelo caminho processual que melhor lhe convier (busca pelo adimplemento ou pela resolução da avença), cabendo ao inadimplente se proteger de eventual posição deletéria atentatória da boa-fé objetiva na relação obrigacional.

Corroborando para esse entendimento, tem-se em Ruy Rosado que:

A escolha entre a ação de adimplemento e a de resolução está no âmbito da livre determinação do credor não-inadimplente, descabendo ao devedor força-

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v.26. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 9.

lo em um ou outro sentido. A ação de resolução não tem caráter de subsidiariedade, como se somente pudesse ser proposta no caso de inviabilizada a ação de adimplemento.¹⁸⁴

Essa inteligência encontra-se verdadeiramente coligada com o fato de que no campo da busca pela resolução, o credor sustenta a posição de potestade, tendo em vista ser detentor de um direito formativo que é definido como sendo aquele no qual:

[...] representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder.¹⁸⁵

Trazendo a questão do direito formativo no campo do direito resolutório, nos termos do art. 475 do Código Civil, é possível constatar – ao menos de maneira rápida – que não há, no sistema civil brasileiro, qualquer ressalva para o exercício da resolução do contrato por força de inadimplemento, independente da análise de perda, ou não, de interesse do credor na prestação, bastando a lesão, por advento de atraso ou incumprimento (tempo, lugar ou forma) e logo se mostra admissível a resolução por via judicial.

Essa parece ter sido a posição assumida por Pontes de Miranda¹⁸⁶ na vigência do artigo 956, parágrafo único, do Código Civil de 1916, equivalente ao art. 475 do Código Civil e que, segundo Araken de Assis, encontra-se equivocada, tendo em vista que “ela debela ações caprichosas, contrárias à lógica e à economia do programa contratual”, posto não respeitar exercício mais criterioso do poder resolutório precedido da perda do interesse na obrigação.¹⁸⁷

Assim, Araken de Assis parece não aceitar, *prima facie*, qualquer tentativa do credor em buscar a tutela estatal para resolver uma obrigação, a menos que haja um não cumprimento, em definitivo (absoluto), pela perda total do interesse do credor frente à prestação, o que resultaria na própria inutilidade prestacional. Assim explica:

Sendo inútil ou de escassa utilidade o cumprimento serôdio, em vista de tais motivos, admite-se a rejeição do credor, e o inadimplemento, de relativo, passa

¹⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 192.

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 122.

¹⁸⁶ Vide *in* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.23.

¹⁸⁷ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ªEd. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 125.

a absoluto. Enquanto mora, o descumprimento do obrigado não implica o florescimento do direito à resolução do contrato bilateral.¹⁸⁸

Em verdade, o contexto do direito formativo à resolução, segundo Araken de Assis, deve ser encarado com parcimônia, não podendo ir de encontro à própria lógica obrigacional que busca no interesse¹⁸⁹ creditório um dos elementos para o estabelecimento da própria relação obrigacional. Ademais, conforme o próprio Pontes de Miranda afirmou, ao demonstrar uma face mais branda de sua posição: “[...] o credor não pode recusar a prestação se o que lhe falta é mínimo e não diminui o valor do que se lhe quer entregar, ou se nada se opõe a que a receba”.¹⁹⁰

Depreende-se pelas linhas desta dissertação que a coerência da potestade dos direitos formativos é, sobretudo, em tempos de concretização do princípio da boa-fé objetiva, algo relativizado, no sentido de melhor acolher a orientação do sistema civil-constitucional aberto e conformado pelas cláusulas gerais e pelos princípios (re)novadores da civilística. Já não é possível vincular-se ao posicionamento inflexível e que eleva todo e qualquer ato obrigacional a categorias extremistas, num ponto de vista que conduza ao raciocínio automático que propugna que em caso de atraso, a consequência automática seria a resolução.

Dessa feita, prefere-se, para as linhas deste trabalho, uma posição intermediária entre o que pensa um e outro jurista, tendo em vista que se de fato, *a priori*, Pontes de Miranda tem razão em não admitir limitação para o direito de ajuizar a demanda resolutória, por outro, é certo que essa demanda, nas linhas descritas por Araken de Assis, não deve prosperar em havendo uma situação de inadimplemento cujo interesse creditório, objetivamente analisado, não tenha motivos suficientes de ter se esvaído, a ponto de justificar a resolução da obrigação.

Ou seja, o melhor caminho é admitir a ação resolutória para confirmar a plausibilidade da perda do interesse do credor por força da inutilidade da prestação. Assim, após admitida a ação, somente num segundo momento processual é que se

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ªEd. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 125.

¹⁸⁹ Quando das balizas da Teoria do adimplemento substancial, a questão do “interesse” será melhor analisada.

¹⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.9.

analisaria se a presunção de perda do interesse creditório corresponderia, de fato, com a realidade obrigacional em que recairia os efeitos resolutórios.¹⁹¹

A celeuma parece melhor resolvida no campo processual, se compreender que cabe à parte devedora, a quem deva suportar a pretensão resolutória, o ônus argumentativo e probatório de alegar o não perfazimento do inadimplemento (absoluto) por perda de interesse do credor.

Ademais, consigne-se que, pelo fato do inadimplemento relativo ser uma figura transitória dentro da alameda da perturbação da relação obrigacional, a consequência da alegação de inexistência do inadimplemento absoluto resulta, automaticamente, na possibilidade de se converter o direito de resolução do contrato na possibilidade de se fazer cumprir o avençado em toda a sua extensão, milimetricamente calculada e se legítima for – sem prejuízo de perdas e danos – através de medidas coercitivas.

Portanto, de uma forma ou de outra, o inadimplemento relativo tende à extinção, ou melhor ainda, tende à estabilização, transmutando-se em inadimplemento total ou em adimplemento absoluto ou substancial, essa última figura melhor compreendida no próximo capítulo.

¹⁹¹ Ao que parece, a posição radical de Pontes de Miranda ensejaria a compreensão que em qualquer caso de mora no sentido de inadimplemento relativo), por mais insignificante que fosse, quando levado ao edifício da ação resolutória, ensejaria uma necessária presunção absoluta de que houve, no caso concreto, a perda do interesse do credor por inutilidade da prestação. Já para Araken de Assis, essa presunção é relativa, deve ser constatada pelo Julgador no caso concreto.

4 DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL: VISÕES INTERNAS E EXTERNAS

Situadas as bases da perturbação das relações obrigacionais, é chegada a hora de se adentrar no campo da análise do adimplemento substancial, espécie obrigacional foco deste trabalho e que parece cumprir o papel de terceiro gênero de inadimplemento - ao lado do inadimplemento absoluto e do relativo - na alameda obrigacional descrita no capítulo anterior.

Dividir-se-á o presente capítulo em duas partes.

Na primeira contemplar-se-á a perspectiva interna do adimplemento substancial, principalmente buscando descrever sua presença dentro da alameda da perturbação das relações obrigacionais.

Já na segunda parte deste capítulo, descrever-se-á como o adimplemento substancial se comporta dentro da *praxe*, onde de fato serve de instrumento teórico para a preservação da relação obrigacional como uma projeção jurídica dotada de equilíbrio e vocação para a boa-fé objetiva, como imperativo de uma ordem socioeconômica alinhada com os anseios do Direito Civil-constitucional.

Antes, contudo, chame-se atenção para um dado bastante importante neste capítulo. Sua segunda parte, visão externa do adimplemento substancial, em que pese tocar as raias da Teoria no campo processual-formal, não é, em absoluto, matéria de ordem processual, ainda que com a questão processual guarde grande afinidade, conforme se verá.

4.1 LINHAS GERAIS DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

É de bom tom que se inicie o enfrentamento do tema adimplemento substancial pelo que se encontra enunciado no art. 475, do Código Civil, que diz: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

É na primeira parte desse dispositivo que a teoria do adimplemento substancial incide para encobrir/mitigar a força da possibilidade resolutória do contrato quando da ocorrência de um quase adimplemento total da obrigação.

Conforme leciona Araken de Assis acerca do referido artigo e tomando como préstimo as lições de Pontes de Miranda, deve haver “a iniciativa do lesado à obtenção de sentença desconstitutiva”.¹⁹²

Em outras palavras, o art.475 do Código Civil refere-se à tomada de postura por parte do sujeito contratual prejudicado que busca arrefecer seus prejuízos com base na ação coercitiva estatal, a qual, pela via de seu braço judicial, destrói a relação contratual para devolver às partes a posição de equilíbrio idêntica (ou semelhante) ao momento anterior à celebração da avença (*status quo ante*).

Comentando acerca da manifestação contemporânea, Jones Figueiredo Alves indica que o adimplemento substancial (ou *substancial performance* – como alguns preferem chamar) seria compreendido como sendo: “um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé”.¹⁹³

Assim, percebe-se que o conceito do adimplemento substancial leva em conta a máxima aproximação do resultado final do conteúdo programático de um contrato, o que o torna um quase adimplemento. Tal perspectiva remonta à necessidade de visualizar a obrigação como algo dinâmico e alinhado com a flexibilização dos institutos obrigacionais, exatamente nos termos da obrigação como processo expostos no capítulo anterior.

Assim, Anelise Becker, uma das precursoras do estudo do adimplemento substancial no Brasil, define que:

A doutrina da *substancial performance* pretende a proteção e auxílio daqueles que leal e honestamente esforçam-se em executar seus contratos em todos os particulares materiais e substanciais, de modo que seu direito à compensação não deva ser perdido em razão de meros defeitos ou omissões técnicas, inadvertidas ou não importantes.¹⁹⁴

¹⁹² ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 131.

¹⁹³ ALVES, Jonas Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. *In*: DELGADO, Mário Luiz *et* ALVES, Jones Figueiredo (Coordenadores). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 408.

¹⁹⁴ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *In*: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.73.

Trazendo esta visão para a perspectiva civil constitucional, na linha do que Anderson Schreiber propala, pode-se dizer que o adimplemento substancial indica que:

[...] se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor.¹⁹⁵

Assim, em geral, tem-se que a Teoria do adimplemento substancial é a construção doutrinária que imputa graus distintos de inadimplemento e, ao se deparar com situações extremas onde se constata a tentativa de resolução da obrigação e a insignificância do que se reputou como inadimplemento, impede-se tal pretensão resolutória para preservar a boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, vistas como verdadeiros processos cujo fim natural é o próprio adimplemento.

Por conseguinte, pelo que se pode depreender, parece existir uma espécie de formatação uníssona do desenvolvimento dessa teoria no Brasil, o que gira em torno de uma necessidade de reputar à conduta das partes uma dimensão atrelada ao desenvolvimento obrigacional com base na boa-fé objetiva e na obrigação como processo, não havendo, ainda, correntes divergentes e bem estabelecidas na doutrina nacional acerca do tema ora analisado.

Contudo, algo já de divergente parece brotar quanto ao seu reconhecimento de incidência frente à possibilidade de previsão, ou não, de cláusula resolutiva expressa no negócio jurídico que dê origem à determinada avença obrigacional.

4.1.1 Cláusula resolutiva e adimplemento substancial

De início, é de se salientar que a resolução é o modo não voluntário de se dissolver um contrato por força de inadimplemento. Daí é que se tem que a cláusula resolutiva é a pactuação dentro do negócio jurídico que prevê, expressamente, as condições resolutivas de perfazimento de inadimplemento nas quais, se concretizados na forma prevista, podem supostamente gerar o desfazimento da avença negocial, sem a participação, sequer, do poder judiciário, dando-se de pleno direito.

¹⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Belo Horizonte: Forum, v. 32, p. 3-27, 2007. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>. Acesso em: 16 set 2017.

Da leitura do art. 121 e 128 do Código Civil, a condição resolutiva é tratada como um evento futuro e incerto no qual, sendo concretizada, extingue os efeitos prelecionados no pacto obrigacional. Nesses termos, tem-se que:

Os pressupostos básicos para a atuação da cláusula resolutiva expressa são semelhantes aos da resolução de maneira geral, é dizer: inexecução do devedor, decisão pela via resolutiva, condição de não inadimplência do titular do direito resolutivo – ou, em outros termos, legitimidade resolutiva. Porém, como se está aqui no campo da autonomia negocial, as partes podem, em regra, ajustar outros pressupostos – observados os limites impostos pelos princípios contratuais, dos quais releva o da boa-fé, e pela ordem pública. A inexecução deve ser aquela valorada e prevista pelas partes como suficientemente grave para fazer extinguir a relação contratual. Quer-se dizer que a cláusula não pode ser genérica. Ela deve fazer referência a um determinado tipo de obrigação que os contratantes reputem essencial, deve ser precisa.¹⁹⁶

Apresenta-se, também, nos termos da cláusula 474 do Código Civil que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.” Para Araken de Assis, a única exegese que se pode compreender da leitura conjugada do art. 474 do Código Civil pátrio é a que afirma a operabilidade de pleno direito da cláusula resolutiva expressa. Compreende-se essa posição do doutrinador, contudo, há de se discordar dela. Explica-se.

Araken de Assis, quanto ao referido artigo e as possibilidades do adimplemento substancial, é categórico ao dizer que: “pondera-se, em primeiro lugar, a existência de condição tácita, portanto indesejada e imprevista na manifestação originária de vontade das partes, e, assim, a hipotética superveniência do evento resolutivo implicaria o crivo judicial para contrabalançar abusos”.¹⁹⁷

Em esclarecimento, segundo Araken de Assis, é condição *sine qua non* que se perceba, quando da incidência do artigo 475 do Código Civil, que a cláusula resolutiva do contrato seja tácita. É como se as partes, obviamente que em igualdade de condições, ao preverem a cláusula resolutiva de maneira expressa, declarassem que abririam mão da alegação da Teoria do adimplemento substancial.

A *priori*, de fato, havendo previsão de cláusula resolutória expressa, não há que se falar em participação do Judiciário no evento resolutório contratual, mormente quando se trata de relação paritária. Contudo, eventual falta de reconhecimento do

¹⁹⁶ GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: Ajuris, v. 40, n. 131, 2013. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 16 set. 2017.

¹⁹⁷ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 131.

inadimplemento de insignificante importância, a *posteriori*, deverão ser resolvidos com base na Teoria do adimplemento substancial.

Em interessante ensaio acerca da questão da necessidade de interferência, ou não, quanto à questão da plena eficácia da cláusula resolutiva expressa, Aline Valverde Terra constata três correntes jurisprudenciais acerca da temática, quais sejam:

i) decisões que reconhecem a plena eficácia da cláusula resolutiva expressa e admitem a resolução extrajudicial, a exigir apenas a comunicação ao devedor da opção feita pelo credor; ii) decisões que, embora reconheçam a possibilidade de resolução extrajudicial, exigem prévia notificação para constituição do devedor em mora, ainda que se trate de mora *ex re*; iii) decisões que não admitem a resolução extrajudicial, e propugnam a necessidade de intervenção do Judiciário, seja para verificar a efetiva ocorrência do fato ensejador da resolução – incumprimento definitivo –, seja para verificar a validade da própria cláusula resolutiva.¹⁹⁸

Quanto às decisões do item i, não existem maiores problemas, já que corroboram com o que ora se defende. Quanto às decisões do item ii, por permear relações jurídicas assimétricas ou potencialmente teratológicas, neste particular, deve ser bem recebida posto tocar em questões socioeconômicas sensíveis tais como o *leasing*, a alienação fiduciária de bens móveis e contratos de seguros, mormente em casos de relações consumeiristas. Por fim, o último grupo de decisões, o qual vai de encontro à retidão sistemática calcada na boa-fé objetiva e na função social do contrato, chega mesmo a desvirtuar a organização do ordenamento civil-constitucional vez que desconsidera o efetivo dever da Justiça de preservar, em situações paritárias (repise-se, mais uma vez por dever de clareza), a vontade dos contratantes.

Dessa forma, alinha-se à perspectiva de Aline Valverde Terra, a qual faz constar importante alerta, qual seja:

Há, portanto, que se interromper a questionável prática judicial no sentido de judicializar o que é insindicável e desconsiderar a autonomia privada, preterindo a disciplina traçada pelas partes – com os devidos abrandamentos legalmente impostos em casos especiais, conforme apontado. A presença da referida cláusula resulta de escolha prévia das partes quanto aos mecanismos de tutela de que disporá o credor em caso de incumprimento definitivo, a restringir a possibilidade de o juiz reavaliar tal escolha. Sempre será permitido ao magistrado analisar o merecimento de tutela da cláusula redigida pelos contratantes, mas é preciso cuidar para que, ao fazê-lo, não se substitua à vontade inicial das partes, alterando a disciplina contratual e, conseqüentemente, o próprio equilíbrio do contrato, uma vez que a presença

¹⁹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 27/02/2018.

da cláusula resulta de complexa equação que envolve distribuição dos riscos contratuais e cláusulas econômicas.¹⁹⁹

Todavia, é verdade que não há, *grosso modo*, em solo brasileiro, possibilidade de se afastar do judiciário qualquer discussão que à sua luz seja levada. Mesmo para aqueles adeptos do voluntarismo, é incontestável a inafastabilidade da jurisdição em relação aos casos postos à luz do Poder Judiciário. Veja-se, inclusive, que o art. 5º, inc. XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Noutro diapasão, lógica semelhante à utilizada para a questão da cláusula resolutiva tácita, quando da resolução contratual, também pode servir de parâmetro para a problemática da garantia dada ao negócio jurídico celebrado. Se a parte inadimplente, ao celebrar a avença, ofertou voluntariamente algum bem em garantia, existe prévia aceitação de eventual levantamento da garantia em caso de inadimplemento.

Contudo, cumpre razão à Chueiri, ao afirmar, quanto à incidência da Teoria do adimplemento substancial nesses casos que: “o que poderá ocorrer é incidir no contrato ao qual a garantia se vincula, evitando sua resolução, de forma que não sejam necessárias restituições recíprocas para retornar o *status* anterior, o que poderá minorar os prejuízos potencialmente surgidos da resolução”.²⁰⁰

Reforça-se que a incidência da Teoria do adimplemento substancial em casos tais, desperta uma carga argumentativa mais forte, tendo em vista que a sua incidência alcançará o plano processual por via de uma ação ordinária e dirigida ao juízo com o fito de flexibilizar aspectos do sistema jurídico material que gozam de certa estabilidade, a exemplo da garantia contratual ou da cláusula resolutiva expressa.

Em outras palavras, o credor que esteja diante de verdadeira situação de adimplemento substancial deve arcar com o ônus de ter que responder judicialmente pelo exercício desproporcional e ilegítimo de ter optado pela resolução contratual por via de cláusula resolutória expressa. Assim, existiria para o devedor adimplente em substancialidade uma tutela judicial de desfazimento da medida resolutória cumulada com perdas e danos por quebra indevida do contrato.

¹⁹⁹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em: 27/02/2018.

²⁰⁰ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.96.

De tal modo, cumpre frisar que a revelação da incidência da Teoria do adimplemento substancial pressupõe flexibilização da figura da mora e, por conseguinte, do próprio inadimplemento, permitindo que devedores que cumpriram com a parte substancial do programa obrigacional sejam encarados, no plano da resolução do contrato, de maneira mais branda do que aqueles que inadimpliram significativamente com a obrigação pactuada.

Porém, a leitura desavisada do adimplemento substancial deve ser evitada. É que tratar o devedor com equilíbrio e justiça, dado seu histórico no âmbito do cumprimento de parte significativa do cronograma obrigacional, protegendo-o de eventual resolutória do credor, não é o mesmo que deixá-lo blindado dos efeitos da busca indenizatória. Isso seria economicamente inviável, juridicamente contraproducente e, acima de tudo, criaria um privilégio que não condiz com a realidade do Direito Civil-constitucional propugnada pela boa-fé objetiva.

No entanto, questionamento que se deve fazer, sempre, é como o devedor pode escudar-se da resolução de uma relação contratual, levada em juízo, por força do que se interpreta do art. 475 do Código Civil ou, doutra forma, como o credor, mesmo diante dessa defesa do devedor, pode sair do processo sem maior prejuízo, ainda que ínfimo, mas que mesmo assim tivera que suportar ao não receber todos os frutos do adimplemento que lhe fora prometido. Tais embates são tipicamente de análise externa, algo muito pouco realizado pelos pesquisadores brasileiros que já enfrentaram o tema do adimplemento substancial, frisa-se.

Doravante se verão essas e outras questões, contudo, por ser tema de grande relevância para o deslinde do presente trabalho, é de bom alvitre traçar as linhas gerais do que seria o adimplemento substancial como um processo obrigacional com aspectos internos e externos, conforme se verá.

4.2 TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NA VISÃO INTERNA DA OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO: TEMPO, LUGAR E FORMA

É sabido que o adimplemento substancial²⁰¹ originou-se no *Common Law* britânico, em meados do século XVIII, com o caso *Boone versus Eyre* no qual analisou-se a distinção entre *condition* e *warranty*.²⁰²

Para uma melhor visão do caso, buscou-se no ementário da *University of Northern British Columbia* o esforço para melhor explicar o emblemático caso. Inicialmente, do que se extrai da leitura, ficou consignado que o precedente *Boone versus Eyre*, foi paradigmático por várias razões. A primeira dessas razões foi pelo fato de ser um precedente talhado por Lord Mansfield, um dos pais liberalizadores do Direito Anglo-Saxão, ainda que ele possuísse algumas contradições em relação a sua postura ideológica.

Diz que Lord Mansfield fora um dos precursores ao levantar a bandeira contra o regime escravocrata na Inglaterra (no caso *Somerset v. Stewart*) em que pese fechar os olhos para tal regime nas colônias britânicas, como no caso ora desenhado. Outra razão é que esse caso repercute até os dias atuais no direito contratual inglês por ser um marco evolutivo do direito contratual britânico.²⁰³

²⁰¹ Importante ressaltar, em esforço introdutório, por uma questão de estabelecimento de pacto semântico aqui adotar-se-á a terminologia “adimplemento substancial” para fazer menção ao objeto principal da análise do presente artigo, por três motivos: a) A “adimplemento substancial”, para além da compreensão do instituto do “adimplemento”, primeira parte do fenômeno, também compreende a necessidade da análise do que seria o “inadimplemento”, parte final do instituto, caso seja vislumbrado linearmente. Em outras palavras, o objeto trabalhado mostra-se bifásico, conforme se verá oportunamente. b) Pelo o que foi indicado no item “a”, em sendo um fenômeno bifásico, chamá-lo de - inadimplemento ou adimplemento – substancial, não é, senão, uma escolha muito mais de veicidade do que de cientificidade, reconhece-se. c) No Brasil a expressão consagrada é “adimplemento substancial”, em que pese também serem identificadas, pontualmente, outras expressões como “inadimplemento de escassa importância” (influência do direito italiano) e “substantial performance” (influência do direito anglo-saxônico). Reconhece-se, contudo, que quaisquer dessas empreitadas terminológicas ou são utilizadas – como aqui o serão - como recurso redacional, o que não é um problema em si, ou podem ser portadoras de um vício acadêmico brasileiro, qual seja: renomear, inúmeras vezes, consagrados institutos, com intuito meramente retórico de se chamar atenção para uma suposta contribuição autoral inovadora sobre o tema.

²⁰²BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 62.

²⁰³ Segundo estas notas, atribui-se a Lord Mansfield a afirmação de que: (...) where mutual covenants go to the whole of the consideration on both sides, they are mutual conditions, the one precedent to the other. But where they go only to a part, where a breach may be paid for in damages, there the defendant has a remedy on his covenant, and shall not plead it as a condition precedent". Disponível em: <http://www.unbc.ca/assets/history/courses/201101_case_notes.feb8.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

Em resumo, o episódio versou sobre um contrato de compra e venda de uma propriedade na Ilha de Dominica, o qual incluiu-se os escravos da plantação, o que na prática brasileira chama-se de compra e venda com “porteira fechada”. Por ocasião da avença, Eyre comprometeu-se a pagar a Boon, £500 mais uma renda vitalícia anual de £160.

Após o pagamento das £500, Eyre deixou de adimplir com as £160 anuais, vez que fora constatado que Boone não possuía titularidade sobre os escravos. Boone, por sua vez, ingressou com uma ação contra Eyre. Aquele saiu vitorioso, dado o fato de Lord Mansfield ter considerado a questão dos escravos como sendo secundária ou mesmo insignificante perante o todo obrigacional. Eis aqui a ideia inicial do que gira em torno do adimplemento substancial, a insignificância do que se deixou de cumprir.

Contudo, o prejuízo suportado por Eyre deveria ser solvido em perdas e danos, não em resolução da obrigação de pagar o ordenado anual. Sendo assim, o caso emblemático para a formulação do que viria a ser chamado de adimplemento substancial ficou vinculado às obrigações secundárias, não representado, de fato, a forma que hoje é conhecida, qual seja, o impedimento de resolução contratual, ainda que por descumprimento do dever principal, em que pese tal descumprimento ser substancialmente irrelevante.

Porém, retornando à caminhada na história do instituto, tem-se que, com o tempo, a útil, porém simplista, divisão entre *condition/warranty* foi percebida como um meio de acometimento de injustiças. Veja-se que o descumprimento insignificante de uma *condition* seria suficiente a ensejar a resolução do contrato, enquanto que o grave desrespeito a uma *warranty*, obrigação secundária, não possibilitaria tal fenômeno.

Conforme apontado por Becker, partindo de uma visão mais preocupada com a gravidade do dever descumprido, surge um novo conceito obrigacional no *Common Law*, o *intermediate* ou o *innominate term*, cujo desrespeito suficientemente sério era a única forma de resolver o contrato. Ainda acentuou a autora, que por influência dessa categoria obrigacional “havendo um descumprimento leve, só se admite reclamar por perdas e danos. Contudo, se o descumprimento for sério, grave, capaz de comprometer não só o

sinagma contratual, mas toda a economia do contrato, admitir-se-ia a resolução contratual.”²⁰⁴

É com o *intermediate term*, por conseguinte, que surge a valorização da gravidade do dever descumprido e de sua influência sobre o contrato, sendo, portanto, o cerne do que se convencionou chamar de *substantial performance*.²⁰⁵

4.2.1 Adimplemento substancial no contexto do *Civil Law* e no plano Supranacional

De outro vértice, em países onde prevalece o sistema do *Civil Law*, o adimplemento substancial, em geral, foi devidamente recepcionado por seus Códigos Civis, de maneira ampla e generalizada, compreendendo a figura do “(in)adimplemento” em toda extensão. Veja-se como exemplo os casos da Itália, Alemanha, Portugal, Argentina, França e Espanha.

Na Itália, por exemplo, mais especificamente no art.1.455²⁰⁶ de seu Código Civil, é possível perceber a positivação expressa do adimplemento substancial ou, como lá é chamada, “*inadempimento di scarsa importância*”. Emílio Betti, ao comentar sobre o tema de maneira breve, conecta o adimplemento substancial ao que ele chama de “totalidade econômica da relação contratual”²⁰⁷.

Por sua vez, o adimplemento substancial ganha traços germânicos ao ser introduzido, expressamente, no § 320, II, do BGB²⁰⁸. Em tal artigo é possível perceber a ligação estabelecida entre a trivialidade (em sentido de ordinariedade/banalidade da prestação faltante) e a má-fé de quem deixa de receber essa parte faltante por puro despeito. Junte-se a esse dispositivo o que o § 323 (5)²⁰⁹, o qual, em sua parte final, aponta

²⁰⁴ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 62.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ “Importância do inadimplemento: o contrato não pode resolver se o inadimplemento de uma das partes tem pouca importância, tendo em vista o interesse da outra”.

²⁰⁷ BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. São Paulo: Bookseller, 2006, p. 672.

²⁰⁸ *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.*

²⁰⁹ [...]. *Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

pela impossibilidade da resolução contratual quando o que resta faltante é insignificante diante da lesão.

Tem-se, aqui, uma expressa vedação de posturas amesquinhas por parte do credor que tem algo de inexpressivo, ainda que de direito, a receber da parte contrária. Em um raciocínio sistemático, tal escolha remete à boa-fé edificada no § 342 do Código Civil Alemão.

O Código Civil Português, por sua vez, em seu art. 802, nº2, em redação quase que idêntica ao Código Civil Italiano, também consagra a figura da escassa importância quando da tentativa do credor em resolver o contrato.

Em realidade jurídica muito próxima à brasileira, tem-se na Argentina a possibilidade, explícita, de aplicação da teoria do adimplemento substancial conforme preleciona o artigo 1.084, do Código Civil Argentino de 2015, o qual, em tradução livre, preleciona em seu *caput* que “para fins de resolução, o inadimplemento absoluto deve ser essencial em atenção à finalidade do contrato”.

Na França, com o artigo 1184²¹⁰ e 1.134²¹¹ na Espanha, com o artigo 1124²¹² e 1258,²¹³ de seus respectivos Códigos Civis, há a previsão da *substancial performance*.

Em arremate preliminar, trazendo a experiência internacional para o direito civil pátrio, tem-se que ao menos a lógica do adimplemento substancial está timidamente – ou

²¹⁰ Article 1.184 La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

²¹¹ Article 1.134 Les conventions 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.

²¹² Artículo 1.124 La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

²¹³ Artículo 1.258 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

transversalmente – positivado nos vícios redibitórios²¹⁴ e na evicção parcial²¹⁵, no Código Civil Brasileiro.

Contudo, por mais que pareça conhecedor da teoria do adimplemento substancial, o legislador brasileiro não permitiu que essa teoria ocupasse uma posição de maior amplitude e destaque em relação ao instituto do adimplemento, como visto nas citadas experiências internacionais. Ademais, resta saber como ela se comporta diante do direito supranacional.

Pode-se, de certa forma, encontrar fundamento para o adimplemento substancial nas normas do plano internacional condizentes aos contratos de compra e venda de mercadorias entre agentes econômicos de países distintos.

Nos termos da Convenção de Viena ou Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG) sobre contratos de compra e venda de mercadorias, mais especificamente em seu artigo 51 (2), “comprador apenas pode declarar a resolução do contrato na sua totalidade se a inexecução parcial ou a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato”.

Aqui, fica franqueado o fato de que, acaso não haja patente substancialidade no inadimplemento do contrato internacional, vedada será, pelo simples cumprimento imperfeito, a resolução do contrato. Eis, portanto, a fundamentação do adimplemento substancial.

Nesses termos, cumpre salientar, conforme afirmou em sua dissertação Rodrigo Chueiri, que:

[...] a quebra fundamental não ocorre necessariamente do desatendimento à prestação principal. Ocorre quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada. Apesar da previsão, faltam critérios analíticos seguros a definir, aprioristicamente, quando se configura a quebra fundamental ou o adimplemento substancial.²¹⁶

²¹⁴ Art.441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas.

²¹⁵ Art.455. Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização.

²¹⁶ CHEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.58.

A opinião de Chueri é sustentável, vez que amparada nas lições de Vera Maria Jacob de Fradera,²¹⁷ a qual constata, com exatidão, que o CISG não permite encontrar uma organização clara no que toca à questão do (in)adimplemento, em sentido amplo.

Contudo, não se trata, a princípio, de uma falha técnica na concepção do diploma internacional, é que essa dificuldade em precisar a figura do (in)adimplemento é decorrente da própria prática do sistema de compra e venda internacional, que enfrenta grandes problemas, principalmente de ordem logística, o que é de grande valia ao comércio internacional extremamente complexo em seus arriscados arranjos postas suas nuances (geográficas, culturais, econômicas...), o que eleva as possibilidades de inadimplemento.

Corroborando para tal constatação que indica a flexibilização ensaiada do diploma internacional, saliente-se que mesmo o *nachfrist* (ou como se prefere, período de graça), figura conexas ao adimplemento substancial ligada ao prolongamento da zona obrigacional do inadimplemento relativo, no CISG ganha conotação distinta do direito obrigacional alemão, posto não ser de cunho obrigatório, mas sim facultativo.

Para uma melhor compreensão do que ora se diz, a doutrina indica que os artigos 47 (voltado para o comprador) e o 63 (voltado para o vendedor), ambos do CISG, cada um ao seu modo, criam:

[...] a possibilidade de que um comprador ou vendedor possa – mas não precise – definir um *nachfrist*, tendo como consequência principal que um comprador ou vendedor, durante aquele período, deva no geral aderir às obrigações contratuais enquanto mantendo seus direitos para subsequentemente cobrar indenização.²¹⁸

Quanto aos princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, também conhecido como UNIDROIT, igualmente caro à compra e venda internacional, tem-se em seu artigo 7.3.1²¹⁹ a nítida observância da previsão do

²¹⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 11. pp. 55-66, 1996, p. 15.

²¹⁸ No original: “[...] *the possibility that a buyer or seller may -- but need not -- set a Nachfrist with the main consequence being that the buyer or seller, during that period, must generally adhere to its contractual obligations while retaining its rights to subsequently claim damages.*” DIPALMA, Maryellen. **Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison**. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html#b>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

²¹⁹ *Article 7.3.1 - Right to Terminate the Contract (1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental performance. (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental nonperformance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could*

adimplemento substancial, o que já era de se esperar, tendo em vista o viés principiológico que ascende da *substancial performance*.

Nesses termos, parece ser comum a todos os sistemas apresentados, sejam eles nacionais ou supranacionais, que o diálogo com o adimplemento substancial é traçado em bases amplas as quais, cada uma com sua intensidade, são calcadas na perspectiva de se flexibilizar a visão do inadimplemento substancial como fenômeno estanque e inflexível, na exata mediada do que sugere o princípio boa-fé objetiva nas relações entre particulares.

Estabelecida a visão geral da teoria em termos internacionais e supranacionais, é de fundamental importância que se adentre na formatação do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente pela lente do Direito Civil-constitucional.

4.2.2 A Teoria do adimplemento substancial na órbita do direito civil-constitucional

Urge salientar que a influência do Direito Civil-constitucional sobre a atividade cognitiva do intérprete do direito privado, mais precisamente do direito das obrigações, em geral, faz-se mediante a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência negocial, os dois primeiros enunciados expressamente no Código Civil de 2002, o último implícito.

Ora, o edifício do *substancial performance* é construído, segundo Paulo Lôbo²²⁰, sobre as bases da função social do negócio e da equivalência material de direitos. Outros autores ainda, a exemplo de Eduardo Bussata,²²¹ apontam para a boa-fé objetiva como a fonte do instituto.

O que se depreende de uma leitura atenta desses trabalhos doutrinários é que, direta ou indiretamente, todos, de alguma forma e através de distintas cláusulas gerais,

not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other parts future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated. (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed under Article 7.1.5 has expired.

²²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

²²¹ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

reconhecem a influência da Carta Constitucional de 1988 no aperfeiçoamento do *substantial performance* no direito privado brasileiro.

Ademais, há de se ressaltar que avistar diferentes princípios na base da teoria do adimplemento substancial em nada prejudica sua consistência, ou melhor, solidifica-a, vez que essas cláusulas gerais “não possuem pretensão de exclusividade, pois ostentam o seu sentido próprio numa combinação de complementação e restrições recíprocas”.²²²

Veja-se que a aplicação das referidas cláusulas gerais como fundamento para incidência da teoria do inadimplemento de escassa importância, é o meio pelo qual o juiz, no caso concreto, consegue superar a rigidez da tipicidade casuística da codificação civil pátria em relação ao instituto do adimplemento, tudo isso com o anseio de possibilitar eficácia normativa à Constituição.

Na opinião de Anelise Becker, percebe-se que o aludido fenômeno:

[...] pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico-subsuntivo pelo da concreção. Apenas este último método, que utiliza parâmetros concretos para a solução de casos concretos, admite um tipo de construção jurisprudencial como o da doutrina do adimplemento substancial. Decorre daí a necessidade de apurarem-se cada vez mais tais parâmetros (*standards*), pois eles serão os limites para o julgador.²²³

Sem se avistar um parâmetro civil-constitucional rígido que congregue a possibilidade da expansão interpretativa da obrigação ao lado de uma busca, concomitante, da obrigação como processo, torna-se inviável tratar da questão do inadimplemento em solo brasileiro.

Ademais, a teoria do adimplemento substancial, por se comportar como um terceiro elemento da perturbação da relação obrigacional, exatamente entre o fim da região do inadimplemento relativo e o adimplemento, é figura que na alameda obrigacional possui um caráter mutante, posto apresentar elementos da mora (inadimplemento relativo) que não são externados – fenotipicamente falando – por força da influência que a proximidade do adimplemento exerce em seu DNA.

²²²CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.88. Apud EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual – A busca pelo diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.53.

²²³BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 63.

Essa é a visão que se tem do adimplemento substancial em formato material (*endoprocessual*), como um processo em si mesmo: um inadimplemento cujos efeitos são enfraquecidos pela proximidade do adimplemento ou, o que é igualmente válido, um adimplemento que não chega a ser perfeito/absoluto pela presença de falha prestacional insignificante que acaba maculado a regularidade obrigacional.

Veja-se que, por ser inadimplemento, é um ilícito relativo – mitigado pela força de sua proximidade com o adimplemento, é verdade – onde alguns dos efeitos típicos da espécie factual (inadimplemento relativo/mora) não deixam de existir, mas são submetidos a um processo de perda de força, de tal modo que a possibilidade de resolução - que é uma faculdade (direito formativo) do credor – fica encoberta, peremptoriamente, pela exceção de direito material que do adimplemento substancial provém.

Nesses termos, tem-se que a discricção elementar do suporte fático do adimplemento substancial, visão interna da Teoria, seria a de um ato ilícito relativo fundado em presença de parcela (quantitativamente e qualitativamente) insignificante, faltante dentro de um cronograma programático prestacional.

Constatada a insignificância, por conseguinte, acaso a pretensão do credor seja no sentido de resolução da avença negocial, a parte devedora, substancialmente adimplente, encontrar-se-á no direito de manejar exceção de direito material com o fito de promover o encobrimento da resolução, versão externa da Teoria. Quanto a esse aspecto, ensina Jones Figueiredo Alves que:

Com feito, o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isto quer dizer que a hipótese da resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do atendimento quase que integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se afigurando razoável a extinção do contrato. Não haverá imputável para resolver o contrato, quando o adimplemento parcial reflita, com o seu alcance, a pauta da avença, na proporção veemente das obrigações concretizadas.²²⁴

Veja-se que, ao não se conseguir vislumbrar o ponto da insignificância, todo o trabalho de reconhecimento da incidência externa da Teoria fica impedido de se desenvolver, sendo evidente, pois, a causalidade que permeia o tema em questão, o que

²²⁴ ALVES, Jonas Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) do negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. *In*: DELGADO, Mário Luiz *et* ALVES, Jones Figueiredo (Coordenadores). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 406.

será melhor visto quando da análise das balizas a serem enfrentadas pelo intérprete para reconhecer a incidência (ou não) da exceção de adimplemento substancial.

Contudo, antes de se adentrar na análise externa – parte final deste tópico – é de grande importância tecer alguns comentários, acerca de um instituto que guarda afinidade com a Teoria do adimplemento substancial, qual seja, a “quebra antecipada do contrato”, mesmo estando ele, ao menos em parte, contido no conjunto teórico da violação positiva do contrato.

4.3 DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO NA TEORIA DA QUEBRA ANTECIPADA COMO INSTITUTO FRONTEIRIÇO À TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

O grande artífice da teoria da violação positiva do contrato – como introdutoriamente anunciado – foi o alemão Staub, que em 1902 enfrentou a omissão do BGB quanto aos numerosos casos em que o devedor violava o pactuado através de um ato positivo, fazendo o que não deveria fazer ou realizando, positivamente, o que regia a ordem obrigacional, mas de forma imperfeita.²²⁵

Quanto à conceituação do que seria a violação positiva do contrato o que, conforme Menezes Cordeiro preleciona, não pode ser encontrada em perfeição, seria mais fácil avaliá-la excluindo-se, pois, de sua base, aquilo que não representaria uma violação positiva, dada a amplitude e a variação dos exemplos albergados em seu espectro.²²⁶

Assim, tem-se que a violação positiva do contrato seria tudo aquilo que não fosse identificado como inadimplemento absoluto ou como mora (inadimplemento relativo) – ao menos de forma legislativamente posta – e que, por força da boa-fé objetiva, podem ser depreendidos do sistema jurídico.

Pontes de Miranda, ao explicar a figura da violação positiva do contrato, indica que sua ocorrência está diretamente vinculada ao adimplemento que apresenta, no suporte fático, um ilícito relativo, existindo, por consequência, uma exclusão da perfectibilidade do adimplemento.²²⁷

²²⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 595.

²²⁶ *Ibid.*, p. 597.

²²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.2, p.243.

Analisando-se a obra staubiana, poder-se-ia perceber da casuística que serviu de base para a construção da doutrina da violação positiva, que cinco foram as classes de problemas que permitiram o desenvolvimento da teoria na ótica de Jorge Cesa Ferreira da Silva, sendo elas: a) a violação das obrigações negativas; b) o negligenciamento do cumprimento adequado dos deveres de prestação; c) o cumprimento imperfeito de relações duradouras a ponto de gerar a extinção do contrato; d) o descumprimento dos deveres laterais e e) a quebra antecipada do contrato.²²⁸

Por força conclusiva do que já fora mencionado linhas atrás, a figura da mora como inadimplemento relativo superou, no Brasil, a sua base fenomênica histórica que, inicialmente, era atrelada, unicamente, à questão do tempo como elemento a ser desrespeitado pelo devedor. Sendo assim, os pontos “a”, “b”, “c” e “d”²²⁹ não fazem sentido teórico no Brasil, dada a escolha feita pelo legislador pátrio, mesmo na vigência do Código Civil de 1916.

Todavia, os elementos “e”, “a quebra antecipada do contrato”, é passível de aproveitamento pela doutrina brasileira, conforme se verá a seguir. Pelo exposto, justifica-se a apresentação de tal perturbação da relação obrigacional.

Nesta ocasião, indica-se que a violação positiva do contrato está relacionada com a possibilidade que uma das partes da relação obrigacional tem em resolver um contrato, antecipando os efeitos de um inadimplemento futuro. Sendo mister salientar que a expressão “quebra antecipada de contrato” é mais abrangente e nem sempre está vinculada à violação positiva do contrato.

Veja-se que existem casos onde a quebra antecipada do contrato se faz presente, embora não seja visto qualquer indício de positividade prestacional da contraparte, por exemplo, quando de uma promessa de compra e venda de um empreendimento imobiliário que deveria ser entregue em prazo de 36 (trinta e seis) meses e, ao chegar no 30º mês, sequer a fundação do prédio fora fincada, gerando a quebra antecipada do contrato por força do inadimplemento antecipado. Aqui não há uma violação positiva do

²²⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 217-218.

²²⁹ Há de se lembrar, quanto ao ponto “d”, que com o desenvolvimento da doutrina que defende os deveres gerais de conduta, os deveres laterais perdem força, chegando a serem relegados a um papel secundário, como de fato o são, nas relações obrigacionais. Ademais a presença desses deveres laterais não estão veiculadas pela ideia germânica de violação positiva do contrato, uma vez que no Brasil a mora é tridimensional – tempo, modo e espaço – a quebra do dever lateral é, em verdade, uma violação negativa do contrato. Para compreender o que ora se propugna, remete-se o leitor ao item 3.3 deste trabalho.

contrato propriamente dita, em que pese, seja preclaro que na maioria das vezes essa quebra antecipada assim não se apresente.

Nesses termos, segundo explicações de Araken de Assis, tem-se que:

Em geral, a obrigação é contratada *sub dies*, marcando semelhante termo, além do momento em que o crédito passa a dotar-se de pretensão, permitindo ao credor exigi-lo, o, lapso necessário à atividade do devedor visando a execução tempestiva. E isto, porque o adimplemento reveste, inúmeras vezes, de grande complexidade, devendo mediar razoável antecipação desde a origem do vínculo. Entrementes, enseja-se uma série de planejamentos recíprocos, sobretudo o de quem almeja receber prestação e extrair dela vantagens. As edificações civis de porte, o desmantelamento de uma unidade fabril para relocá-la, ou o fornecimento de equipamentos pela indústria de bens de capital não se improvisam, nem se realizam de forma imediata.²³⁰

Já nas lições de Ruy Rosado de Aguiar, a antecipação do inadimplemento pode ser inferida quando do comportamento do devedor, por exemplo, que exerce atos inequivocamente avessos ao cumprimento de sua obrigação ou, o que é pior, emana declarações contundentes de que não irá adimplir com o que fora pactuado. Aqui sim é expressa a violação positiva do contrato.

Contudo, num caso ou noutro, fica patente a possibilidade da parte prejudicada fazer uso da doutrina da quebra antecipada do contrato, tendo em vista os indícios, mais do que suficientes, a objetivarem a quebra futura do dever obrigacional.²³¹

Em artigo precursor da matéria no Brasil, Anelise Becker afirma que essa é uma teoria erigida no contexto do *common law*, já no século XIX, informando que nos Estados Unidos o *anticipated breach of contract* (quebra antecipada do contrato) estava ligado à ação intencional que evidenciasse o *animus* de inadimplir com o que fora anteriormente entabulado.

Na Inglaterra, a doutrina originou-se de dois casos, *Hoechster v. De la Tour e Frost v. Knight*. Neles ficou estabelecido que um “repúdio, implícito ou explícito, daria à parte inocente uma causa imediata de ação anterior, portanto, ao termo previsto para o adimplemento do contrato e, precisamente, a fim de proteger o direito que tem o credor a ter o contrato mantido e eficaz”.²³² Por repúdio, leia-se aqui, a manifestação em quebrar com o contrato no futuro.

²³⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ªEd. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 106.

²³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: Vol. 06, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp.579-580.

²³² BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.73.

Pelo que se infere de similitude quanto a esses casos no âmbito da jurisprudência inglesa, tem-se que a *ratio* da quebra antecipada do contrato está vinculada à reprovação da atitude de quem acaba por submeter a contraparte, antes mesmo que o termo do contrato seja atingido, a uma situação certa de previsão de um notório prejuízo.

Todavia, impõe transcrever alerta de Anelise Becker feito quanto ao fenômeno da quebra antecipada do contrato: “a recusa, por si só, não é considerada *ipso facto* um inadimplemento, pois entende-se que não há inadimplemento a menos que a contraparte assim o considere”.²³³

Para a citada autora, está nas mãos do credor recepcionar a notícia da quebra futura do contrato como algo certo e que seja passível de, factualmente, desconstruir a obrigação erigida entre as partes. Todavia, reconhece Anelise Becker, “o risco desta atitude está em que manterá firme o contrato em benefício também da outra parte, que poderá tirar vantagem de qualquer circunstância superveniente que justifique o inadimplemento, não obstante seu prévio repúdio”.²³⁴

Inobstante, também é de bom alvitre rememorar que esse é um instituto que adentra no sistema jurídico pátrio por força do desenvolvimento de um olhar da obrigação como processo e que se faz pela brecha interpretativa que se depreende da análise fundamental da boa-fé objetiva como corolário do direito obrigacional.

Veja-se, por exemplo, que sem a compreensão dessa expansão interpretativa que vislumbra a obrigação, inclusive, em formação civil-constitucional, seria difícil – para não dizer impossível – identificar a possibilidade desse tipo de doutrina em solo pátrio.

É de notar, por exemplo, que ao buscar de maneira aferrada a lei civil, pode-se, temerariamente, cometer o equívoco de não se permitir a quebra antecipada do contrato por força do artigo 939 do Código Civil, que diz: “o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro”.

Esse artigo tinha seu correspondente fiel também no Código Civil de 1916, mais precisamente no artigo 1530 do diploma anterior, mas isso não impediu a construção da

²³³ BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.73.

²³⁴ Ibid.

teoria da quebra antecipada do contrato na vigência do antigo diploma material. Aliás, não permitir a formulação de tal doutrinação no sistema brasileiro seria uma patente afronta à própria justiça pressuposta em uma relação obrigacional.

Além disso, é imprescindível aludir que a figura da quebra antecipada do contrato é identificada como equiparada ao inadimplemento absoluto. Isso se deve ao fato, já apontado, de que os vestígios objetivos da situação obrigacional que circundam a quebra antecipada do contrato serem uma firme projeção - em elevada probabilidade - de que, no futuro, haverá o inadimplemento absoluto.

Espanta-se, com isso, a pecha de equiparar a quebra antecipada do contrato com uma “mera insegurança”, muitas vezes levantada maliciosamente pelas partes ingressantes em um negócio jurídico, para camuflar o arrependimento caprichoso perante a contraparte do negócio, o que não raro resulta na busca pelo desfazimento da obrigação pactuada. Em última análise, nesses casos, quebra-se a boa-fé objetiva, sob o argumento de defendê-la.

Note-se que há a necessidade do desenvolvimento dogmático e, principalmente, da confirmação da boa-fé objetiva no plano prático, para criar teorias expansionistas - como é o caso da teoria da quebra antecipada dos contratos. É desse ponto em diante que se tem a análise da visão externa da *substancial performance*.

4.4 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL: PREMISSAS PARA A ANÁLISE DA VISÃO EXTERNA DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL

A pressuposição inicial de uma ação – ou pelo menos o que se espera dela – é a de uma espécie de dinâmica jurídica decorrente de uma afronta ao direito de outrem. Nesses termos, figurada a afronta, sai o afrontado de uma posição de passividade e dirige suas pretensões de compensação quanto ao dano por ele suportado a quem o afrontou. Quem suporta a pretensão do afrontado, incide em ilícito.²³⁵

Assim, para que a tutela estatal seja, de fato, movimentada, a pretensão de uma das partes deve ser engendrada, procedimentalmente, à luz do Judiciário, que servirá como uma interface forçada entre as partes em litígio, impondo a uma delas o ônus de

²³⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 73.

suportar as consequências da força impositivo-adaptativa/coercitiva da revelação da lei no caso concreto.

Nesses termos, pode-se dizer que entre as várias respostas do demandado à pretensão ajuizada pela contraparte, uma ganha especial atenção para os termos do presente trabalho, qual seja, a manifestação opositora do réu que recusa ou estanca, paralisando, o pretense direito movimentado/perseguido pelo demandante, não implicando em exatidão na contestação do pretense direito de fato pleiteado em ação. É essa manifestação do réu que se pode atribuir a denominação de “exceção”.

Igualmente, é de se chamar a atenção para importante observação pontesiana: “a exceção precisa ser exercida. Não há exceção que, sem o exercitar-se, opere. Mesmo porque uma coisa é o direito de excepcionar (*ius exceptiois*); e outra, a atividade exceptiva, que é a exceção”.²³⁶

Em perspectiva histórica, Serpa Lopes alude que tal distinção provém da separação do duplo caráter da exceção insculpido nas institutas de Gaio (Liv. IV, tít. 12, §§115-117), o que permite compreendê-las como “uma relação de natureza substantiva que ao mesmo tempo e do mesmo modo se torna participante de uma relação de caráter adjetivo, processual”.²³⁷

Ao conceituar o que seria uma exceção, Pontes de Miranda, na linha que ora se expôs, indicava que a exceção não ataca o direito (efeito) ou o ato-jurídico em sentido amplo (causa). Ela não é isso, mas versa, sim, na busca de se fazer atendida, encobrindo a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção contra exercida.²³⁸

Em dissertação de mestrado, Rafael Gagliardi, baseado em clássica obra de Serpa Lopes, diz, sobre exceção, que:

Consiste na contraposição do demandado ao direito do demandante, de modo a tornar a demanda ineficaz, parcial ou totalmente, temporária ou definitivamente, mas sem impugnar a existência abstrata do direito em que tal demanda se baseia. Assim, o traço característico da exceção consiste na arguição de um direito do demandado que seja contrário ao direito do demandante no qual se funda e demanda e que seja com ele incompatível, cujo objetivo é a neutralização, definitiva ou temporária, da demanda.²³⁹

²³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p.17.

²³⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 19.

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p. 10.

²³⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **A exceção do Contrato não Cumprido**. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p.9.

Contudo, é revisitando os clássicos que se encontra, de fato, a natureza jurídica da exceção de direito material devidamente enfrentado. Aqui há uma espécie de convergência entre o posicionamento de Serpa Lopes e de Pontes de Miranda.

Segundo Serpa Lopes, a “*exceptio* é uma faculdade contraposta ao direito ou pretensão do autor”.²⁴⁰ Em aprofundamento de ideia, o referido autor indica que a exceção de direito material (ou substancial, como prefere):

Não é uma pretensão, ou, muito menos, uma contraprestação; não diz respeito à capacidade, que é uma noção geral, nem se vincula à ideia de poder [...] Sendo a *exceptio* um direito facultativo, de caráter negatório, por meio dele fica o réu com a prerrogativa de recusar o adimplemento de uma prestação por ele devida ao autor. Colocando assim a *exceptio* na categoria dos direitos facultativos [...].²⁴¹

Pontes de Miranda, por sua vez, é preclaro ao complementar o raciocínio ao dizer que:

A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão (compensação), - só encobre a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção que se exerceu contra o excipiente. Bem fraco negar, ainda quando se trate de exceções peremptórias. Dependente de ser exercida, a exceção distingue-se dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos. O exercício da exceção e a prova dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos são inconfundíveis; por isso, basta, para esses, que o juiz os encontre provados, ainda que o réu não os tenha articulado. Não assim quanto à exceção: em vez de fato, o que o juiz tem de encontrar, é o exercício do direito do réu, o exercício do *ius exceptionis*. Nenhuma contestação do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do autor há no exercício da exceção; o fato, quer pré-exclua, quer modifique, quer extinga, é, em si mesmo, contrariedade. Por mais cumprida e completamente provada que esteja, nos autos, a exceção, se não foi oposta, isto é, alegada como exercício (= comunicação de conhecimento + comunicação de vontade), nada pode o juiz no sentido de atende a ela.²⁴²

Ademais, em artigo sobre o tema das exceções, Fredie Didier, indica que é de grande valência estabelecer uma distinção entre a exceção de direito material - objeto de análise – e exceção de direito processual. Segundo referido autor, historicamente não cabe qualquer confusão conceitual, vez que há tempos o direito material encontra-se apartado do direito processual. Portanto, é da legislação material – leia-se, civil (em sentido amplo incluindo os ramos especiais tais como o empresarial, o consumerista, entre outros) – o papel de estabelecer as possibilidades existenciais das exceções de direito material²⁴³.

²⁴⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 73.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 11.

²⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul./ago. 2004, p.57.

Estabelecidas as linhas gerais da visão externa da exceção de direito material, é de bom alvitre salientar – antes de se avançar no tema – que as terminologias “exceção substancial” e “exceção de direito material” são utilizadas como categorias sinônimas, ambas servem para indicar a exceção de adimplemento substancial. Porém como classificar tal exceção para melhor compreendê-la, é o que será visto adiante.

4.4.1 O adimplemento substancial como exceção de direito material

Segundo narra Serpa Lopes, a exceção nasceu na Roma antiga, com o movimento pretoriano em face do rigorismo imposto pelo *ius civile*. Isso permitiu que a cultura romana, quando do seu desenvolvimento comercial, conseguisse melhor atender a complexidade/dificuldade que crescia com a efusão de operações ao longo de seu vasto território.²⁴⁴

Em outras palavras, a inflexibilidade dos institutos do *ius civili* já não poderia se sustentar diante do dinamismo comercial romano, tornando, portanto, um entrave ao seu desenvolvimento. Foi partindo desse ponto histórico que, “através da *exceptio*, que posteriormente se processou uma evolução da qual decorreu a classificação da matéria de nulidade absoluta e nulidade relativa”.²⁴⁵

Da *exceptio* tem-se o desenvolvimento da *exceptio doli*. Segundo Serpa Lopes “a exceção de dolo tinha, pois, no Direito Romano, um caráter geral de modo a destiná-la a evitar consequências prejudiciais à *bona fides*”.²⁴⁶ Nessa linha, tem-se conforme monografia de Flávio Rubinstein, no particular anotando as lições de Francisco do Amara que a *bona fides*:

Pode ser compreendida como um princípio normativo de justiça contratual, que visaria a tutelar o equilíbrio contratual, garantindo a igualdade das posições dos contraentes, por meio da atuação judicial. Tratar-se-ia de um critério do grau de tolerabilidade da estrutura do equilíbrio da prestação como vontade das partes, um vetor de integração necessário ao conteúdo do contrato. Nesse contexto, a *bona fides* caracterizar-se-ia como um dos fundamentos materiais e constitutivamente decisivos do Direito romano, no qual o casuísmo tópic-jurisprudencial atuava analogicamente, por referência a valores fundamentais.²⁴⁷

²⁴⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 113.

²⁴⁵ Ibid., p. 114.

²⁴⁶ Ibid., p. 117.

²⁴⁷ RUBINSTEIN, Flávio. A *bona fides* como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Edusp, v. 99, p. 573-658, 2004, p. 616.

Assim, explica o autor que: “tal *exceptio*, portanto, era uma defesa e uma proteção a um direito contrário ao exercitado pelo autor, e, como tal, um instrumento de flexível proteção da equidade e da boa-fé”.²⁴⁸ De tal gênero nasceu, portanto, duas modalidades de exceção *exceptio doli specialis* ou *praeteriti* e a *exceptio doli generalis* ou *praesentis*.

Conquanto a primeira nasça com o advento do fato jurídico que deu origem à obrigação, a segunda decorreria da conduta (dolosamente contrária à boa fé) de um dos sujeitos obrigacionais já no transcurso do programa obrigacional. É nessa segunda figura de exceção, pois, que o adimplemento substancial se fundamenta em visão externa, a despeito de sua presença no sistema pátrio ser algo controvertido.

4.4.2 *Exceptio doli generalis*

No direito romano a *exceptio doli generalis* estava diretamente relacionada à questão da boa-fé representada pela figura da *ex fide bona*. Segundo Serpa Lopes, esse seria o ponto de sua manutenção até os dias atuais, dado o fato de ela possuir uma “função atenuadora de rigores legais”.²⁴⁹ Seria a reminiscência histórica a essa figura um dos motivos que importaria, atualmente, no desenvolvimento de Teorias como o adimplemento substancial e de tantas outras que retiram seu fundamento (interno e externo) na boa fé.

Judith Martins-Costa, ao retratar, ainda que de passagem o tema, explica que:

A exceptio doli generalis, que reprimia as condutas que se enquadravam na regra que proíbe o *venire contra factum proprium* permaneceu vigente na tradição jurídica do *ius commune* como mecanismo processual mediante o qual o demandado se defendia contra o exercício malicioso e contrário à boa-fé de quem pretendia manter uma posição jurídica formal.²⁵⁰

Ora, caso se faça um retorno às bases dos capítulos anteriores deste trabalho, é inevitável observar que todo o desenvolvimento da linha de raciocínio que abrange a obrigação como processo está diretamente relacionado a esse papel funcionalizante que a boa-fé, mais precisamente em seu aspecto objetivo, hodiernamente imposto às relações obrigacionais.

²⁴⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.119.

²⁴⁹ Ibid., p. 124.

²⁵⁰ COSTA, Judith Martins. Os avatares de abuso do direito e o rumo indicado pela Boa-Fé. *In: Trabalho apresentado ao Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro 21-23 de setembro de 2006)*. Disponível em: <www. fd. ul. pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune. Acesso em: 06 de março de 2018.

Contudo, tal ponto de funcionalização, sobretudo em relação à *exceptio doli generalis*, é precisamente combatido por Pontes de Miranda, que tratando do tema na vigência do Código Civil de 1916 indicava, em resumo, não ser possível sua presença no Brasil, por dois motivos: (a) não existência de um artigo, no Brasil, que reproduzisse o §242²⁵¹ do BGB de 1900 e (b) porque seria inadmissível se utilizar do art.160, I, 2ª parte do Código Civil de 1916, a qual versava sobre exercício regular de direito e que, por isso, somente justificaria a ação de abuso de direito, não havendo que se referir à *exceptio doli generalis*, figura, conforme dito, alusiva à boa-fé.²⁵²

Com todo respeito que se deve à Pontes de Miranda – um dos autores mais estratégicos para o desenvolvimento dessas linhas monográficas – sua argumentação não merece arrimo neste particular, vez que (a) o §242 do BGB 1900 atualmente está devidamente alinhavado nos termos do art.422 do Código Civil de 2002.

Doutro passo, em análise da objeção (b), tem-se que abuso do direito – independente da previsibilidade do art. 422 do Código Civil – só pode ser compreendido à luz da boa-fé objetiva.²⁵³ Neste particular, importante trazer à colação memorável passagem de Serpa Lopes, o qual sustenta que “nada há, entendemos nós, de incompatível entre a noção de abuso do direito, o qual pode ser demandado tanto pela *actio doli* como pela *exceptio doli*”.²⁵⁴

Por sua vez, Menezes Cordeiro também é reticente à ideia da *exceptio doli generalis* no direito contemporâneo. Segundo tal doutrinador, essa exceção seria um tipo:

Muito extenso, de compreensão escassa, acaba, afinal, por se traduzir num mero arrimo linguístico destinado a dar credibilidade a posições que, por inovatórias, careciam de, no passado, provar a sua inoquidade. Sob ela cresciam e impunham-se paulatinamente outros tipos menos extensos mas mais compreensivos e, por isso, mais ricos em conteúdo para boa fé.²⁵⁵

²⁵¹ *El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidade y la buena fe em atención a los usos del tráfico. In: SERPA LOPES, Miguel Maria de. Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 125.

²⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, pp. 30-36.

²⁵³ Neste sentido vide: LEVI, Giulio. L'abuso del diritto. *Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero. Nuova Serie.* Milão: Giuffè, 1993, v. XXXI, p. 13. Em sentido diverso, apontando pela autonomia dos institutos, vide: SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium.* Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 112-113.

²⁵⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 132.

²⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 2015, p.741.

Neste particular, acredita-se que as lições alienígenas de Menezes Cordeiro, quanto à questão da *exceptio doli generalis*, não devam ser relevadas.

Conforme pode ser plenamente percebido, a questão de se desconsiderar a figura romana como uma base para doutrinas expansionistas, como a Teoria do adimplemento substancial, pouco, ou nada, contribui para o fato dela (*exceptio doli generalis*) deixar de ser uma espécie de modelo dogmático que permitiu – e ainda hoje permite – a instrumentalização de inovações calcadas na boa-fé objetiva, as quais, sobre o prisma formal/processual, só são capazes de serem projetadas se embaladas por um veículo processual que a conduza enquanto espécie de exceção de direito material.

Em outras palavras, na visão de Menezes Cordeiro, a maturidade da dogmática acerca da boa-fé objetiva no cotidiano jurisprudencial e doutrinário contemporâneos, é tão gritante, a ponto de consolidar modelos teóricos como o adimplemento substancial, relegando a *exceptio doli generalis* – ou mesmo seu gênero, exceção de direito material – a uma condição de irrelevância em relação ao direito material (visão interna). O problema de tal afirmação é o fato de deixar essas inovações insculpidas pela boa-fé objetiva órfãs de instrumentalidade no plano da prática processual, embora a questão material, de fato, esteja relativamente superada pelo aperfeiçoamento da base dogmática do princípio da boa-fé objetiva.

Ora, a conclusão de Menezes Cordeiro não pode ser encampada ao menos sobre o prisma da processualística cível (visão externa), vez que suas formalidades exigem um modelo dogmático e sobretudo prático, minimamente condizente com o jogo processual, ainda que se tenha, neste particular, uma figura que esteja fixada numa linha intermediária entre a questão material e a questão processual, como é o caso das exceções de direito material, na qual se alinha a *substancial performance*.

Consigna-se, ademais, como forma de espancar qualquer dúvida acerca do assunto ora analisado, que ao se contemplar a *exceptio doli generalis*, como uma espécie do gênero exceção de direito material, não se quer minimizar o esplendor teórico que é a boa-fé objetiva como princípio formador da *substancial performance*, tampouco se almeja indicar que o tema da exceção de direito material seria uma imposição processual ao direito material, quando o revés é o que se propugna.

Em verdade, tem-se que a *exceptio doli generalis* só existe em função e na exata medida do desenvolvimento dogmático que paulatinamente vem se sedimentando acerca

da boa-fé objetiva, assim, deve-se ter em mente que as exceções de direito material são de ordem estritamente substancial, porém com fortes impactos na esfera processual, conforme será melhor trabalhado a seguir.

Evita-se, porquanto, cair na iniquidade teórica que era percebida pela disfunção/fluidez excessiva da *exceptio doli generalis* no passado, retratada pela crítica de Menezes Cordeiro. A visão do fenômeno do adimplemento substancial deve ser bifocal e interdisciplinar. Pensar de outra forma, ao menos pelo que se expôs até aqui neste trabalho, pode apequenar a noção da própria *substancial performance* como um todo.

Indicada a natureza jurídica da exceção de adimplemento substancial, é de fundamental importância buscar sua classificação para melhor compreender como se comporta tal instituto.

4.4.3 Da classificação das exceções de direito material

Quanto aos principais aspectos classificatórios, tem-se, em primeiro lugar, a dicotomia apresentada por Pontes de Miranda quanto ao fato dessas exceções serem independentes ou dependentes. Para compreender essa primeira distinção é fundamental que se entenda, de maneira sintética, que para determinado autor “a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção em sua eficácia”.²⁵⁶

Assim o sendo, a exceção pode ser fundada em direito alheio ao que a ela está contida ou em casos onde ela passa a se apoiar em si mesmo. Dessa forma, diz-se que o primeiro tipo é relacionado às exceções dependentes (ou não autônomas) e o segundo seria de ordem independente (autônoma).

Ao exemplificar tal distinção classificatória, as lições pontesianas apresentam como exemplo de exceções independentes as exceções de prescrição. Segundo Pontes, “ela é o conteúdo (imediatamente) do próprio direito de excepcionar”.²⁵⁷

Outro exemplo de exceção de direito material independente seria o benefício de ordem, o qual, por si só, sem precisar de outro direito que lhe arrime, é capaz de sustentar o direito do excepto, bem como a própria exceção.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 12.

²⁵⁷ *Ibid.*

Já as exceções dependentes buscam guarida em ponto fora de suas bases, em verdade, são exceções decorrentes de um direito tido como uma externalidade ao direito que permite o exercício da exceção substancial em si. Exemplo pontesiano para ilustrar essa espécie seria a exceção do possuidor, a qual é sustentada pelo direito possessório do excetuante em possuir o bem. Desse é que decorre a exceção. Ao que parece, com a posse surge a possibilidade de exceção, mas não é dela a origem da exceção em si.

Contudo, há que se ressaltar que, em casos de exceção de direito material onde exista dependência em relação a outro direito, a extinção do direito que lhe deu origem fulmina a existência da exceção de direito material. Nesse caso, existe uma dependência fortíssima entre o criador e a criatura.

Ressalte-se, ainda dentro da classificação que leva a dependência e a independência das exceções, que para Pontes de Miranda, as exceções independentes são geralmente impessoais e transmissíveis por sucessão.

Para Serpa Lopes, ao se falar em exceção dependente ou independente, o foco da análise doutrinária deve estar não no direito, mas na *actio* que corresponda à exceção substancial. Nesses termos, tem-se que por dependentes seriam a *exceptio non adimpleti contractus* e a exceção de retenção. Quanto às independentes, o referido autor não faz menção de exemplo para a classificação²⁵⁸.

Ao que se pode deprender das linhas classificatórias dos referidos autores, a exceção de adimplemento substancial seria para Serpa Lopes uma exceção substancial dependente, enquanto que para Pontes de Miranda, se a considerasse existente, seria independente, dada a desnecessidade de se buscar fora do adimplemento insignificante sua base existencial.

Outra classificação leva em consideração o direcionamento da exceção à esfera da pessoalidade quanto à natureza do direito no qual ela se funda. Nesses termos, tem-se que as exceções pessoais, como o próprio nome sugere, atrelam-se à esfera jurídica de indivíduo, enquanto o contrário é válido para as impessoais (ou reais).²⁵⁹ Essa classificação é de grande relevância para as questões de marcação da transmissibilidade do direito de excetuar.

²⁵⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 106.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 108.

Ora, ao se pensar em exceções impessoais, logo há de se encontrar em conclusão a possibilidade de vê-la transmitida aos sucessores de que possuía o direito de movimentá-la, assim como também se dirige contra os sucessores de quem originariamente suportaria os efeitos do exercício de excetuar.

A impessoalidade é a marca da exceção de adimplemento substancial, de tal sorte que ela sustenta o título de exceção de direito material dependente e impessoal, dada sua transmissibilidade, de ambos os lados da relação obrigacional.

Neste diapasão, é de valia salientar que não existem distorções entre a perspectiva classificatória de Pontes de Miranda e de Serpa Lopes. Ambos, aliás, firmam-se na consideração do efeito *erga omnes* para indicar a exceção de direito material impessoal.

Outra classificação pertinente a ser trazida à luz é a que compreende as exceções em duas classes, a peremptória e a dilatória. Como bem destacado por Pontes de Miranda:

As exceções ou dilatam ou perimem, isto é, apenas encobrem, temporariamente, a eficácia (exceções dilatórias), ou a encobrem para sempre (exceções permanentes). As que encobrem temporariamente ou cessam de ter efeito a dado momento, ou podem ser destruídas por ato do titular do direito a cuja eficácia se opõe, ou só têm efeito enquanto não se tem por certa alguma situação.²⁶⁰

Por sua vez, Serpa Lopes acrescenta que dessa classificação entre exceções dilatória e exceções peremptórias deriva, também, as exceções diminutórias, as quais levam em conta um critério de quantidade (no sentido de intensidade). Destarte, tem-se que “dizem-se diminutórias aquelas exceções destinadas a corrigir em pedido excessivo. Assim, as exceções diminutórias guardam uma relação intermediária entre as exceções dilatórias e as peremptórias”.²⁶¹

Haveria, segundo Serpa Lopes, um terceira espécie, a da exceção parcial (no sentido de extensão), aquela que excluiria parte dos pedidos, entregando, neste particular, o que ele chamou de “absolvição do réu”.²⁶² Assim, a exceção se dirige a uma posição da parte contrária e encobre o ponto exato dos pedidos, tendo como resultado o encobrimento de tal pretensão.

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 14.

²⁶¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 105.

²⁶² *Ibid.*

A exceção de adimplemento substancial, nesses termos, é considerada peremptória e parcial. Isto se deve ao fato de que a pretensão resolutória, quando exercida contra um devedor, passa a ter sua eficácia encoberta, por força da exceção de adimplemento parcial, em que pese a ação continuar quanto ao pedido de perdas e danos.

Em verdade, impõe-se um prolongamento da ação até que se encontre, em meio processual externo à pretensão resolutória, algo que consiga sustentar a obrigação de arcar com as perdas e danos decorrentes da parcela insignificante, tal como ocorre pela via da ação ordinária de indenização por perdas e danos. Assim, sendo frustrada a cobrança, poderá ocorrer em fase executória própria, a penhora do bem da vida que deu origem à pretensão resolutória.

Na contramão dessa posição, coloca-se Rodrigo Chueiri, o qual indica que “se houver apenas uma solução para a satisfação do crédito, é a que se deverá utilizar”,²⁶³ o que implica em dizer que não restando suficiente a força patrimonial do devedor em adimplir com as perdas e danos decorrentes do adimplemento substancial, caberá, de toda sorte, a resolução do contrato.

Parece que a conclusão de Rodrigo Chueiri, caso levada à cabo, contribui para a ineficácia da Teoria do adimplemento substancial, tendo em vista desconsiderar o fato de que o sentido de não se permitir a resolução do contrato é, de fato, proteger o sujeito substancialmente adimplente dos efeitos devastadores de uma resolução.

Veja-se, por exemplo, que existe entre a posição aqui defendida e a posição de Rodrigo Chueiri uma significativa diferença. Melhor se explica.

A tese defendida nas linhas deste trabalho remonta a um desfecho que indica, em caso de frustração da demanda proposta pelo autor, uma fase executiva que devolverá ao credor a parcela faltante mais as perdas e danos, retornando todo o resto dessa operação ao patrimônio do devedor, inclusive eventuais acréscimos patrimoniais decorrentes da valorização do bem executado.

Já na perspectiva de Chueiri, o desfecho de eventual frustração da pretensão creditícia resultará na gravosa resolução do contrato, ao se buscar um pretense *status quo ante*. Isso implica em dizer, por exemplo, que o credor retomará o objeto da avença e

²⁶³ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.96.

devolverá o preço pago pelo devedor deduzindo, ainda, eventuais perdas e danos. Nesse caso, eventual valorização do bem envolvido na resolução, por exemplo, em nada beneficiará o devedor, a título de retorno/regresso patrimonial.

Assim, o que ora se defende deve ser a opção jurídica mais equilibrada quanto ao desenvolvimento da Teoria do adimplemento substancial no Brasil, posto que contempla, por um lado, o direito creditório do demandante e, por outro, não deixa de lado a tutela do devedor que ficou pendente em parcela insignificante do avençado.

Deste modo, deve-se permitir que o inadimplente em insignificância não seja impingido a ver seu contrato resolvido por mero deleite do credor, o que, todavia, não implica em dizer que esse devedor estaria livre do dever de arcar com as perdas e danos, ainda que também insignificantes, sofridas pelo credor.

Em outras palavras, em não cumprindo com sua obrigação, tem-se mais do que cabível que o devedor responda por perdas e danos, inclusive, acerca do que deixou de adimplir, o que coíbe o enriquecimento sem causa. E isso é óbvio, dado o fato de se considerar injusto que a parte prejudicada com o inadimplemento insignificante (ou adimplemento substancial, não se esquecendo que ele é um ilícito relativo) seja impedida de buscar o seu crédito por outra via.

Pontuada a visão classificatória que circunscreve a temática da exceção de adimplemento substancial, é imprescindível compreender o caminho que permite a associação entre Teoria do adimplemento substancial e a exceção de direito material.

4.5 DA EXCEÇÃO DE DIREITO MATERIAL AO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL: DOS ASPECTOS GERAIS A UMA VISÃO PROBATÓRIA

De início, para desmistificar a questão da dependência da exceção substancial do processo, há de se levar em conta que, na perspectiva pontesiana, a exceção de direito material pode, sem necessariamente dever, ser movimentada em caráter extraprocessual.²⁶⁴

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 16.

Por exemplo, um devedor ao ser notificado, para dar cumprimento à sua parte na avença, pode contra-notificar a outra parte informando-lhe que sua contrapartida na avença depende do cumprimento da obrigação da parte notificante, em nítido exercício de se desvencilhar da constituição da mora através da exceção do contrato não cumprido.

Comentando sobre o tema, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, constatou que a maioria da doutrina contemporânea, entre ela Araken de Assis e Rafael Oliveira, são adeptos dessa possibilidade de exercício ambivalente das vias de exceção (judicial e extrajudicial). Segundo o autor, esse é um reflexo pleno do princípio da indiferença das vias. Contudo, é evidente que em caso onde o exercício da exceção dependa de reconhecimento judicial, o que parece ser o caso da exceção de adimplemento substancial, é conspícua a impossibilidade de se desempenhar tal resposta do demandado para além do ambiente processual.²⁶⁵

Ponto de igual pertinência é saber ao que se opõe uma exceção. Conforme Pontes de Miranda, a exceção pode-se opor contra: “(...) a) à eficácia do direito, como a exceção *non adimpleti contractus*; b) à eficácia da pretensão, como a de prescrição; ou c) só à ação, como a exceção de coisa julgada; ou d) à exceção”.²⁶⁶

Nesses termos, tem-se que, em geral²⁶⁷, a exceção de adimplemento substancial incide justamente sobre a eficácia do direito formativo extintivo que provém da mora e, conseqüentemente, do inadimplemento de escarça importância. Tal inadimplemento relativo não é suficiente a ensejar a rescisão/destruição do negócio jurídico a este fato subjacente.

É que, de fato, o direito de ver o contrato resolvido existe, tendo em vista a presença da mora e do próprio inadimplemento. O problema é que a insignificância do que se encontra na base dele é tão patente que faz a eficácia do direito ser resfriada pelo encobrimento da exceção de adimplemento substancial.

A questão é de eficácia, ou melhor, de impedimento de parte dos efeitos da resolução – mais especificamente quanto ao desfazimento do negócio jurídico – embora

²⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil: Um conceito em busca de um autor?** In: MIRANDA, Daniel Gomes de *et al.* **Prescrição e Decadência**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 417.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p. 16.

²⁶⁷ É possível perceber que a exceção de adimplemento substancial também recai sobre outra exceção. Isso constantemente ocorre nos casos onde a parte encontra-se em adimplemento substancial com a seguradora e acaba se envolvendo em um sinistro. Ao tentar demandar a Seguradora, recebe como resposta uma “exceção de contrato não cumprido”. Para contrapor-se à alegação da Seguradora, o segurado deve apresentar exceção de adimplemento substancial.

outro componente eficaz, relacionado a perdas e danos, por exemplo, continue a se fazer presente.

Ademais, acaso a parte demandante a quem o adimplemento substancial é benéfico não o exerça no primeiro momento a que couber sua manifestação, é preclaro que o efeito do desfazimento do contrato ficará liberto para dar concreção ao seu intento jurídico prévio.

Cumprido, outrossim, esclarecer que, sem haver movimentação da ação ou da pretensão quanto ao direito sustentado pela contraparte, não haverá cabimento para a estruturação da exceção de direito material. Isso se deve a motivos óbvios. É que a exceção pressupõe, em linguagem pontesiana, o perfazimento de motivos *prius* que ela remeterá.

Assim, a primariedade do exercício do direito do credor, em caso de exceção de adimplemento substancial, sinalizará seu próprio encobrimento.

Fazendo um paralelo entre o direito do credor e o exercício da exceção de adimplemento substancial, tem-se que “a exceção não corta, não objeta, a sua eficácia afirma-se, e a outra eficácia, em virtude disso, fica *encoberta*”.²⁶⁸

Assim ensina Pontes de Miranda:

Quem defende (de-fendere) vai contra o que golpeia, o empuxa (of-fendere; fendere = golpear). Ataque contra ataque: alguém disse, postulou; outrem, que defende, nega. A defesa, dita, também, objeção, contraria a projeção do direito, da pretensão, ou da ação, ou da própria exceção. Um afirma que o direito é, ou foi, ou vai ser; outro, que não é, ou não foi, ou não vai ser. Algumas vezes, ao longo da dimensão de tempo: não é, não foi, não será; outras vezes, admite-se que foi e não é mais (posto que se haja constituído o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, extinguiu-se; e.g., houve pagamento). Aquele mesmo que nega a exceção, que outro opõe, defende-se; não excetua.²⁶⁹

Não menos importante para caracterização da natureza jurídica da exceção substancial frente à defesa é a seguinte explicação de Serpa Lopes:

[...] As exceções substanciais pertencem ao Direito material, ao Direito substantivo, não só em relação à sua própria natureza como em relação a seu próprio destino, que é o de atingir a ação do autor. Mas o direito deste pode comportar duas espécies de contra-ataque, ou é visado por direito contraposto, estranho ao mérito do pedido nele contido, de modo a travar-se todo combate judicial fora do setor da lide propriamente dita, isto é, por um motivo estranho ao pedido do autor, como é o caso da *exceptio*, ou então o ataque se dirige

²⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.06, p. 18.

²⁶⁹ *Ibid.*

diretamente contra a própria pretensão do autor, negando-lhe existência ou outra razão de igual teor, e então temos a defesa.²⁷⁰

É neste exato ponto da doutrina pontesiana que reside a definição da distinção entre defesa, também sintetizada na expressão objeção, e exceção. É por isso que não se concorda plenamente com a concepção de Bussatta que através da leitura do art. 187 do Código Civil indica que a norma ali estabelecida e alinhavada pela boa-fé objetiva faria do adimplemento substancial uma função defensiva.²⁷¹

4.5.1 Do aspecto probatório nas exceções de direito material

Ao esmiuçar a Teoria do adimplemento substancial perfilada na categoria de exceção de direito material, é de se repisar um alerta: apesar de ser uma exceção de direito material, sua operacionalização processual²⁷², mais precisamente nas raias probatórias, torna-se cogente.

A exceção de adimplemento substancial deverá ser veiculada, quando do exercício da pretensão resolutiva, no primeiro momento processual que couber ao devedor alegar o cumprimento substancial do planejamento contratual. Evita-se, dessa forma, a solução drástica para o inadimplemento, qual seja, a resolução do avençado. Frise-se que esse é um ponto nodal, principalmente quando for analisar a distribuição dinâmica do ônus da prova segundo o Novo CPC.

Para o exercício de tal exceção de direito material, deve-se ter em mente que “se o credor, já podendo estar em mora o devedor, alega inadimplemento, o ônus da prova de ter adimplido incube ao devedor.”²⁷³

Segundo preleciona Serpa Lopes:

[...] no domínio da exceção há um ônus, nesse sentido de que o que dela pretenda se prevalecer terá de alegá-la e prová-la, mas não é a isto obrigado, nem nenhuma consequência jurídica poderá lhe resultar em seu prejuízo, a não ser a própria desvantagem de não se ter utilizado daquele remédio para assim conseguir certos objetivos só por ele atingidos. Na figura típica do ônus existe,

²⁷⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 86-87.

²⁷¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.127.

²⁷² Cumpre ressaltar que: “A exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. Levou-se longo tempo até se compreender que, pelo conceito da exceção de direito material, não poderia ser ela dependente da intimação de pleito”. *In*: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.16.

²⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.13.

assim, uma necessária correlação entre o cumprimento do ônus e a obtenção de um resultado.²⁷⁴

Sendo assim, é patente que o devedor, ao ser colocado numa situação de resolução por força de adimplemento substancial, alega o *substancial performance* para afastar a resolução do contrato, tendo que suportar o ônus da prova. Mas o que seria o ônus da prova?

Ao se falar em ônus da prova, logo surge a necessidade de dissecar seu conceito no intuito de viabilizar a plena distinção entre ele e outra figura da teoria geral da prova, qual seja, o dever de provar. As lições pontesianas são enfáticas em trazer uma distinção, entre essas duas formas, que assevera:

[...] (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado.²⁷⁵

A quem se concede certo interesse na afirmação é dado, pelo menos em regra, o ônus da prova, vez que tal provar é posto em atenção ao próprio interesse da esfera jurídica do onerado, para que sua afirmação não seja vazia e “caia no vácuo”.²⁷⁶ Assim é que se tem que “o emprego da *exceptio* é um ônus denominado completo, porque unicamente por meio dele pode o titular de um direito negativo obter a paralisação total ou relativa da demanda”.²⁷⁷

Nesse talante, percebe-se que o ápice da figura do ônus da prova se consubstancia dentro do processo, embora seja preexistente. Isso leva à conclusão de que o conceito é ambivalente, não sendo exclusivo à dimensão processual, tampouco à material, mas dos dois âmbitos.²⁷⁸

Quanto à objetividade do ônus da prova nas exceções de direito material, tem-se que “como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos tem que provar, não há discriminação positiva do ônus da prova”.²⁷⁹

²⁷⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.39.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, op.cit., p.410.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ SERPA LOPES, op.cit., p.39.

²⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p.412.

²⁷⁹ Ibid., p. 414.

Ora, por ser objetivo, é que processualmente o sistema pretende (ou pretendia, por ocasião do Novo Código de Processo Civil) corrigir eventuais exageros e abusos teratológicos que levem a um processo de insegurança material e processual. “As exceções entram nas afirmações contra a eficácia, porque toda exceção encobre, dilatória ou peremptoriamente, eficácia: *reus in excipiendo fit actor*, porque afirma contra a eficácia e se lhe carrega, portanto, o ônus da prova”.²⁸⁰

É com essa objetividade que a teoria do adimplemento substancial pode ser aplicada e, mais, pode ser corrigida, em seus abusos jurisprudenciais. Será a dogmática, através de sua construção, que poderá apontar os elementos objetivos, os quais, indicados por quem excetua, alegando o reconhecimento da incidência da teoria do adimplemento substancial, terá a resolução afastada do campo negocial.

O problema dessa objetivação é, atualmente, a amplitude interpretativa que o Novo CPC passou a rezar acerca da atividade do Juiz diante da introdução “expressa” da distribuição dinâmica prevista no art. 373 Novo CPC²⁸¹, o que compromete um dos principais elementos de contenção dos abusos na construção jurisprudencial de Teorias como a do adimplemento substancial.

Em verdade, a própria falta de limites ao ativismo judicial, que perpassa pela falta de amarras probatórias, é seu maior inimigo existencial. O pior é que o desenvolvimento brasileiro de Teorias expansionistas de caráter civil-constitucional, a exemplo da Teoria do adimplemento substancial – amparadas no binômio normogenético dignidade humana/solidariedade, amalgamada, na seara civil, em princípios como o da boa-fé objetiva ou função social do contrato – é quem mais sofrem com esse descontrole sistêmico.

Mas no que consiste uma distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC?

²⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.26, p. 415.

²⁸¹ O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

4.5.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo CPC

A distribuição dinâmica do ônus da prova, hoje positivada no art. 373 e parágrafos do CPC, coloca o Juiz como parte do conjunto de forças, ou melhor, como parte do processo em si, pelo menos no que diz respeito ao desencadear probatório (desenvolvimento ou progresso) do processo e, o que é pior, da possibilidade quase ilimitada de indicar o fluxo da dinâmica da distribuição do ônus probatório.

Nesses termos, parece que, ao menos em parte, as preocupações de Eduardo da Fonseca Costa ligam um reluzente sinal de alerta ao direcionar sua crítica ao ativismo judicial, asseverando que “não existe exercício de poderes instrutórios bacteriologicamente assépticos”²⁸².

De fato, acredita-se que nada no mundo jurídico é capaz de ser “bacteriologicamente asséptico”, mas o ideal de assepsia, principalmente no processo (direito processual), é algo válido e necessário a ser almejado como instrumento dialógico e convincente, que seja transparente ao revelar a incidência da lei em seu suporte fático.

Nesse sentido, parece não ser tão concludente a certeza de Hugo de Brito Machado Segundo quando diz que:

É falsa a crença segundo a qual a iniciativa do juiz, em matéria de prova, prejudica sua imparcialidade, pois, de plano, se vê que nem sempre se sabe a quem uma prova pode “favorecer”. Uma prova pode aumentar ou diminuir a certeza a respeito da veracidade de afirmações feitas pelo autor, podendo, pois, mesmo dizendo respeito a fato constitutivo de seu direito, “beneficiar” o réu.²⁸³

Seria de bom tom testar-se a citação no caso das exceções de direito material. O favorecimento do réu/devedor (excipiente) seria infinito em relação ao autor/credor (excetuado). Bastaria alegar-se “teoria do adimplemento substancial” e pronto, com muita fé na imparcialidade do magistrado e na sua argumentação retórico-motivadora bastante afiada e, assim, estaria resolvida a situação do réu. Tal posicionamento amesquinha o instituto obrigacional racionalmente constitucionalizado e sintetizado em princípios como o da boa-fé objetiva, vindo a prejudicar a própria funcionalidade do processo e da exceção de direito material.

²⁸² COSTA, Eduardo José Fonseca da. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, n. 90. Belo Horizonte: Fórum, pp. 153-173, abr./jun.2015, p. 172.

²⁸³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os poderes instrutórios do juiz no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fred *et al.* *Provas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.340.

Crítica que também se faz à dinamização do ônus da prova no Novo CPC²⁸⁴ e que serve de grande sustentáculo argumentativo para o diálogo que se faz com a exceção de direito material nesse aspecto, foi posta por Vitor de Paula Ramos, que ao verificar a irrelevância da inovação legislativa sobre tema, disse que:

Em conclusão a dinamização do “ônus” da prova, além de causar problemas de segurança jurídica, mormente no aspecto calculabilidade, não apresenta ganhos reais; isso porque as partes, com ou sem dinamização, sem um dever de provas, acabam levando aos autos somente as provas que lhes favorecem. Assim, a dinamização não promove a maior completude do material probatório não parecendo vantajosa a sua adoção pelo CPC.²⁸⁵

Os pontos de partida colocados por Vitor de Paula são razoáveis, principalmente quando versa sobre a “calculabilidade”, a qual trabalha a ideia da utilidade (eficiência) de um demandante ingressar com uma ação já antevendo as reais possibilidades de êxito, conforme as regras do jogo probatório preestabelecidas.

Segundo o processualista, a falta de rigidez no direcionamento do ônus probatório, logo de partida, encorajaria o “litigante vil” em perseguir sua “pretensão descabida” em juízo, já que pode contar com a sorte da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em termos adaptativos do que ora se indica, é de se lembrar que quem excetua assume uma postura ativa, analogamente comparada à posição angular do autor, só que por vias transversas, quando, por óbvio, a exceção de direito material não vier arrimada já no contexto da pretensão autoral ínsita à inicial de um processo.

Na contramão dos que rejeitam a inovação processual, encontra-se Eduardo Cambi. Este festeja de maneira a afirmar que “a regra do ônus da prova está diretamente relacionada com a formação do convencimento judicial. Ao considerar o direito material em litígio, o juiz pode atenuar ou inverter o ônus probatório”.²⁸⁶

Ora, é exatamente essa perspectiva de Cambi que corrobora, pelo menos para os casos de aplicação das exceções de direito material, para a impossibilidade da distribuição

²⁸⁴ Por óbvio, nota-se aqui, todavia, que nem tudo no novo CPC é criticável, veja-se que o novo diploma processual resolve terminantemente um aspecto ardiloso da aplicação da Teoria do adimplemento substancial vez que, por intermédio do dispositivo esposado no art. 10, é vedada a acolhida da exceção de direito material sem que, no entanto, a parte adversa (credora) não se manifeste acerca de tal argumentação do devedor. Assim, fica patente a defesa plena e conclusiva da proteção aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, no âmbito externo da Teoria do Adimplemento Substancial (leia-se exceção de adimplemento substancial).

²⁸⁵ RAMOS, Vitor de Paula. Ônus e deveres probatórios das partes no Novo CPC brasileiro. *In: DIDIER JR., Fred et al. Provas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.273.

²⁸⁶ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *In: DIDIER JR., Fred et al. Provas*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 538.

dinâmica do ônus da prova. Seria de melhor técnica que os parágrafos do art. 373 do Novo CPC delimitassem os casos em que, de acordo com a dogmática de direito material, haveria incidência da distribuição dinâmica do ônus da prova, se é que existem.

O problema está justamente quando essa distribuição, por força da dinamicidade, supera a ordem probatória insculpida no direito material. Por exemplo, no caso de uma ação fundada no art. 475 do Código Civil na qual se busque a resolução do contrato firmado entre particulares, sem qualquer incidência do permissivo normativo da inversão do ônus da prova (como permite o Código de Defesa do Consumidor), onde um magistrado, vedado em *non liquet*, tendo dúvidas quanto ao caso a ele apresentado, resolva atribuir o ônus de provar que a prestação cobrada é, de fato, substancial ao cobrador.

A dificuldade da dinamização do ônus da prova parece estar, principalmente, na falta de conhecimento dogmático do direito material que, alinhado ao aumento do poder ativista da magistratura, abre um rombo enorme na caixa de pandora jurídica, o que enseja, inclusive, a destruição da própria visão do processo como ferramenta justa/imparcial capaz de resolver e apaziguar os problemas do caso concreto.

A quebra da distribuição estática/prévia reflete a invalidação das regras de direito material que exaurem a teoria do ônus da prova e indicam, de maneira clara, as consequências da falta de prova.²⁸⁷ O ônus da prova antes do Novo CPC era algo certo, firme e seguro, porque previsto no direito material. Hoje, contudo, a regra de desempate, que era própria do encerramento da disputa material ventilada pelas exceções de direito material, só existe em um lugar, na cabeça do magistrado.

Assim, a má legislatura sobre o ônus da prova, sem as minúcias que a matéria sobre provas exige, permite uma piora na processualística e um desmoronamento de todo um sistema de direito material.

Contudo, o momento é de cautela, de vigilância do judiciário e de meditação doutrinária. O ativismo em si não é ruim, mas precisa de freios e contrapesos, inclusive mais fortes e poderosos que seus sopros inovadores, o que é de grande importância para a vitalidade da própria Teoria do adimplemento substancial no sistema jurídico brasileiro. Sem isso, os avanços na órbita civil-constitucional podem ser confundidos com o

²⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.03, p. 414.

judicialismo partidário, o que fere o próprio perfil igualitário que dialoga com o binômio dignidade humana/solidariedade, caríssimo ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Neste ínterim, demonstrada a problemática suscitada pelo Novo CPC, faz-se necessário indicar as balizas para o reconhecimento da incidência da exceção de direito material como forma de compreensão do próprio enfretamento do ônus da prova. Para tanto, buscando uma construção doutrinária amparada na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tentar-se-á estabelecer os ditames materiais capazes de apoiar o desenvolvimento seguro do reconhecimento da incidência da exceção de adimplemento substancial no Brasil.

5 DAS BALIZAS DE RECONHECIMENTO DO ADIMPLIMENTO SUBSTANCIAL À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segundo Lucas Gaspar de Oliveira Martins, em monografia que tratou, ainda que de passagem, acerca das balizas de reconhecimento da incidência da Teoria do Adimplemento Substancial, é possível traçar parâmetros elementares baseados em notas marcadas pelo direito comparado. A primeira dessas notas – identificada, inclusive, em todos os sistemas por ele analisado – foi a gravidade para suplantar o inadimplemento substancial e perfazer-se a quebra do vínculo, algo tanto simplista e que, na prática, pode não dizer muito. Pelo que o referido autor observou do assunto, pode-se concluir que o Direito estrangeiro, principalmente na linha do sistema continental, alinha-se, preferencialmente, a uma visão objetivista do fenômeno.²⁸⁸

Desenvolvendo sua linha de raciocínio, Lucas Gaspar concluiu que:

Com efeito, no que se refere à conduta do devedor deve se levar em conta para fins de valoração da gravidade do incumprimento quando se tratar de trato continuado ou trato sucessivo. Nessa hipótese, o descumprimento doloso ou simplesmente ofensivo à boa-fé objetiva implica em manifesta frustração do interesse objetivo na contratação, tendo em vista o justificado receio de que o devedor voltará a descumprir e nenhum sistema jurídico tem a legitimidade para impor a manutenção deste tipo de avença.²⁸⁹

Nada obstante, é no trabalho de Eduardo Bussatta, amparado pela doutrina italiana, que se vislumbra os primeiros passos para sistematizar um balizamento mais criterioso e condizente com a problemática brasileira da Teoria do Adimplemento Substancial. Segundo o autor, a doutrina italiana ao se debruçar no estudo do art. 1445 do *Codice Civile*, divide-se em duas correntes quais sejam: subjetivista e objetivista.

A corrente subjetivista tem como escopo a valoração da *vontade hipotética* do sujeito contratual não inadimplente. Para tal corrente, a parte prejudicada pelo inadimplemento somente poderia buscar a dissolução do contrato “quando fosse possível concluir que a parte não realizaria a contratação se soubesse ou suspeitasse que tal inadimplemento poderia vir a ocorrer”.²⁹⁰

²⁸⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Inadimplemento Absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 121 f. Monografia de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 42.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 59.

²⁹⁰ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.109.

Essa primeira abordagem abre o flanco para fortes críticas, vez que, para além do ficcionismo de se conhecer o conteúdo psíquico/volitivo da parte não inadimplente, quando da celebração do contrato, conduziria, de igual sorte, à necessidade de se “indagar se se levaria em consideração a vontade hipotética concreta ou a uma possível vontade hipotética geral, abstrata, do cidadão comum ou do bom pai de família” quando se buscasse analisar a incidência, ou não, da alegação de incidência do adimplemento substancial no caso concreto.²⁹¹

Por conseguinte, tal corrente fulmina a própria natureza jurídica do instituto, tendo em vista o descompasso com a percepção objetivista do fenômeno, nomeadamente quando se trata de sua veiculação no formato de exceção de direito material e seu subsequente alinhamento com o ônus da prova, como visto no capítulo anterior.

Some-se à crítica ao subjetivismo no reconhecimento da incidência da exceção de adimplemento substancial, o fato de que o próprio substrato principiológico presente na produção e desenvolvimento da aludida Teoria tem como espeque uma situação comportamental de boa-fé que guarda seu fundamento na esguelha objetiva, mais adequada ao direito civil-constitucional, como já repisado, direto ou indiretamente, em várias passagens desta dissertação.

Sendo assim, o critério de balizamento a ser adotado como contribuição deste trabalho à Teoria em análise guarda propensão ao diálogo com a corrente objetivista²⁹². Nesses termos, conforme preleciona Bussatta, o primeiro juízo analítico que o magistrado há de fazer na hora de aplicar o *substantial performance* é a projeção **quantitativa** entre o que foi estabelecido no contrato (dever ser) e o que efetivamente fora cumprido (ser).

Contudo, a aplicação pura, simples e isolada desse juízo analítico, pode, em última instância, provocar grandes injustiças contratuais em algumas hipóteses onde o que fora prestado se aproxima, matematicamente falando, do que fora pactuado, sem que com isso, ontologicamente, haja o preenchimento da eficiência creditícia que se almeja alcançar em toda avença negocial com caráter oneroso. Veja-se, como hipótese básica de tal

²⁹¹ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.109.

²⁹² Ainda que se assuma referida posição para os propósitos deste trabalho, é verdade que o elemento subjetivo jamais será totalmente excluído das ponderações do jurista. Contudo, os sopros de voluntarismo egoísta, esses sim, são terminantemente afastados das ponderações pautadas pelo raciocínio do direito civil-constitucional que se persegue.

afirmação, a busca da resolução de contratos de baixíssima margem de lucro, onde o real proveito econômico é retirado, apenas, na(s) última(s) parcela(s).

Numa situação tal, pela força do próprio princípio da boa-fé objetiva e seus desdobramentos dogmáticos, fica evidente a necessidade de (re)adequar o raciocínio jurídico diante da Teoria do adimplemento substancial. Eis, aqui, também, um ponto de análise de balizamento na aplicação da *substantial performance*, por óbvio já anunciado ao longo de todo este trabalho – o que justifica sua menção, apenas, de passagem.

Continuando os esforços introdutórios, tem-se que o raciocínio contrário da lógica exemplificada acima também é permitido. É que em muitos casos - máxime quando da existência de um desequilíbrio negocial entre as partes já no advento do negócio jurídico – não é incomum que o esforço da parte inadimplente, a despeito de não representar, matematicamente, uma escassa importância, venha a corroborar com a exata eficiência econômica²⁹³ aguardada pelo credor – leia-se lucro.

Dessa perspectiva casuística é que também se busca alcançar na **causalidade** um dos objetos de balizamento da Teoria do adimplemento substancial a relevar-se. Nesses termos, compreende-se que, para dar solução a certos tipos do tráfico jurídico, o sistema brasileiro dá destaque à causa, a exemplo da exceção do contrato não cumprido e da resolução por inadimplemento, espécies do gênero exceções de direito material.

Nesse diapasão, assevera Bussatta:

Trazendo essa noção de causa à avaliação da significância do inadimplemento, pode-se afirmar que haverá inadimplemento de escassa importância quando, não obstante a lesão ao direito do credor, o contrato mantém a sua função econômico-social, o que significa dizer, o resultado prático perseguido pelas partes, em que pese o inadimplemento ocorrido, efetivamente se realiza. Ao contrário, o inadimplemento será considerado substancial ou de importância quando o fim prático previsto no tipo contratual e buscado pelo agente não for

²⁹³ Note-se que apesar de se tocar em questão de microeconomia ao se falar em “eficiência econômica” – alheias ao conhecimento jurídico - tenta-se, apenas, racionalizar os milhares de casos que chegam à luz do judiciário, sem sair da argumentação exclusivamente jurídica. Para traçar tal argumento/raciocínio o jurista deve aferrar-se, pragmaticamente falando, à confluência ética e axiológica posta pelo Estado Democrático de Direito em águas mansas do mar constitucional, afastando-se, dessa forma, da figura do “homem-calculadora”, que toma decisões e estabelece lógicas contratuais com a nítida consciência de seu papel de agente econômico maximizador. Em outras palavras, ainda que o eficientismo não seja negado no império da lei, ele quase sempre não tem força e quando o tem, não pode ultrapassar os limites morais de uma dada sociedade, em um dado momento histórico. Mesmo em Posner, nome maior da Análise Econômica do Direito, é possível perceber que a “conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral – **na verdade, de qualquer teoria**” (grifos nossos). In POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.506.

alcançado, de forma que a prestação realizada não conserva a sua utilidade para o credor.²⁹⁴

Da análise do cumprimento da causa é que se buscará provar a nota principal da Teoria do adimplemento substancial, a qual leva à percepção do equilíbrio sinalagmático do contrato, da natureza da obrigação descumprida, do comportamento das partes ao longo de todo o processo histórico-contratual, da duração do inadimplemento e do perfazimento do conteúdo programático contratual nos termos da boa-fé objetiva.

Por fim, é de se observar que o interesse creditório, outra significativa nuance, também pode ser considerada na análise casuística na tentativa de entregar à prática judiciária uma espécie de “mínimo produto viável” do que se entende necessário ao balizamento da Teoria do adimplemento substancial no Brasil.

Todos esses pontos aqui enunciados, inclusive, são relevantes ao desencadear processual analítico probatório, capaz de garantir o reconhecimento da incidência do adimplemento substancial, sobretudo em seu viés de exceção de direito material, com (pelo menos) o mínimo de segurança jurídica e com maior rigor decisório, quando do exercício motivacional da decisão do magistrado, conforme retratado no capítulo anterior.

Em derradeira apreciação introdutória, há de se compreender que tais balizas são (ou deveriam ser), no todo ou em parte, rigidamente analisadas pelo Magistrado que reconhece a incidência do adimplemento substancial no caso concreto. Esse é um clamor da própria segurança jurídica que se pretende garantir no campo processual e material.

É com espeque nessa visão preambular que tentar-se-á desenvolver um trabalho mais aprofundado no delineamento das balizas de reconhecimento da possibilidade de alegação acertada da incidência da exceção e conseqüente reconhecimento do adimplemento substancial em uma perspectiva objetivista para, ao término, poder testar a correição (ou não) do reconhecimento da Teoria do adimplemento substancial na jurisprudência brasileira, especificamente no Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se que para tal mister, a lógica da concepção interna e externa da Teoria do Adimplemento Substancial, conforme ficou delineado no capítulo imediatamente anterior, serão as linhas mestras que orientarão o espírito de pesquisa acerca do que se

²⁹⁴ BUSSATTA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

tem como objeto cerne desta etapa dissertativa conclusiva. Inicie-se, pois, pelo critério quantitativo da perspectiva objetivista de balizamento.

5.1 BALIZA QUANTITATIVA INDICIÁRIA

Quando se fala na questão quantitativa do programa contratual dentro da Teoria do adimplemento substancial de maneira isolada, a lógica utilizada para descrever o atingimento dos preceitos negociais passa por uma análise puramente matemática na qual, por meio de uma pretensa exatidão de cálculos e percentuais – ainda que fria e afastada do plano sociológico onde a relação obrigacional se perfaz - podem determinar, ao menos indiciariamente, como se poderá perceber a incidência, ou não, do adimplemento substancial.

Aqui se compreende que uma metrificação pura do *substantial performance* não contribui para o desenvolvimento de suas potencialidades, vez que contrapõe as possibilidades qualitativas e, sobretudo, principiológicas, que se adequam, ai sim, com a verdadeira vocação de uma Teoria voltada para o desenvolvimento de uma vertente teórica calcada na perspectiva civil-constitucional.

Ora, fica mais do que vedada a tarifação da Teoria do adimplemento substancial, onde o atingimento de um percentual 50%, 80% ou 90% já demonstraria, no plano concreto, suficiência probatória útil à alegação do adimplemento substancial no campo *externo*.

É que tal posicionamento, em que pese objetivo, o que pode indicar *prima facie* uma suposta segurança jurídica para a aplicação da Teoria em análise, tende a ir de encontro à concepção da relação jurídica obrigacional na contemporaneidade, que já não pode ser percebida como uma categoria estanque e afastada da realidade sócio-econômica cuja relação obrigacional já não representa uma mera interação entre polos opostos de luta e pela pretensão creditória.

Noutras palavras, tarifar, metrificar ou matematizar o desenvolvimento de uma teoria expansionista/funcionalista das bases materiais do Direito Civil, como o faz o adimplemento substancial, é retirar-lhe toda vitalidade. Entretanto não se nega, por outra via, que a questão quantitativa, como aqui posta, pode servir de meio indiciário ao reconhecimento da incidência e eficácia do adimplemento substancial. Esse seria o único

motivo para ainda considerar a questão quantitativa como parte do estudo das balizas de reconhecimento do inadimplemento de escassa importância.

Complementando o raciocínio que ora se expõe, pode-se buscar apoio no pensamento de Anelise Becker, a qual é preclara ao afirmar que:

Não existe uma fórmula fixa para determinar o que seja o adimplemento substancial de um contrato. Cabe ao julgador, face às circunstâncias do caso concreto, pesar a gravidade do descumprimento e o grau de satisfação do interesse do credor. Isto implica em um alargamento dos limites do poder judicial na apreciação do caso concreto, o que, por sua vez, pressupõe uma mudança no próprio método de aplicação do direito, ou seja, a superação do raciocínio lógico subsuntivo pelo da concreção. Apenas este último método, que utiliza parâmetros concretos para a solução de casos concretos, admite um tipo de construção jurisprudencial como o da doutrina do adimplemento substancial. Decorre daí a necessidade de apurarem-se cada vez mais tais parâmetros (*standards*), pois eles serão os limites para o julgador.²⁹⁵

Nesses termos, precedentes firmados na linha do Recurso Especial de nº. 415971/SP,²⁹⁶ sob a relatoria da Min. Nancy Andrichi, devem ser analisado com ressalvas, posto prestigiar, apenas, o critério quantitativo, restando a motivação do julgado unicamente com base no percentual, sem enfrentar a verdadeira matéria de fundo do *substantial performance*, qual seja, a principiológica e qualitativa em sentido estrito, a serem apresentadas como balizas qualitativas (em sentido amplo) racionais para conferir um padrão de reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial. São nessas balizas também que residem, com maior precisão, os caminhos que deverão trilhar aqueles que terão o ônus probatório de formular e indicar, em argumento, a incidência da *substantial performance* no caso concreto.

Há que se perceber que um desenvolvimento desordenado da Doutrina do adimplemento substancial, sem as citadas balizas qualitativas (em sentido amplo), tem o potencial de acarretar verdadeiros abalos no edifício do direito obrigacional constitucionalizado, sendo capaz de servir de pretexto para toda sorte de iniquidade

²⁹⁵ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993, p. 63.

²⁹⁶ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não oneração da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora. Recurso Especial de nº. 415971 – SP. Teru Miyamoto e Yasuda Marítima Seguros S.A. Relatora Nancy Andrichi. Acórdão de 24.06.2002.

sócioeconômica, enfraquecendo, em última análise, o avanço do Direito Civil-constitucional e do binômio dignidade humana/solidariedade, conforme dito na parte final do capítulo anterior.

Tem-se nítido que o alerta aqui exposto é premente, sobretudo, em tempos de arrefecimento do reconhecimento da incidência do adimplemento substancial pelo Superior Tribunal de Justiça – a ser visto adiante. Destarte, quanto maior a exposição das balizas e parâmetro de reconhecimento do *substantial performance*, maior seu grau de racionalização e menor as chances de deterioração do edifício jurisprudencial até aqui percebido.

Dessa forma, conclui-se que a tentativa de racionalizar o adimplemento substancial está além de meramente estabelecer um patamar quantitativo. Compreendê-lo em sua significância ou a insignificância pode, indiciariamente, passar pela quantidade, mas desemboca, necessariamente, na questão da qualidade prestacional e isso é o que de fato é decisivo para a sustentação da Teoria do adimplemento substancial.

Em última análise pois, é imprescindível alinhar no que consistem as balizas qualitativas (em sentido amplo) para consideração da incidência da Teoria do adimplemento substancial. O balizamento principiológico do adimplemento substancial deve ser o primeiro vetor dessa análise, posto ser nuclear à Teoria e, quando não constatada, tonam-se despiciendas os esforços acerca das demais balizas.

5.2 BALIZA QUALITATIVA PRINCIPIOLÓGICA: A BOA-FÉ OBJETIVA

Ao longo de toda esta dissertação não foram raras as passagens nas quais houve a abordagem do princípio da boa-fé objetiva como orientador da estrutura de desenvolvimento do adimplemento substancial, sobretudo em seu perfil civil-constitucional. Isso, em síntese, deve-se ao fato de que:

O dever geral de boa-fé é atendido quando as partes desempenham suas condutas de modo honesto, leal e correto, evitando causar danos ao outro (dever de proteção) e garantindo o conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para a negociação (dever de informação) – comportamento que faz florescer laços de confiança entre os contratantes. A boa-fé, por conseguinte, exige a adoção de uma postura proativa, traduzida em esmero, dedicação e

cooperação na relação obrigacional, enfim, tudo o que se espera de uma fraterna convivência.²⁹⁷

É dessa concepção que se tenta partir para uma espécie de organização do escopo/cerne que traduz no referido princípio uma baliza (qualitativa) acerca da racionalização do reconhecimento da incidência *interna* e *externa* do *substantial performance*.

Nessa esteira de raciocínio, entende-se que a boa-fé objetiva é o elemento integrativo e nuclear que cumpre o papel de elo postasentre a baliza indiciária quantitativa e a baliza qualitativa liquidante, sendo, ainda, de considerável importância, pelo fato de: acoplar funcionalização a cada uma dessas balizas, atribuindo-as fluidez e integração.

Portanto, inicialmente coloca-se no âmbito dessa delimitação de bases e espaços da Teoria do adimplemento substancial o que Vivien Lys Porto, auxiliada pela doutrina anglo-saxã, percebeu, ao delimitar a figura da essencialidade do cumprimento ou descumprimento de certo programa obrigacional com fito na boa-fé objetiva, indicando os seguintes aspectos:

(i) a execução parcial será considerada uma inexecução grave se atingir alguma parte essencial do contrato; (ii) uma violação fundamental será valorada se atingir seriamente a quantidade ou a qualidade da obrigação; (iii) uma inexecução do contrato intencional caracteriza uma violação fundamental; (iv) será um inadimplemento grave se a obrigação não for realizada no tempo devido, sendo este requisito fundamental; e (v) as partes podem elencar nas cláusulas contratuais quais obrigações, se cumpridas, configurarão uma violação fundamental.²⁹⁸

Em que pese a falta de desenvolvimento de cada ponto pela citada autora, tem-se que em relação ao elemento (i) – execução parcial como inexecução grave do contrato – ao ser considerado como falha grave diante do princípio em testilha, serve para racionalizar a boa-fé objetiva e, por conseguinte, o próprio adimplemento substancial, quando colocado em destaque a essencialidade do cumprimento motivador da própria existência do contrato.

De maneira mais clara, faz-se uma remissão, ainda que velada, ao aspecto causal das obrigações – melhor delineado adiante – e que se atrela, por motivo organizacional,

²⁹⁷ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p.85.

²⁹⁸ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.164.

à existência da Teoria do adimplemento substancial em termos qualitativos liquidantes, passando a deter uma importância própria dentro deste estudo.

Mas, atenção, a imprescindibilidade qualitativa da *substantial performance* está com a boa-fé objetiva, as demais balizas qualitativas (interesse creditório e causa) são elementos liquidantes do reconhecimento do adimplemento substancial no caso concreto.

Quanto ao elemento (ii) colacionado no excerto, faz notar que a quantidade, elemento indicado por Vivian Lys, ao que se pode perceber, dialoga com o tópico quantitativo do balizamento, exposto no item imediatamente anterior deste capítulo. Já a qualidade, por óbvio, é ponto que está contido ao longo de toda e qualquer baliza considerada os fins deste trabalho, sendo uma constante presente nestas balizas, mas não um elemento balizador propriamente dito. É de se abstrair, porquanto, tal elemento.

Por sua vez, a questão da violação do contrato de maneira intencional (elemento iii) denota à questão de má-fé, onde a parte envolvida no enlace obrigacional, de maneira psicologicamente premeditada, orienta seu comportamento com fito a destruir o equilíbrio contratual ou, em última hipótese, destruir o próprio interesse negocial da outra parte.

Contudo, advirta-se que esse aspecto está mais voltado para a boa-fé subjetiva do que propriamente a objetiva, não merecendo atenção deste trabalho, dada sua dificuldade de operabilidade no plano prático vez que perpassa por elementos volitivos/psicológicos da conduta do agente, conforme alinhavado no item 2.3.3 desta dissertação.

Quanto à feição temporal (item iv do excerto), não parece demonstrar grande importância ao desenlace da *substantial performance*, posto não entrar essencialmente na balança de aplicabilidade da boa-fé objetiva para os propósitos da Teoria em análise. Sua externalidade estaria muito mais evidente em concatenação com a baliza quantitativa indiciária, versada no item anterior, sendo secundária ou até prescindível²⁹⁹ como elemento balizador qualitativo principiológico, por isso sua desnecessidade enquanto ponto a ser debruçado dentro da perspectiva balizadora da boa-fé.

Por fim, o último elemento (item v) a caracterizar o adimplemento substancial indicado pela boa-fé objetiva na visão de Vivian Lys, estaria influenciado, diretamente,

²⁹⁹ Seria prescindível quando atrelada a figura do inadimplemento relativo. Remete-se o leitor ao item 3.5 deste trabalho.

pela previsibilidade do elemento reputado como essencial para o perfazimento da estruturação obrigacional e o atingimento de seus fins.

Assim, embora de grande importância para o conteúdo contratual, tal previsibilidade é, aos olhos do balizamento aqui proposto, um ponto em destaque, mas não autossustentável - ao que se pode perceber – diante da Teoria do adimplemento substancial. Guardadas as devidas adaptações, o raciocínio aqui empregado é o mesmo utilizado para a questão das cláusulas resolutórias expressas já trabalhadas no item 4.1.1.

Pelo que se depreende, portanto, desses elementos balizadores da percepção da boa-fé objetiva quanto ao cumprimento do cronograma obrigacional, tem-se que os apontamentos de Vivian Lys não são concludentes e racionalmente atinentes ao perfazimento do balizamento da Teoria do adimplemento substancial, embora se consiga depreender da citação comentada neste tópico, alguns pontos sensíveis à norma principiológica da boa-fé objetiva aplicada à *substantial performance*.

Dessa maneira, acredita-se que seja na funcionalidade da boa-fé objetiva que se encontra, de certo, os pontos compassivos à construção da Teoria do adimplemento substancial. Seriam esses pontos, para os propósitos deste trabalho: (a) boa-fé objetiva como elemento hermenêutico integrador, (b) a boa-fé objetiva como fonte de deveres e direitos e (c) boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis, os quais serão devidamente analisados a seguir.

5.2.1 Boa-fé objetiva como elemento hermenêutico integrador

Quanto ao elemento hermenêutico integrador, tem-se que sua compreensão provém da possibilidade de uma interpretação tópico-sistemática ensejadora da obrigação vista como processo inculpada nos dois primeiros capítulos deste trabalho. Assim, com fito a propor uma rememoração do que ali fora discutido, tem-se que a boa-fé objetiva é como um elemento condutor de uma integração da estrutura do ordenamento cível sem o qual, no que toca ao processo obrigacional, não seria possível compreender a própria existência de referida Teoria expansionista obrigacional.

Acerca desse fenômeno, Marcos Ehrhardt explica que:

À medida que as relações sociais e econômicas vão se mostrando cada vez mais complexas, os deveres relativos ao adimplemento dos vínculos obrigacionais daí decorrentes ampliam-se, desdobrando-se em diversos matizes, podendo surgir antes mesmo de vir a se concretizar a obrigação ou

mesmo em hipóteses nas quais a obrigação nem virá a se concretizar. Tais deveres também se manifestam ao longo de toda a existência da relação, orientando-se sempre pela busca do melhor proveito possível, o que pode ensejar que alguns de seus aspectos perdurem mesmo após o adimplemento das prestações principais.³⁰⁰

Nesta linha, é sabido que do elemento integrativo e vinculado ao aspecto fenomênico da boa-fé objetiva, tem-se que o instrumento contratual, é entabulado pelo retrato de uma relação obrigacional talhada em negócio jurídico, a qual “não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado”.³⁰¹

Ora, dessa interação volitiva é que se consegue integrar e mesmo legitimar o desenvolvimento de uma Teoria do adimplemento substancial no contexto jurídico brasileiro. Sem essa análise, a busca dogmática morreria de inanição. Isso se deve ao fato de que a boa-fé objetiva é:

Entranhada no comportamento do contratante, capaz de exigir, deles, uma postura que sobrepassa a singela idéia de ser o contrato apenas uma auto-regulamentação de interesses contrapostos, um instrumento de composição de interesses privados antagônicos. O comportamento delineado pelo atributo da boa-fé objetiva é um comportamento tal que faz transcender a noção de colaboração entre os que contratam, antes de mais nada. E que os faz, por isso, mais leais, reciprocamente, mais cuidadosos e mais solidários na persecução da finalidade contratual comum.³⁰²

Nada obstante, é válido ressaltar que apesar da boa-fé possuir a referida função integrativa, há de se advertir que a interpretação integradora e a própria abertura da hermenêutica dentro do sistema cível, apesar de afins, não se confundem.

Nesses termos, conforme explica Couto e Silva:

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

³⁰⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé**. 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011, p.87.

³⁰¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, pp.35-36.

³⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado. Superando a Crise e Renovando Princípios, no início do Vigésimo Primeiro Século, ao Tempo da Transição Legislativa Civil Brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.124-125.

momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações.³⁰³

Sendo produto direto da boa-fé objetiva, é certo que a funcionalização da estrutura do direito privado brasileiro é matéria de ordem prioritária dentro do direito Civil-constitucional sem o qual, dificilmente, perceberia o desenvolvimento de expansões teóricas tais como a que é percebida no adimplemento substancial.

5.2.2 A boa-fé objetiva como fonte de deveres e direitos

Quanto ao ponto “b”, já trabalhado especificamente no item 3.3 desta dissertação, tem-se que numa esfera hermenêutica integrativa, ao ser insculpida pelo princípio da boa-fé objetiva, é possível depreender a possibilidade de desdobramentos decorrentes da concepção que guarda o referido princípio, um dever geral de conduta. Tais desdobramentos são produtos de uma análise específica da boa-fé objetiva, vista como um encargo amplo e consistente que veicula: proteção, esclarecimento (ou informação) e lealdade.

Assim, justamente por força dos mencionados desdobramentos da boa-fé objetiva enquanto dever geral de conduta é que não se permite que haja a percepção do adimplemento substancial quando houver uma fissura obrigacional que mire na violação desse dever. O raciocínio na via contrária também é permitido, havendo ranhura ao adimplemento substancial, por óbvio, não se pode haver por respeitado o dever geral de conduta.

Destarte, pode-se inferir que a tríade oriunda do dever geral de conduta é de grande importância para o balizamento reconhecedor da incidência da teoria do adimplemento substancial, afirmação que se faz por revelar um simplismo nem sempre reconhecido quando se analisa esses dados de maneira apartada.

Também dentro da análise do ponto “b”, elencado como atributo fundamental para qualitativamente apresentar a boa-fé objetiva como baliza de reconhecimento judicial da incidência da Teoria do adimplemento substancial, é imprescindível abordar – ainda que de passagem – a questão coligada aos deveres engendrados pelo referido princípio, quais sejam: os direitos. É que a boa-fé objetiva, para além de criar deveres para as partes,

³⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. 1º Ed. São Paulo: FGV, 2015, p. 36.

enseja, noutra vertente, direitos que garantem a posição e o equilíbrio das relações obrigacionais, numa perspectiva dotada de sinalagmaticidade.

Em verdade, o que ora se retrata é o reflexo direto do *correspondência* de direitos e deveres que Marcos Bernardes de Mello aborda ao tratar da esquematização da relação jurídica e suas categorias eficaciais. Nesse sentido, tem-se que “todo direito corresponde um dever e, reciprocamente, a todo dever corresponde um direito”.³⁰⁴

Assim, quando se tem o dever de proteger, tem-se, por outro lado, o direito de ser protegido. É isso que faz com que a boa-fé objetiva crie nos sujeitos obrigacionais a possibilidade de proteger tal princípio de maneira proativa e reativa, independentemente da posição jurídica inicialmente ocupada na relação obrigacional engendrada em complexidade.

Contudo, dessa relação – entre direitos e deveres – que se pode partir para a terceira e última função da boa-fé objetiva na linha do balizamento qualitativo principiológico do adimplemento substancial: boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis.

5.2.3 Boa-fé objetiva como agente limitador de posições jurídicas inadmissíveis

Quanto à percepção do princípio da boa-fé como um agente delimitador das posições jurídicas, é possível dele se depreender ao menos quatro limitadores amplamente reconhecidos pela tradição civilística: *venire contra factum proprium*, *surrectio*, *supressio* e *tu quoque*.

Antes, conquanto, de se descrever cada um desses pontos, cabe consignar que os quatro agentes limitadores de posições jurídicas elencados acima – ao que se pode compreender das possibilidades fenomênicas da boa-fé objetiva – não encerram, em si, as únicas possibilidades delimitadoras da posição obrigacional.

Isso se deve ao fato, por exemplo, de Teorias como a do adimplemento substancial também possuírem a funcionalidade delimitadora que se espera de cada um desses agentes de circunscrição das posições jurídicas.

³⁰⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181.

Nada obstante, é de significativa importância que se compreenda que tais limitações de posição podem estar concomitantemente presentes na perturbação da relação obrigacional ao lado de Teorias como a do adimplemento substancial. Há portanto, um mutualismo entre o adimplemento substancial e cada um deles.

Veja-se, por exemplo, que não raras vezes são traçados um esboço de incidência de adimplemento substancial concatenando seu reconhecimento ao respeito no que reza uma dessas limitações, como é o caso do clássico precedente insculpido na *ratio decidendi* do Recurso Especial 76362 – MT, melhor analisado a seguir, onde se visualizou a incidência simultânea do adimplemento substancial e do *venire contra factum proprium*.

Posto isso, há de se ter em mente uma breve delimitação das referidas figuras. Quanto ao *venire contra factum proprium*, tem-se, segundo Menezes Cordeiro, que é sintetizado em dois comportamentos lícitos – à primeira vista – e diferidos no tempo, mas que quando sobrepostos ou abalroados, revelam uma contradição.³⁰⁵

Ao que se pode depreender, o embate entre tais comportamentos é capaz de provocar um ilícito relativo, dada a quebra de um dos deveres emanados da boa-fé objetiva. Para melhor observar essas possibilidades de conflitos entre posições lícitas que podem desaguar numa conduta vedada, é de bom alvitre indicar trecho de lição de Menezes Cordeiro que indica que:

[...] há *venire contra factum proprium*, em primeira linha, numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e depois, se negue.³⁰⁶

Tais possibilidades marcam – numa análise civil-constitucional – a vedação do ordenamento jurídico a hipóteses que veiculem contrassensos, tendo em vista que “a incoerência já não é mais vista como expressão invulnerável de uma liberdade individual ilimitada”.³⁰⁷

Veja-se que, nesse caso, a diferença entre o *venire contra factum proprium* e a Teoria do adimplemento substancial está no atributo de que o primeiro protege a relação jurídica de condutas contraditórias, enquanto o segundo firma-se pela proteção de

³⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.746.

³⁰⁶ Ibid., p.747.

³⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 64.

eventuais excessos de conduta do sujeito obrigacional em sua pretensão resolutória, pouco importando a contradição em si.

Quanto à *supressio*, define Menezes Cordeiro como sendo “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”.³⁰⁸ Alguns doutrinadores, ainda, acrescentam à formula do instituto em comento a possibilidade sancionatória que implica em tolher as ações de certos sujeitos obrigacionais que trilham pela linha da deslealdade e da torpeza.³⁰⁹

Já a irmã siamesa da *supressio* corresponderia à figura da *surrectio*, a qual consiste no acréscimo de liberdade na posição de um sujeito obrigacional capaz de incluir um direito em sua esfera jurídica. Veja-se que tal adição provém da *supressio* correspondente à esfera jurídica de um segundo sujeito que com o primeiro – beneficiário da *surrectio* – relaciona-se. Em termos mais precisos, tem-se com isso o “surgimento de um direito que antes não existia juridicamente, mas que na efetividade social sempre existiu”.³¹⁰

É como se houvesse um sistema de *output e input*, cujo liame seria o princípio da boa-fé objetiva capaz de permitir a pavimentação da retirada e do posterior acréscimo de direitos numa lógica que faz limitar a posição jurídica que passara a ser inadmissível com o desenrolar histórico de dada relação jurídico-obrigacional.

Dessa feita, tem-se que enquanto a *supressio* e a *surrectio* estariam umbilicalmente ligadas ao acréscimo ou supressão de direitos via posição jurídica fixada pelos sujeitos obrigacionais ao longo de um histórico referendado pelas posturas presumivelmente concordantes de todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica.

O adimplemento substancial estaria conectado à intensidade em que o cronograma obrigacional fora desenvolvido, mesmo a despeito da inexistência de presunção de anuência (a qualquer tempo da relação obrigacional) do polo credor da relação

³⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.797.

³⁰⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (*supressio*). **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 53. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pp. 117-140, jul./set. 2014, p. 118.

³¹⁰ DICKSTEIN, Marcelo. **A boa fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Supressio e Surrectio**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.123.

obrigacional com a amplitude do cumprimento obrigacional para fins de obstar a resolução do contrato.

Por fim, apresenta-se o instituto do *tu quoque*, que provém da expressão literária (*tu quoque, fili mi*, “tu também, meu filho”), supostamente atribuída à Júlio César, quando descobriu a participação de Bruto em conspiração contra o Imperador. Diz-se que Bruto era próximo ao Imperador romano e que alguns romanistas reputam ser seu filho, conforme narrativa de Vítor Pimentel Pereira.³¹¹ A expressão também foi utilizada para expressar “uma acusação que se faz ao indivíduo que defende uma determinada posição de inconsistência ou divórcio entre suas afirmações (ou práticas) atuais e uma sua afirmação anterior, de modo a persuadir uma audiência de que sua posição é falsa”.³¹²

No que pertence ao Mundo Jurídico, tem-se, segundo Menezes Cordeiro, que *tu quoque* seria o reflexo de um regramento no qual, determinado sujeito obrigacional, que vá de encontro a certo *mandamus*, não possa, sem ferir a própria boa-fé objetiva, exigir de outrem, que com ele se relacione, atitude diferente daquela que ele como infrator praticou.³¹³

É patente a distinção dessa posição com o adimplemento substancial, visto que no *tu quoque* existiria uma espécie de responsividade na conduta das partes que implicaria em impossibilidade de inexistência de se cobrar de um sujeito obrigacional uma postura distinta do que se pratica, enquanto no caso do adimplemento substancial o foco é, conforme dito acima, analisar a intensidade de dada prestação para os propósitos de adimplemento para fins de impedimento de resolução contratual.

Assim, em conclusão, tem-se que o adimplemento substancial é, também, ao lado das quatro figuras acima delimitadas e através da boa-fé objetiva, uma forma patente de delimitar as posições jurídicas inadmissíveis.

Enfrentadas as funções da boa-fé objetiva como agente balizador do raciocínio do jurista ao encontrar a incidência (ou não) da Teoria do adimplemento substancial, percebe-se, portanto, que é chegado momento de traçar as linhas do último grupo de

³¹¹ PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. **Revista Quaestio Iuris**, vol.01, n. 02. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pp. 360-402, 2005, p. 362.

³¹² *Ibid.*, p. 363.

³¹³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p.837.

balizas qualitativas, aquelas que se convencionou chamar de balizas qualitativas liquidantes.

5.3 BALIZAS QUALITATIVAS LIQUIDANTES

Ultrapassadas as balizas quantitativas indiciárias, meramente matemáticas ou metrificadoras do adimplemento substancial, como também as balizas qualitativas principiológicas, núcleo elementar que perpassa a lógica sobre a qual recai as bases da *substantial performance*, é chegada a hora de indicar as últimas raias metodológicas capazes de confirmar o desenvolvimento da Teoria do adimplemento substancial.

Antes, contudo, é de se salientar que dificilmente se encontrará, ainda que de passagem, todas as etapas balizadoras do reconhecimento da incidência,³¹⁴ interna ou externa, do adimplemento substancial de uma só vez, quando da análise jurisprudencial do referido fenômeno doutrinário.

Tal completude no balizamento do adimplemento substancial, em verdade, seria a situação ideal, longe de espelhar a situação real da Teoria em solo pátrio.³¹⁵ A esse ponto reputa-se o dever – se não inovador, ao menos organizador – das linhas teóricas desta dissertação em contribuir para a melhoria e o aperfeiçoamento do objeto analítico ora enfrentado.

De toda sorte, este é o momento de indicar quais seriam as bases liquidantes para reconhecimento da incidência. Aqui cumpre um último alerta: é desejável que sempre haja a análise do interesse creditório ou a análise da causa para garantir a firmeza no reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial.

5.3.1 Interesse Creditório

Quando se fala em adimplemento substancial, é de extrema valia afastar de sua órbita teórica qualquer possibilidade, ainda que mínima, de se perfazer no âmbito da relação obrigacional o que se compreende como “resolução por perda do interesse do credor”. Segundo Ruy Rosado ter-se-ia que o fundamento para essa resolução está “na falta de interesse jurídico e social pela conservação de contrato que apresenta qualidades

³¹⁴ A exceção à essa constatação seria o Recurso Especial 76362/MT.

³¹⁵ Optou-se, por apreço ao debate analisar o caso mais emblemático que inaugura de forma categórica o desrespeito a essas balizas, mais precisamente a baliza qualitativa principiológica, qual seja, o Recurso Especial de nº. 1622555/MG.

negativas, em prejuízo das partes, especialmente do credor, com a indefinição decorrente da recusa de prestação retardada”.³¹⁶

É dessa observação que se pode compreender o motivo da relevância do tema “interesse creditório” para a o âmbito do balizamento do adimplemento substancial, tendo em vista que ele seria uma espécie de reagente jurídico que indica a qualidade da substância obrigacional a ser observada no plano prático.

Em termos mais exatos, pode-se dizer que analisados todos os pontos balizadores até aqui descritos, chegando-se à questão da manutenção, ou não, do interesse do credor na relação obrigacional, fica indicado que, se a questão da mora, em termos de inadimplemento relativo, perfaz-se em inadimplemento absoluto ou, do contrário, se tendeu à se estabilizar na figura do adimplemento substancial como um terceiro gênero dentro da alameda da perturbação das relações obrigacionais ou, ainda, no cumprimento definitivo do contrato.

É nesse diapasão que a questão da transfiguração do adimplemento relativo – região transitória/instável da alameda da perturbação das relações obrigacionais – passa a se estabilizar em definitivo. Para configurar esse raciocínio em algo mais concreto, principalmente no âmbito da distinção entre inadimplemento absoluto e adimplemento substancial, tem-se que o ponto fulcral a ser desenvolvido, neste ínterim, trata-se em desenvolver uma certa racionalização acerca da utilidade, como elemento ínsito ao próprio conceito de interesse, a qual deriva:

[...] Da capacidade da coisa ou do ato em satisfazer o interesse do credor, temos que a prestação inútil – que pode ser enjeitada e levar à resolução do contrato e mais perdas e danos – é a feita com atraso ou imperfeições tais que ofendam substancialmente a obrigação, provocando o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade.³¹⁷

Arrematando essa ideia, tem-se, portanto, que o interesse seria a vinculação relacional da obrigação que se perfaz entre “o sujeito credor e a prestação prometida”, a tal ponto que se consegue retirar de tal vínculo a possibilidade do próprio interesse do credor na prestação.

Dessa forma, se o histórico obrigacional leva a dissociar o credor do interesse, justo no momento de consideração prestacional, ter-se-á uma prestação inútil. Assim, a

³¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 115.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 132.

sinalagmaticidade obrigacional, que impõe um equilíbrio de oportunidade e anseios entre as partes, mesmo em momentos extremos – de instabilidade relacional como é o caso da mora – é marcada pela própria preservação da natureza contratual vislumbrada na experiência comum. Se esse traço se esvai, desaparece, de igual sorte, o interesse do credor.

Contudo, há de se ressaltar que o interesse, por força de seu perfazimento funcional, tem em sua estrutura um desenvolvimento que deve guardar plena objetividade, ainda que o elemento subjetivo não seja totalmente descartado da análise.

Melhor se explica. Quando se fala, no contexto do interesse, em elemento subjetivo, não se está a anunciar um subjetivismo puro e simples que remeteria à questão da resolução ao sentimento, ideia e vontade da parte que pretende resolver certo instrumento obrigacional. Aqui – com perdão da contradição em termos – tem-se uma visão objetiva da subjetividade. Buscando arrimo à ideia alinhavada, tem-se que se concorda com o que expôs Chueiri em sua dissertação ao afirmar que:

Se, de um lado, parece que o interesse deva ser considerado por um critério objetivo, de outro, o foco subjetivo não pode ser desconsiderado completamente, já que a análise objetiva precisa considerar as circunstâncias que permeiam a relação contratual, inclusas aí a condição pessoal do lesado pelo inadimplemento, o que poderá ajudar a demonstrar qual era sua expectativa legítima em relação ao contrato.³¹⁸

Tal perspectiva provém da análise clara das lições de Ruy Rosado que ao enfrentar o tema na órbita obrigacional, indicou que os dados a serem considerados seriam:

[...] os elementos *objetivos*, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento *subjetivo*, que reside na necessidade existente no credor em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa. Não os motivos ou os desejos que, eventualmente, o animavam, mas a expectativa resultante dos dados fornecidos pelos contrato, por isso legítima.³¹⁹

Nesses termos, parece possível afirmar que a forma elementar para a sustentação de uma relação obrigacional, ainda que turbada pela mora (tempo, lugar ou forma), está diretamente vinculada a um equilíbrio objetivamente posto que permite uma certa confluência entre, de um lado, a expectativa objetiva do programa contratual, depositada no elemento da liberalidade programada pelo sistema cível na figura do elemento volitivo

³¹⁸ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.111.

³¹⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133.

e, do outro, a os pontos cruciais que o próprio sistema jurídico entende pertinentes à genética factual que deu azo à juridicidade obrigacional propulsora do pacto sinalagmatically entabulado.

Daí decorre que a “carência do credor”, capaz de dar azo à resolução contratual, é diretamente proporcional ao elemento volitivo controlado pela atividade prestacional que justifica a razão de ser (juridicamente relevante de certos fatos), de tal sorte que “se a prestação, assim como vier a ser executada, já não atende à carência que seria satisfeita com a prestação prometida, diminui ou desaparece o interesse do credor em receber a prestação”.³²⁰

Contudo, neste particular, há de se advertir que a “carência do credor”, nos termos das lições de Ruy Rosado, trata-se da legítima expectativa, objetivamente posta quando do advento do negócio jurídico, o qual, segundo preleciona o autor, não seriam, em absoluto, para o credor “os motivos ou os desejos que, eventualmente, o animavam, mas a expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima”.³²¹

Ademais, dando impressões particulares a essas notas, tem-se que adotar, quando dessa busca do interesse legítimo do credor, uma objetividade que exige uma lógica amparada no que um homem médio esperava do pacto negocial, não bastando, apenas, mera declaração do credor, mas sua conduta, atos e omissões no antes, durante e depois do inadimplemento relativo/mora, admitindo, em todo caso, prova em contrário do devedor em face de toda e qualquer alegação do credor.

Na esteira desse raciocínio, complementando em termos mais objetivos o que se indica, tem-se que a constatação que avalia a possibilidade do perfazimento da resolução, decorre, de igual sorte, do nexos de causalidade que, segundo Gabriel Rocha Furtado existe entre a mora e a perda da utilidade a qual se perfaz pela análise do que ele denomina de inadimplemento essencial,³²² conceito indeterminado que o referido estudioso do tema tenta avaliar segundo as seguintes ponderações:

³²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133.

³²¹ Ibid.

³²² O inadimplemento essencial também é denominado pela doutrina de inadimplemento fundamental, como o faz Fabíola Albuquerque, a qual assevera que: “(...)o inadimplemento fundamental diz respeito a um conceito aberto, dotado de vagueza semântica que exige do intérprete um trabalho hermenêutico, de modo, a ponderar/balancear os interesses no caso concreto.” In: SANTOS. Fabíola Albuquerque. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In:

(a) o inadimplemento priva substancialmente a parte prejudicada daquilo que ela poderia esperar do contrato; (b) o adimplemento nos exatos termos das obrigações não cumpridas é da essência do contrato; (c) o inadimplemento doloso ou culposo; (d) o inadimplemento dá a parte prejudicada motivo para acreditar que ela não pode confiar no adimplemento futuro da outra parte; (e) a parte inadimplente sofrerá excessivas perdas em consequência da preparação para o adimplemento ou dele próprio, caso o contrato seja extinto.³²³

Ora, desses pontos, pretensamente racionalizadores do raciocínio casuísta do julgador, é possível perceber, mais especificamente em relação aos dois primeiros e ao último elemento arrolados, a indicação dos aspectos objetivos da perda do interesse os quais, transversalmente, também tocam outra importante baliza conclusiva, qual seja, a causa, próxima baliza a ser avaliada.

Antes, contudo, cumpre indicar que os elementos “c” e “d”, acima colacionados, são de pouca ou nenhuma serventia para os propósitos deste trabalho, uma vez que em relação ao ponto “c”, esse não guarda qualquer relação com o núcleo formador do inadimplemento (em sentido amplo) – conforme indicado no item 3.4 desta dissertação. Já o ponto “d”, por sua vez, cria uma presunção que não é depreendida, *prima facie*, de um sistema jurídico civil-constitucional. Noutras palavras: uma vez inadimplente, nem sempre inadimplente.³²⁴

5.3.2 Causa³²⁵

Quanto à causa, numa primeira acepção, tem-se que seu desenvolvimento é colocado como um substrato lógico cuja função seria ligar a ação (ou mesmo a inação) do devedor, ao resultado contrário ao cumprimento obrigacional.³²⁶

Leituras Complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 233-243, p. 237.

³²³ FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e Inadimplemento Substancial.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 93.

³²⁴ Não se pode presumir que uma vez devedor o indivíduo sempre o será. Tal sanção penaliza o inadimplente eventual a tal ponto que leva-o a uma espécie de ostracismo negocial. Veja-se que tal prática, sobretudo no âmbito das relações de consumo com instituições bancárias, no Brasil, mostra-se pernicioso ao próprio desenvolvimento econômico. No âmbito empresarial parece não ser diferente, uma vez que uma pequena empresa perde o lastro creditório, todas as portas se fecham para o acesso creditório em instituições financeiras oficiais, ficando o pequeno empresário a mercê de meios pouco ortodoxos para resolver seu problema de crédito.

³²⁵ Para um maior aprofundamento na amplitude de perspectivas que o tema pode tomar vide: CASTRO, Torquato. **Da causa no contrato.** Recife: Imprensa Universitária, 1966; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual: a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *In: Revista de direito do consumidor*, v. 23, n. 93, p. 209- 229, maio/jun. 2014; KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *In: Revista trimestral de direito civil*, v. 11, n. 43, p. 33-75, jul./set. 2010 e MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativa: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *In: Ajuris*, v. 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989

³²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução.** 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 111.

Nessas linhas, há de se ressaltar que a ideia da causa dentro do arranjo dogmático da Teoria do adimplemento substancial, assemelha estar presa à noção de nexos causal ínsita à resolução, a qual pressupõe imputação pelo descumprimento obrigacional ao sujeito devedor de dado modal referencial do bem da vida transacionado.

Tal noção, quando atrelada à resolução, conforme alinhavado, é amparada na perspectiva de causa como elemento capaz de gerar sanção ao agente sustentador do ilícito, figura essa de responsabilidade civil contratual forjada para sancionar o inadimplemento.³²⁷

Assim, expõe-se que a resolução e as perdas e danos estariam, por força da causalidade, ligadas à “imputação objetiva” albergada na ideia de “causa eficiente”³²⁸ de responsabilidade do agente inadimplente e que causa verdadeiro estrago na boa-fé objetiva.

Ora, tal amarração pressupõe que ocorra por via da teoria da causalidade adequada,³²⁹ a qual, ainda que de maneira mais branda, possibilita marcar o adimplemento substancial e sua conseqüente utilização como exceção de direito material, dada a insignificância do que fora descumprido.

Nesses termos, explica Ruy Rosado que: “(...) para fazer essa imputação objetiva, a melhor via é a da teoria da causalidade adequada, que permite ao legislador atribuir o resultado causado por uma ação humana, quando dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado, que se realizou em um resultado típico”.³³⁰ Parece que esse é o cerne da questão até aqui posta.

Em assim o sendo, a confirmação da imputação deve ser totalmente preenchida com a força do ilícito fulcral/adequado/apto a ensejar a tipicidade plena que pressupõe a última *ratio* no âmbito do direito privado, qual seja, a resolução do contrato. É patente, pois, a adoção de níveis de inadimplemento, cujo o insignificante não permitiria o desenvolvimento pleno da sanção inculpada no art.475 do CC, mais precisamente em relação a resolução contratual.

³²⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 41.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Acerca da referida teoria, vide: E SILVA, Roberto de Abreu. **A falta contra a legalidade constitucional**. Editora Lumen Juris, 2009, pp. 162-163.

³³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 113.

Ademais, a “dosimetria da pena” em matéria de ilícito contratual deve, em síntese, ser escalonada em sua intensidade sancionatória, assim como o é no campo da responsabilidade aquiliana, cuja incidência do art.944 do Código Civil impõe em seu *caput* que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Em adaptação de raciocínio, tem-se que a força sancionatória dentro de um ilícito relativo (contratual) deve ser, do mesmo modo, diretamente proporcional ao grau de significância do descumprimento obrigacional.

Nessa mesma linha, encontra-se o artigos 413, do Código Civil, que preleciona: “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Acerca de tal artigo, Judith Martins-Costa indicou que:

[...] (a redução do montante estabelecido está) direcionando o aplicador a um juízo de equidade – vale dizer, de moderação ou razoabilidade – a ser proferido sobre a regra derivada da *lex privata*, isto é, do contrato. Não se trata, pois, de “substituir” o regramento derivado da autonomia privada por outro, mas sim o dever de amoldar o que está excessivo a parâmetros razoáveis.³³¹

De fato, amparando-se numa busca sistemática de compreensão do Direito Civil-constitucional, é premente compreender que a ponderação que pressupõe o calibre da sanção em caso de inadimplemento é medida que encontra-se presente na Teoria do adimplemento substancial.

De outra sorte, num segundo significado para a causa, há de se ressaltar, quanto à fixação efetiva do inadimplemento – para fins de incidência da Teoria do adimplemento substancial – que sua presença também se perfaz quanto à análise da correspectividade prestacional do que fora efetivamente cumprido, segundo o plano obrigacional previamente estabelecido na pactuação.

Portanto, é necessário compreender que a correspectividade fixada nos contratos, marca-os como instrumentos jurídicos dotados de causa(s) (negociais), nos quais se consegue arregimentar uma cadeia (curta ou longa) de sucessivas prestações e contraprestações que sustentam a gradação do desenvolvimento do cronograma obrigacional pré-fixado no contrato.

Contudo, conforme esclarece Maria Celina de Moraes, tem-se que:

³³¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. **Do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II. Arts. 389 a 420.

A correspectividade, se não é critério suficiente para a especificação dos contratos ditos unilaterais (porque, nesse caso, o que releva é, exatamente, a sua ausência), coloca-se, nos contratos com prestações correspectivas, como elemento indicador da causa do contrato, na medida em que indica entre quais prestações corre o nexos de sinalgmaticidade, permitindo, desta forma, que se indiquem os efeitos essenciais em cada tipo.³³²

Ademais, para Maria Celina Bodin de Moraes, seguindo orientação em leituras da obra do italiano Guido Biscontini, demonstra que a correspectividade supostamente gera uma “interdependência” entre as (pres)upostas reciprocidades que se extrai dos interesses dos agentes contratuais.

Por óbvio, essa perspectiva de correspectividade causal seria apenas uma projeção da perspectiva de causa como um elemento formatador das obrigações e, porque não, do próprio contrato.

Isso porque a causa, no sentido de elemento formador do negócio jurídico, é adstrita ao plano da existência, enquanto o direito formativo resolutório que serve de base para a fixação do adimplemento substancial, por ser efeito, encontra-se no plano de eficácia. Assim, assiste razão a observação que fez Pontes de Miranda ao recriminar o erro em considerar a causa do contrato no momento resolutório. Assim explica o jurista:

A causa, quando se exercitam direitos formativos, ficou atrás, ao tempo em que se criaram esses direitos (direitos são efeitos). O caminho está predeterminado; quem exerce o direito só percorre. Causa deve ter havido, ou, no passado, faltou, ou se pode abstrair da causa; porém falar-se de causa quanto ao exercício dos direitos formativos criativos, modificativo, ou extintivos, é transplantar para o plano da eficácia problema que pertence ao plano da existência do negócio jurídico.³³³

Para que se afaste qualquer possibilidade de confusão, tem-se que a correspectividade da causa seria, apenas e para os propósitos de confirmação/balizamento da Teoria do adimplemento substancial, conforme dito, uma projeção, que deve ser colocada em níveis de intensidade quanto ao atingimento do sentido funcional da evença originariamente traçada, chamada também de causa final ou simplesmente finalidade obrigacional – terceiro e último significado de causa e que seria compreendida nas lições de Antônio Junqueira da seguinte forma:

No significado de causa final, há, porém, ainda, uma duplicidade. Se se adota a concepção de Capitant, ou outra próxima, em que a causa é o fim que resulta objetivamente do negócio, a causa do negócio é a “causa concreta”, o fim de cada negócio individualizado. Se se adota a concepção de causa-função, trata-se de “causa abstrata”, causa típica. Ora, por uma questão de clareza, é

³³² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 309.

³³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v.03, p. 162.

preferível deixar a expressão causa final reservada a somente um desses significados, de preferência o último, em que a palavra causa está mais generalizada e onde é mais fácil substituição. No outro significado, a causa concreta é, na verdade, “o fim do negócio jurídico”. Esta é a melhor expressão.³³⁴

Ao comentar tal excerto, Chueiri explica que “entretanto, o sentido em que se busca analisar a causa para a verificação do adimplemento substancial atina mais à ideia de individualização do contrato do que à de abstração dele. A ideia de “fim do negócio jurídico” de Junqueira, portanto, parece mais relevante”.³³⁵ Ressalte-se, todavia, que somente se adere a tais conclusões, caso se colocar no âmbito da ideia de fim do negócio jurídico questões prestacionais legítimas/lícitas que não desnaturem os deveres gerais de conduta, a exemplo da boa-fé objetiva. Do contrário, todo o desenvolvimento teórico até aqui traçado viraria fumaça retórica e nada mais.

Aprofundando o que ora se apresenta, é precisamente com Couto e Silva, dentro da temática da obrigação como processo, que é possível compreender que “não se deve pensar que a “complexidade” do desenvolvimento do vínculo esteja condicionada à extensão da inserção do fim no suporte fático do negócio jurídico. A hermenêutica e a categoria do ato é que darão a medida do desenvolvimento do processo até o adimplemento total”.³³⁶ Tal conclusão faz com que a causa, enquanto finalidade, tenha papel mais secundário dentre os três sentidos aqui apresentados.

Posto isso, passar-se-á, neste íterim, ao desenvolvimento da análise pontual de quatro julgados paradigmáticos que podem trazer grandes contribuições para a contextualização prática dos elementos indicativos da incidência da Teoria do Adimplemento substancial no Brasil.

5.4 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E A PRÁTICA JUDICIÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seja pelo fato de ainda não se ter uma doutrina madura acerca da temática, seja pela falta de rigor instrumental no uso da Teoria do adimplemento substancial pelos

³³⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções e formação da declaração negocial**. São Paulo: [s.n], p. 128.

³³⁵ CHUEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014, p.121.

³³⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pp.63-64.

próprios Tribunais, a verdade é que não raras as vezes o uso de referida figura obrigacional se faz de maneira acrítica e sem uma metodologia clara, acabando por enfraquecer a sedimentação jurisprudencial necessária ao próprio amadurecimento do direito civil contemporâneo, a exemplo do que ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, órgão que deveria tomar a dianteira nesse sentido.

Contudo, tal perspectiva se qualitativamente é falha, quantitativamente não pode passar despercebida aos olhos da civilística contemporânea. Segundo esforço de jurimetria de Antônio Carlos Ferreira,³³⁷ de 1989 a junho de 2015, foi possível mapear um continente de 29 acórdãos e 295 decisões monocráticas, nas quais o adimplemento substancial fora colocado como objeto da decisão.

Assim, consigna-se que este derradeiro tópico tem por finalidade analisar o desenvolvimento jurisprudencial do adimplemento substancial para melhor contextualizar o ambiente que enseja a prática das balizas apontadas nos tópicos anteriores.

Nesses termos, é imprescindível destacar que, para os propósitos deste trabalho ocorreu um esforço de simplificar um histórico jurisprudencial que perpassa um período de quase vinte e oito anos de Teoria do adimplemento substancial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Para tal mister, designou-se quatro momentos jurisprudenciais distintos que parecem compreender, ao menos didaticamente, os marcos do desenvolvimento dessa Teoria: ascensão (Recurso Especial 76362/MT), disseminação (Recurso Especial 415971/SP), pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC) e, por fim, turbulência (Recurso Especial 162255/MG).³³⁸

³³⁷FERREIRA, Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2). **Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em: 03 de maio de 2017. Segundo o Min. Antônio Carlos, só para ilustrar, “Dentre os casos decididos pelos órgãos colegiados do STJ encontram-se as seguintes modalidades negociais: a) contrato de fornecimento (contrato administrativo) - Resp. 914087-RJ; b) contrato de seguro de automóvel (Resp. 76.362-MT); c) contrato de promessa de compra e venda (Resp. 113.710-SP, Resp. 1.215.289-SP, AgRg no AgResp 13.256-RJ); d) contrato securitário no âmbito da previdência privada com aquisição de cobertura de pecúlio por morte (Resp 877.965-SP); e) contrato de doação com reserva de usufruto (Resp. 656.103-DF); f) alienação fiduciária em garantia (Resp. 1.287.402-PR, Resp. 469.577-SC, Ag Rg no AgResp 204.701-SC, Resp. 272.739-MG); g) contrato de arrendamento mercantil (Resp. 1.200.105-AM, Resp. 1.051.270-RS); h) contrato de compra e venda (Resp. 712.173-RS).”

³³⁸ Informa-se que a pesquisa ora realizada encerrou-se em março de 2018.

Cumpra salientar, outrossim, que a escolha do Superior Tribunal de Justiça como tribunal a ter sua jurisprudência analisada deve-se ao fato de que sua zona de influência, enquanto guardião superior da legislação federal, apresenta patente significado/repercussão na jurisprudência das mais diversas cortes de Justiça brasileira.

5.4.1 Ascensão – Recurso Especial 76362/MT

Neste diapasão, para marcar a inauguração da primeira fase, cogente se faz analisar o Acórdão paradigmático que pela primeira vez tratou da Teoria do adimplemento substancial em sede de Recurso Especial, qual seja, o Resp 76362/MT,³³⁹ julgado em dezembro de 1995, cujo relator foi Ruy Rosado de Aguiar, academicamente filiado às lições da obrigação como um processo na linha de Clóvis do Couto e Silva.

Como se pode depreender da leitura de seu relatório, o caso emblemático tratou de um Recurso Especial enfrentando Acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o qual conferiu ganho de causa à Sul América Seguros quando cobrada por dois segurados por ocasião de acidente veicular. Há de se ressaltar que na data em que ocorrera o sinistro, os segurados deixaram de pagar a última parcela da apólice contratada, fato incontroverso e confessado na inicial. Nestes exatos termos é que o caso ganha a forma da Teoria do adimplemento substancial.

Nessas linhas, é de se notar que o Recurso Especial 76362 /MT foi lavrado na vigência do Código Civil de 1916, em que pese já vigente o avançado Código de Defesa do Consumidor.

Bom alvitre registrar que alguns dos argumentos versados pelo relator como elemento nuclear de sua decisão (*ratio decidendi*), amparados nas predecessoras lições de Anelise Becker, encontram-se atuais e, quem sabe até, em vias de desenvolvimento, vez que forjadas no âmbito do princípio da boa-fé objetiva, ao que se depreende analisado

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “SEGURO. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, 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 negócio. 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).

como um dever geral de conduta. Observe-se, em literalidade e como exemplo do que se afirma, o que disse a referida autora, copiada por Ruy Rosado Aguiar em seu relatório:

O inadimplemento ou o adimplemento inútil são causas de desequilíbrio porque privam uma das partes da contraprestação a que tem direito. Por isso se lhe concede o direito de resolução, como medida preventiva. Mas, para que haja efetivamente um desequilíbrio, algo que pese na reciprocidade das prestações é necessário que tal inadimplemento seja significativo a ponto de privar o credor da prestação a que teria direito.³⁴⁰

Vê-se, da colação, que a aplicação da Teoria do adimplemento substancial é amparada em um esquema lógico que envolve a casuística, a despeito da análise judicial pré-fabricada e fundada no clássico silogismo preponderante nos julgados da época, posição que se encontra consoante com o que se arrima nesta dissertação.

Destarte, o modelo argumentativo de aplicação da *substantial performance* é, como patente na ocasião do julgado, algo construído, posto ser casuístico, não implicando em dizer que seja, por tal tonalidade, um modelo subjetivista, algo que vem a corroborar com as bases objetivas da Teoria e indicadas ao longo de todo este trabalho.

Ruy Rosado, ao que se pode depreender do julgado em comento, assumiu uma perspectiva atemporal, tendo em vista o enfrentamento da pecha voluntarista designada pela vocação patrimonial do Código Civil de 1916, chegando a prolatar que:

A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo 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 negócio.³⁴¹

Portanto, a base argumentativa nuclear para reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, no caso concreto, foi a baliza qualitativa principiológica, cerne do modelo dogmático de Adimplemento Substancial nesta dissertação desenvolvido.

Todavia, as balizas qualitativas liquidantes não foram desprezadas no aludido Recurso Especial, sendo, pois, um julgado completo em relação às balizas propostas por este trabalho, apesar da ausência de sistematicidade na exposição de tais raias.

³⁴⁰ Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

³⁴¹ Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

Sendo assim, quanto ao interesse creditício, no particular, o relator entendeu não haver a legítima perda do interesse do credor no adimplemento, vez que o atraso prestacional era algo tolerado pela seguradora ao longo de toda a relação contratual, quanto a isso, veja-se o que Ruy Rosado indicou:

O reiterado comportamento da seguradora, em receber as prestações com atraso, justificara a expectativa da segurada de que o mesmo aconteceria em relação à última prestação. Sabe-se que o modo pelo qual o contrato de prestação duradoura é executado, naquilo que contravém ao acordado inicialmente, pode gerar a modificação da relação obrigacional, no pressuposto de que tal mudança no comportamento corresponde à vontade atual das partes.³⁴²

Já em relação – a causa – a segunda baliza qualitativa liquidante, ficou reconhecido que: (a) não houve um ilícito suficiente a ensejar a resolução do contrato (causa adequada); (b) não houve a quebra da correspectividade da causa negocial, vez que os desígnios negociais da seguradora foram atendidos, sobretudo em relação à última parcela do programa contratual e (c) quanto ao fim contratual fora devidamente atendido pelo devedor, sem afetar a boa-fé objetiva, vez que existiu, no desenrolar do enlace contratual, a efetiva entrega do que fora pactuado, qual seja, a pecúnia pela seguridade patrimonial.

Por óbvio, a baliza quantitativa indiciária também fora fixada logo de início – mas não isoladamente, como sempre deve o ser – demonstrando o atraso prestacional em relação ao todo. Em seu voto, afirmou Ruy Alvim que: “a falta de pagamento de uma prestação, considerando o valor total do negócio, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pois a segurada havia cumprido substancialmente o contrato”.³⁴³

Conclui-se, do julgado em análise, que se buscou, efetivamente, um balizamento mais integrado ao que hoje se depreende do sistema Civil-constitucional e do raciocínio lógico-sistemático, o qual não se confundiu com a redução dos parâmetros em perspectiva meramente matemática – conforme dito nos comentários acerca das balizas quantitativas indiciárias do adimplemento substancial – tampouco defendeu a entrega total ao elemento principiológico como baliza única para reconhecimento do adimplemento substancial, muito embora isso não tenha sido feito de maneira organizada.

³⁴² Resp. 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917.

³⁴³ Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100810/Julgado_1.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2018.

Sob à luz deste julgado paradigmático é que aos poucos começaram a surgir – desorganizadamente – outros julgados aplicando a *substantial performance*. Tal fase, ao que se parece, remete a uma ideia de disseminação, para não dizer banalização, do uso da Teoria em comento. Veja-se, ademais, que esse é um julgado que permite concluir que a Teoria do adimplemento substancial pode, e deve, ser desenvolvida quanto ao seu balizamento, o que contribui para o aumento de sua racionalidade e pertinência à luz do sistema civil-constitucional brasileiro.

5.4.2 Disseminação sem balizamento (Recurso Especial 415971/SP)

Representando tal momento, traz-se à luz das linhas deste trabalho a base analítica do que fora expresso no Resp. 415971/SP³⁴⁴ de 14 de maio de 2002, ainda na vigência do Código Civil 1916.

O caso tratou de um seguro não pago em sua última parcela e que mais tarde foi endossado para um novo veículo de maior valor, assumindo o contratante outras três parcelas, no valor total de R\$ 858,65 (oitocentos e cinquenta e oito reais e sessenta e cinco centavos). Conforme consta do relatório de Nancy Andrighi, as duas primeiras parcelas não foram pagas e o automóvel fora roubado.

Nessa esteira factual, o contratante ingressou com uma ação contra a seguradora Marítima Seguros Ltda. com a pretensão de (a) pagar as parcelas em aberto e (b) pagar obter a indenização referente ao que constava na apólice do seguro. A pretensão do segurado fora acolhida em primeiro grau e negada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, esse último sustentou que:

A rigor, o caso é de falta de pagamento e não de simples atraso, mas, ainda que como simples atraso pudesse ser havido, não daria direito ao pagamento de indenização securitária por sinistro ocorrido no período em que a cobertura estivera suspensa em razão do inadimplemento do segurado, o que torna no mínimo impertinente qualquer discussão em torno da possibilidade de rescisão unilateral do contrato. O adimplemento poderia em princípio garantir o interessado contra riscos futuros, na hipótese do objeto segurado ainda existir, mas nunca cobrir sinistro anterior.³⁴⁵

³⁴⁴ Civil. Art. 1450 do Código Civil. Inadimplemento de contrato de seguro. Falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio. Indenização indevida pelo sinistro ocorrido durante o prazo de suspensão do contrato, motivada pela inadimplência do segurado. - A falta de pagamento de mais da metade do valor do prêmio é justificativa suficiente para a não operação da companhia seguradora que pode, legitimamente, invocar em sua defesa a exceção de suspensão do contrato pela inadimplência do segurado. - Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora. (Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302).

³⁴⁵ Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302.

O segurado encaminhou o processo para o Superior Tribunal de Justiça por meio do referido Recurso Especial, ocasião em que a Relatora entendeu que o dissenso jurisprudencial, sustentado como pré-requisito do Recurso Especial comentado, não apresentava dissenso com o Recurso anteriormente comentado (Recurso Especial 76362/MT), afirmando Nancy Andrichi, em sede de *distiguinshing*, que:

O alegado dissenso jurisprudencial com o decidido no REsp 76.362 não prospera porque são diversas as hipóteses fático-jurídicas. Enquanto no acórdão paradigma houve adimplemento substancial do contrato de seguro, faltando o pagamento de apenas uma prestação, no caso em exame não foi pago sequer o valor correspondente à metade do valor do prêmio.³⁴⁶

Ademais, fundamentando a impossibilidade do reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial, ainda que de maneira *obiter dictum*, a Relatora do Recurso fez transparecer, sem maiores ressalvas, que no caso analisado, não haveria *substantial performance*, tendo em vista que não houve, apenas, a falta de pagamento da última prestação e que isso comprometia “as atividades empresariais da companhia seguradora”.

Nesses termos, houve a lavratura - por parte da Relatora que teve seu voto acolhido por unanimidade - de ementa contendo os seguintes dizeres:

Apenas a falta de pagamento da última prestação do contrato de seguro pode, eventualmente, ser considerada adimplemento substancial da obrigação contratual, na linha de precedentes do STJ, sob pena de comprometer as atividades empresariais da companhia seguradora.³⁴⁷

O que se conclui do julgado é que o debate ventilado por Ruy Alvim, quando de sua relatoria no Resp. 73362/MT, em termos mais racionais, fora olvidado pela jurisprudência em comento. Aqui afastou-se a análise da boa-fé objetiva, em nome do compromisso com as “atividades empresariais da companhia seguradora”.

Tal decisão pareceu empobrecer as bases expansionistas do adimplemento substancial, a ponto de ter apresentado um entrave ao desenvolvimento da matéria no Brasil, vez que ofereceu ao leitor mais desavisado, um precedente persuasivo que apresenta a *substantial performance* amparada, apenas, na baliza qualitativa, não se desenvolvendo, pois, as balizas qualitativas principiológicas e liquidantes.

³⁴⁶ Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302.

³⁴⁷ Resp. 415971/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 302.

Sobre essa temática em especial, ainda que por caminhos e desfechos diversos dos que aqui se adota, Lucas Gaspar de Oliveira asseverou que:

É importante delinear exatamente os critérios para se valorar a gravidade do descumprimento, uma vez que se trata de expressão de conteúdo vago e impreciso, que merece atenção especial. Sem esta questão corretamente delineada não se pode verificar a substancialidade do adimplemento ou, contrariamente, a insignificância do inadimplemento, motivo pelo qual se estende fundamental levantar todas as características do caso concreto, isto é, a situação ocorrida, os interesses e a conduta das partes, assim como todas as demais circunstâncias que no caso se mostrem relevantes.³⁴⁸

Dada tal necessidade, e representada o momento de desorganização/assistematicidade do adimplemento substancial com o julgado alinhavado, eis que a jurisprudência passa à busca açodada de se organizar as balizas da *substantial performance*, conforme se verá no próximo item.

5.4.3 Pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC)

Nesta fase, é possível atentar-se para o paradigmático Recurso Especial de nº. 1.581.505/SC³⁴⁹, da relatoria de Antônio Carlos Ferreira, julgado em 18 de agosto de 2016, onde se tratou de pretensão recursal contra julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que deu total provimento à pretensão de uma administradora de bens que buscou resolver um contrato de compra e venda, cumulando seu pedido com reintegração de

³⁴⁸ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Inadimplemento Absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 121 f. Monografia de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 93-94.

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.1. O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no REsp 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.5. Recurso especial não provido.”. (Resp. 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016, p. 1457). Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 de março de 2018.

posse, condenação da comprador em cláusula penal, além da indenização pela ocupação do imóvel.

Há que se ressaltar que o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido resolútorio da empresa, por ter constatado que houve o cumprimento de 84,36% da obrigação.

Contudo, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ficou acordado que a parte incontroversa da demanda apontou para um incumprimento de 30% (trinta por cento) do que fora pactuado, motivo que por si só já indicaria o afastamento do adimplemento substancial. Aqui, houve mera análise da baliza quantitativa indiciária, não se avançando nas balizas qualitativas.

Por sua vez, o Relator do comentado Recurso Especial parece ter sido conduzido pela ânsia de sistematizar a Teoria do adimplemento substancial, indo além da objetivação quantitativa indiciária, parecendo prometer, já no seu relatório, uma pretensa solução para o problema do balizamento qualitativo da *substantial performance*, adotando, para tanto, um dos dois grupos de balizas teóricas os quais, segundo o magistrado, poderiam servir como orientação para o reconhecimento da incidência do adimplemento substancial.

O primeiro grupo de balizas seria o que estaria supostamente estampado no já analisado Recurso Especial 76362/MT da relatoria de Ruy Rosado de Aguiar, que segundo Antônio Carlos seria:

a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes (exemplo disso está no recebimento reiterado de parcelas em atraso no contrato de seguro e a posterior mudança de atitude quando do último pagamento, o que quebraria essas expectativas legítimas e levaria a um comportamento contraditório); b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio (correlação é que permite formular um juízo sobre o caráter substancial do adimplemento realizado); c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.³⁵⁰

Excetuando-se o elemento (c) – que apesar de ser relevante não seria uma baliza propriamente dita, mas um efeito do adimplemento substancial que no particular se discorda – ,³⁵¹ os outros dois elementos encontram-se, respectivamente, na baliza qualitativa principiológica e na baliza quantitativa indiciária, embora a jurisprudência, ora analisada, tenha pecado pela falta de minúcia no desenvolvimento do balizamento como um todo, posto sequer citar ao menos umas das balizas qualitativas liquidantes já

³⁵⁰ Resp. 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016, p. 1457.

³⁵¹ Para uma melhor compreensão da temática, remete-se o leitor para a releitura do item 4.4.3 desta dissertação.

presentes no Recurso Especial 76362/MT. Por isso é que se fala, neste íterim, de uma fase do desenvolvimento jurisprudencial ligada a um pretense balizamento, sem grandes avanços práticos, posta a incompletude das balizas.

Quanto ao segundo grupo de balizas enunciadas no Recurso Especial de nº. 1.581.505/SC, oriundo do direito inglês e arrimado na doutrina Otávio Luiz Rodrigues Junior, seriam:

a) insignificância do inadimplemento; b) satisfação do interesse do credor; e c) diligência por parte do devedor no desempenho de sua prestação, ainda que a mesma se tenha operado imperfeitamente.³⁵²

Neste último conjunto de balizas, sob o ponto-de-vista ontológico, nada avança-se em relação ao primeiro grupo, parecendo mais um arroubo doutrinário de direito comparado do que uma argumentação para tomada de decisão, o que justifica o afastamento delas como objeto de análise deste tópico, em que pese o ponto (b) das balizas inglesas indicar, na opinião de Raul Araújo, em seu voto-vogal, grande relevância, o fazendo da seguinte forma:

Quando houver uma insignificância no inadimplemento, essa parte insignificante possa ser, de alguma forma, compensada para que o credor não fique ainda sujeito a ir buscar por outras vias, como naquela opção adotada no precedente do Superior Tribunal de Justiça, a satisfação mais plena do seu direito. Senão fica o devedor em uma situação confortável, porque o Judiciário o isenta completamente de pagar aquela parcela ínfima que deve, que ainda deve, e, apesar de ainda dever, ficar como que recebendo um tratamento de contratante adimplente, quando, na verdade, não foi totalmente adimplente. Isso é mais importante ainda no nosso Direito, em que não está positivada a adoção da teoria, embora haja uma tendência forte de sua consagração entre nós. Mas temos esses aspectos que, neste momento de debate, trago à nossa reflexão.³⁵³

Ora, pelo que foi tecido no capítulo anterior quanto à visão externa da Teoria do adimplemento substancial como exceção de direito material de caráter peremptório e parcial,³⁵⁴ fica evidente que a solução indicada pelo voto-vogal deve ser, no particular, acolhida, deixando bem evidente que não se coaduna, por outro lado, com o seu discurso de fundo, protetivo do credor. Ressalte-se, também, que essa não seria uma baliza propriamente dita, mas um efeito do adimplemento substancial, que no particular, deve ser acolhido.³⁵⁵

³⁵² *In*: RODRIGUE JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72.

³⁵³ Resp. 1581505/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJ 28/09/2016, p. 1457.

³⁵⁴ Vide o item 4.4.3.

³⁵⁵ Para uma melhor compreensão da temática, remete-se o leitor para a releitura do item 4.4.3 desta dissertação.

Isso se deve ao fato de não se perceber utilidade processual, ou mesmo material, em impor obrigação ao credor de ingressar com uma nova ação para pleitear seu direito creditório de insignificante importância. Por conseguinte, quanto à indenização em perdas e danos, cabe continuidade da ação, ficando a pretensão resolutória e as demais pretensões delas decorrentes (pretensão de reintegração de posse ao credor em face do adimplente substancial), impedidas de produzir seus efeitos posto que encobertas pela eficácia da exceção de direito material.³⁵⁶

Avançando na narrativa, explica-se que, apesar de serem eleitos no voto do Relator Antônio Carlos Ferreira, acompanhado por Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão, os supostos parâmetros elencados para a incidência da teoria do adimplemento substancial em conformidade com o precedente de Ruy Rosado Aguiar, de 1995, ousa-se salientar que tais balizas não foram, sequer, respeitadas pela própria Turma que as ventilou, indicativo de que, no Brasil, a superação de precedentes (*overruling*) ou indicativo de superação (*signaling*) nem sempre são tratados com moderação.

Em melhor explicação, tem-se que, das balizas depreendidas da jurisprudência elaborada por Ruy Rosado Aguiar, na prática, a única enfrentada pelos Ministros para compor o Acórdão foi a de letra (b), a qual prelecionou que “o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio”. Para tanto, também afirmou o Relator que: “neste caso, o que se pode adjetivar de substancial é a inadimplência da recorrente, e não a parcela que cumpriu da avença. O débito superior a um terço do contrato de mútuo, incontroverso, jamais poderá ser considerado irrelevante ou ínfimo”.

Noutra passagem de seu voto condutor, o Relator asseverou que: “em tais circunstâncias, penso que não estão presentes os requisitos para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, conclusão a que se chega tão só pelo exame do critério quantitativo, cujo relevo dispensa perquirir os demais elementos do negócio jurídico e de sua execução”.

Questionamento que se faz, de imediato, é saber onde se encontram, no Recurso Especial 1.581.505/SC, as balizas qualitativas principiológicas e liquidantes, nuclearmente traçadas, ainda que de maneira dispersa, no julgado paradigmático da lavra de Ruy Rosado. Em verdade, ao cabo de toda a explanação do Ministro em seu voto, nada de substancial fora colocado no âmago da decisão.

³⁵⁶ Tal posição não foi acolhida pela Quarta Turma.

Em outras palavras, não se pode querer respeitar o precedente talhado no Recurso Especial 76362/MT, sem enfrentar o núcleo duro do adimplemento substancial (as balizas qualitativas nele indicadas), as quais são as únicas capazes de entregar um instrumental argumentativo seguro que permita a convicção do Julgador e, por conseguinte, da comunidade jurídica como um todo, acerca da incidência (ou não) do adimplemento substancial no caso concreto.

Outrossim, mesmo a baliza quantitativa indiciária avaliada no Recurso Especial 1.581.505/SC foi utilizada de maneira assistemática. É que, em termos percentuais, o índice de incumprimento das parcelas considerado no Recurso Especial 1.581.505/SC, na importância de 30% (trinta por cento), é muito próximo dos 25% (vinte e cinco por cento) do que fora constatado no paradigmático Recurso Especial 76362/MT. Ou seja, exatos 5% (cinco por cento) de incumprimento contratual foram suficientes para desconsiderar toda uma tradição jurisprudencial pautada em termos qualitativos, sobretudo, no imperativo principiológico da boa-fé objetiva.

5.4.4 Turbulência (Recurso Especial 162255/MG)

Embora na fase de pretensão balizamento não haja uma harmonização quanto à aplicação das balizas para orientação do reconhecimento da incidência do adimplemento substancial, tem-se que ao menos houve perspectiva para o reconhecimento de sua incidência.

De fato, parece que o momento mais conturbado do instituto civil-constitucional é a atual fase que se encontra a Teoria, onde, para além da *substantial performance*, quem corre graves riscos é a própria ótica da constitucionalização do direito civil, sistematizado em caráter aberto na tópica e referendada por princípios como a boa-fé objetiva, conforme inúmeras vezes repisado neste trabalho. Melhor se explique.

Esta nova fase foi iniciada de maneira assistemática e com votos de divergência dos mais variados, o que revela a própria diversidade de entendimentos referentes à composição da até então formação da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio do precedente extraído do Recurso Especial de nº. 162255/MG,³⁵⁷ em fevereiro de

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA

2017, afetado ao referido colegiado, cuja relatoria fora de Marco Buzzi, que ao lado de Luis Felipe Salomão, saíram vencidos. Em tal julgado, estabeleceu-se que não é passível a alegação de adimplemento substancial em casos de busca e apreensão onde haja alienação fiduciária.

Para ilustrar o litígio, tem-se que se tratou de ação de busca e apreensão movida pelo Banco Volkswagen em face de consumidora, com o objetivo de retomada de um veículo, por força do incumprimento das quatro últimas parcelas de um total de quarenta e quatro. Em sede de primeiro grau, o juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse-adequação da instituição bancária, vez que não caberia no caso em tela resolução/rescisão tendo em vista o adimplemento substancial do contrato no montante de 91,66%.

Foi interposta apelação, a qual, seguindo o voto do Desembargador relator negou-se seguimento ao recurso posta “a interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa” os quais incidiram no caso concreto.

Nas razões do Recurso Especial, o Banco alegou, em resumo, que:

Além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 2º, § 2º e 3º, do DL 911/69 e 422 do Código Civil, sustentando, em síntese: a) a necessidade de deferimento da liminar de busca e apreensão ante o inadimplemento do devedor fiduciário, por consistir direito do credor utilizar-se de quaisquer das tutelas disponíveis para a satisfação de seu crédito, estando presente o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, não cabendo ao poder judiciário limitar qual o tipo de ação deve ser intentada pelo credor fiduciário; e, b) a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial, porquanto o Decreto regulamentador da matéria não impõe limites para o ajuizamento da ação de busca e apreensão haja vista que o bem garantidor da obrigação é até a quitação

APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (Resp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...). (Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527).

integral da dívida de propriedade do credor fiduciário, bem ainda não se tratar se valor irrisório, considerando o montante total do mútuo contratado.³⁵⁸

A princípio, o Recurso Especial foi inadmitido na origem, dando azo ao agravo de destrancamento, o qual também fora negado. Proveio agravo regimental e a Quarta Turma converteu o agravo inicial em recurso especial, ficando afetado o recurso à Segunda Seção, que engloba a Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, daí o fato deste ser um julgado paradigmático.

De início, cumpre salientar que a hipótese controvertida acerca do reconhecimento da incidência da Teoria do adimplemento substancial foi resumida em seu relatório da seguinte forma: “controvérsia referente à análise acerca da possibilidade de deferimento liminar e manejo da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, quando verificado o adimplemento substancial do contrato”.

Nos termos do voto relator Marco Buzzi, foi possível perceber que:

Reiteradas tais ponderações, recorda-se que o interesse fundamental a impulsionar o ajuizamento da presente ação não é o bem alienado em si, mas sim a satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira no importe de R\$ 2.052,36 (dois mil e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos), o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da quebra do liame contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado. Evidentemente, ainda que vendido o bem, quitada a dívida e devolvido ao consumidor eventual saldo da venda, o desequilíbrio contratual seria de grande monta, pois ficaria a financeira completamente satisfeita enquanto o consumidor, a despeito de cumprida a obrigação, remanesceria sem o bem e desprovido de quantia suficiente para a aquisição de outro.³⁵⁹

Ademais, segundo relator, cumprindo o dever de motivar seu voto, revela quanto à baliza qualitativa principiológica que:

A boa-fé objetiva norteia as relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º e 51, inciso IV do CDC), servindo, o aludido princípio, como informativo à conduta a ser guardada e observada pelos contraentes, prévia, durante e posteriormente à conclusão do contrato. Referido princípio constitui um dos pilares de sustentação da teoria do adimplemento substancial, cuja doutrina se insere no contexto das transformações sociais, econômicas e éticas sofridas pela ordem civil-constitucional, no seio da preocupação concreta-funcional de preservação das avenças. O diploma civilista estabeleceu expressamente a boa-fé objetiva como princípio orientador das relações contratuais, positivando, também, a função social como primado a ser observado quando do exame das relações contratuais, representando este último princípio a preocupação estatal no sentido de que satisfaçam não só o interesse das partes envolvidas no negócio, mas da sociedade como um todo, à qual interessa sejam devidamente cumpridos os contratos, de modo a permitir

³⁵⁸ Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

³⁵⁹ Ibid.

a segura circulação de riquezas, com o desenvolvimento econômico/social do país.³⁶⁰

Contudo, a reviravolta jurisprudencial iniciou-se com a argumentação de Marco Aurélio Bellizze, ministro que inaugurou a divergência no Resp. de nº 1622555/MG, analisado no item imediatamente anterior desta dissertação e que foi vitorioso quanto à matéria, afirmando, em resumo, que a *substantial performance* não é prevista de maneira expressa na legislação e por isso não poderia se sobrepujar à lei especial da alienação fiduciária – o que violaria o princípio da especialidade. Tal magistrado afirmou que:

Permissa vênua, tem-se por absolutamente imprópria a invocação da teoria do adimplemento substancial (não prevista em lei, mas que seria um consectário do princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil), como fundamento idôneo a afastar o legítimo direito de ação do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem, para, valendo-se da garantia fiduciária ajustada, compelir o devedor fiduciante a honrar a sua obrigação inadimplida, tal como lhe confere expressamente a específica lei de regência. Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância, a princípio, bem delimitar o tratamento legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que rescai evidenciado, conforme se demonstrará, que o Código Civil limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária disciplinadas em lei especial, como é o caso da alienação fiduciária dada em garantia, regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969, salvo se o regramento especial apresentar alguma lacuna e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.³⁶¹

Sendo dissonante com a visão da civilística condizente com o modelo civil-constitucional, tal perspectiva representa um duro golpe à evolução doutrinária e jurisprudencial da Teoria do adimplemento substancial. Veja-se que criar espécies de regimes próprios de disciplina de ramos distintos do “direito privado” parece destoar da unicidade própria ao perfil sistemático e complexo que abarca a dinâmica do direito civil, hoje amalgamado no projeto constitucional. Em palavras mais precisas: a boa-fé objetiva, para além de estar expressa no Código Civil, é cláusula geral de conduta, pilar do tráfico jurídico e indispensável à lisura do jogo negocial, mesmo afeito à legislação especial.

Ademais, ainda que não se reconheça a perspectiva civil-constitucional, por se adotar qualquer outra linha doutrinária, há de se levar em conta que a baliza qualitativa principiológica da boa-fé objetiva imprime em toda seara da civilística seus enlaces e perspectivas próprias, trazendo para quaisquer de seus ramos, ainda que no âmbito das

³⁶⁰ Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

³⁶¹ Ibid.

relações paritárias, todas as medidas de ordem técnica e justiça necessárias ao bom desenvolvimento das relações “privadas”.

Confirmando o que ora se constata, veja-se que o desempenho econômico, se analisado de maneira extrema como um elemento independente e autônomo – o que não se acredita – numa ótica mais pragmática, depende, de igual sorte, de um ambiente negocial onde a malícia e a deslealdade devam, sobremaneira, sucumbir ao princípio da boa-fé objetiva.

Isolar qualquer elemento do sistema jurídico brasileiro, como o fez o julgado em relação à busca e apreensão em alienação fiduciária de bens móveis, das inflexões principiológicas de vocação constitucional, como é o caso da boa-fé objetiva, é o mesmo que declarar que no Direito Brasileiro está aberta a temporada do desrespeito à boa-fé objetiva nos negócios – e não está. A Carta Maior desta República não permite esse tipo de raciocínio.

Em outras palavras e voltando para o foco central da discussão acerca Resp. de nº 1622555/MG, entende-se, inobstante, que os avanços paradigmáticos de interpretação expansiva (ou extensiva, como preferiu Bellizze) que conduzem Teorias como a do adimplemento substancial, é o liame principiológico que fundamenta todo o arcabouço teórico do direito privado, não sendo indiferente em relação aos preceitos do Decreto-Lei nº 911/1969, dado seus matizes amparados na própria força da constitucionalização do direito privado. Para tanto, remete-se o leitor ao capítulo de abertura deste trabalho.

O mais intrigante na abertura de divergência de Bellizze é que ele parece começar seu voto com uma fundamentação legalista e, estranhamente, busca na ciência econômica, mais precisamente na análise econômica do direito, a base do encerramento de seu voto, assim o fazendo:

Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota, sim, absoluto descompasso com o sistema processual. Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a aplicação da tese do adimplemento substancial na hipótese em comento, a pretexto de proteger o consumidor, parte vulnerável da relação contratual, acaba, em última análise e na realidade dos fatos, a prejudicar o consumidor adimplente, que, doravante, terá que assumir o ônus pelo inarredável enfraquecimento do instituto da garantia fiduciária, naturalmente com o pagamento de juros mais elevados.³⁶²

³⁶² Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

Sem que se adentre em questões acadêmicas que extrapolam as bases desta dissertação, cumpre consignar, aqui, a necessidade de Belizze trazer os dados empíricos da pesquisa que fundamentou a motivação do voto. É que utilizar a ciência econômica como ferramental decisório é algo possível, *a priori*, contudo, *a posteriori*, cria para quem a utiliza a necessidade de demonstrar com o máximo rigor, as bases estatísticas que embalsaram o convencimento. Sem isso, o discurso da análise econômica do direito parece não fazer qualquer sentido, inclusive para a própria ciência econômica.

Quanto ao voto de Antônio Carlos Ferreira, ao se alinhar com a divergência no corpo do julgamento em testilha, chegou mesmo a confrontar o conteúdo de seu voto na relatoria do Recurso Especial 1.581.505/SC, uma vez que, mais uma vez, sequer seguiu as balizas por ele relevadas naquele julgado, chegando a indicar que:

Em tais circunstâncias, entendo que não estão presentes os requisitos para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, notadamente a hipótese que caracterize a escassa importância da prestação descumprida ou nem sequer justifique a cobrança judicial da dívida. Com efeito, penso ser relevante o descumprimento de parcelas que representam mais de 8% (oito por cento) do valor total da obrigação assumida pelo devedor de contrato de mútuo.³⁶³

Mais uma vez Antônio Carlos evadiu-se do núcleo duro da Teoria do adimplemento substancial, ficando, apenas, na baliza quantitativa indiciária.

Quanto ao voto de Isabel Gallotti, indicou, de maneira lacônica, que a promoção de se “buscar e apreender algo” não é caso de resolução do contrato (o que ela chama de rescisão), mas sim de cumprimento de cláusula expressa, que outorga a propriedade fiduciária e sua consolidação. Nas palavras dela:

Observo que não busca o credor, por meio da ação de busca e apreensão, a rescisão do contrato; ao contrário, seu intuito é precisamente cumprir as cláusulas contratuais que lhe outorgam a propriedade fiduciária e o direito de que ela se consolide, em caráter pleno, em seu nome, se não cumprida integralmente a obrigação do mutuário.³⁶⁴

Parece haver, neste ponto específico da análise da Magistrada, uma certa imprecisão: ela acabou fragmentando o inadimplemento absoluto (causa) da busca e apreensão (efeitos), o que na prática é impossível, uma vez que a cláusula contratual que outorga a propriedade fiduciária à instituição bancária pressupõe o inadimplemento.

Ou seja, quando se ingressa com uma ação de busca e apreensão, deve-se estar claro que há inadimplemento absoluto, do contrário, não seria possível ao menos cogitar

³⁶³ Resp. 11622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2016, DJ 16/03/2017, p. 1527.

³⁶⁴ Ibid.

em remédio tão extremo quanto à busca e apreensão de bem móvel em posse do devedor, daí porque seria de bom alvitre que a Magistrada, abandonasse a premissa de que no caso concreto houve o cumprimento da cláusula contratual para, ao revés, buscar analisar se houvera, ou não, o perfazimento do adimplemento substancial no caso concreto. Tal análise faz todo sentido no caso em tela, sobretudo se fosse respeitado o precedente histórico de Ruy Rosado e as bases materiais das balizas qualitativas do adimplemento substancial delineadas nas linhas desta dissertação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio dessa jornada foi ressaltar que o sistema jurídico edificado sobre a égide do Estado Democrático de Direito e insculpido na proposta constitucional de 1988 recusa relações obrigacionais de caráter estritamente patrimonial e desapegadas de uma coerência “privada” que supõe-se prestigiar as bases interpretativas do Direito Civil-constitucional.

Tal perspectiva, em sentido patrimonialista clássico, conquanto abdicada da abertura dialógica tecida pelo catálogo tópico referenciado nos princípios fundantes da ordem civil-constitucional, continua viva em alguns membros da comunidade jurídica que ainda se obstinam no saudosismo ao arcabouço cível que comandou a realidade brasileira ao longo de quase um século de vigência do Código Civil de 1916, não se atentando às mudanças paradigmáticas catalogadas no Código Civil de 2002.

Destaque-se que, por mais anacrônico que pareça ser o produto do voluntarismo exacerbado na civilística, capaz até mesmo de ensejar a negativa do desenvolvimento de Teorias expansionistas da ordem Civil-constitucional, constatou-se que seu avanço encontra-se em plena potência, sobretudo porque parcela significativa da doutrina acha-se incontrita diante de seu papel de crítica e de vigilância acadêmica da jurisprudência. Este parece ter sido o impulso de ansiedade e curiosidade que conduziu os primeiros esforços desta pesquisa, ainda quando era apenas um projeto de pós-graduação.

E por pesquisar, buscou-se, na medida do possível, ir ao que semelha ser o ponto central da Teoria, respondendo às seguintes perguntas: qual seria a verdadeira natureza ou vocação civil-constitucional do adimplemento substancial e qual a sua formatação procedimental (visão externa da Teoria) diante da imparcialidade imprescindível à sua instrumentalidade processual?

Para tal mister, primeiro pretendeu-se definir qual seria a visão que se tem do Direito Civil-constitucional adotada por este trabalho. Entendeu-se, neste particular, que o produto da constitucionalização do Direito Civil seria uma justaposição entre dois modelos de compreensão do Mundo Jurídico: a interpretação sistemática somada à tópica.

Da interpretação sistemática retirou-se a necessidade de encarar os institutos civis-constitucionais através de um alicerce interpretativo que buscasse abarcar o ordenamento jurídico como um todo interconectado, cuja Constituição Federal serviria de norma fundante, posto o fato de sua agenda democrática se espriar por todo o ordenamento. É

essa expansão da força constitucional que infiltra e impregna o Direito Civil, que não pode ser lido sem o auxílio da lente constitucional.

Da tópica, por sua vez, retirou-se a ideia de lugares comuns pré-estabelecidos no ordenamento e que servem como portais de passagem dos influxos expansionistas do sistema como um todo. Tais condutos, em verdade, expõem o ordenamento jurídico à confirmação da moralidade e eticidade democraticamente agendadas na agenda constitucional.

Eis aqui, um ponto nodal para a compreensão da visão civil-constitucional, que não se contenta com os arroubos exegéticos que conduzem a civilística a um caminho binário, exposto pela lógica do tudo ou nada, a qual não é condizente com o expansionismo sistemático, único capaz de analisar a lei conforme o sistema (*ratio legis*).

Dessa visão, decorreu a compreensão do que seriam cláusulas gerais e princípios e suas contribuições para a forma com a qual se enxerga o Direito Civil-constitucional, sendo apresentado o liame lógico que ofertou coesão de todo o raciocínio textualizado nas linhas desta dissertação, qual seja, o princípio da boa-fé objetiva.

Patenteada a via interpretativa que serviria de base para a racionalização da Teoria do adimplemento substancial, consignou-se sua contribuição para a releitura da Teoria Geral das Obrigações, visão que se buscou através do enfrentamento obrigacional que perpassou por um olhar contemporâneo funcionalizado, ressystematizado e ressignificado da relação obrigacional, doravante compreendida como um processo (em si).

Cumprе salientar que a obrigação enquanto processo nada mais é do que uma forma de se encarar a obrigação como um conjunto procedimental calcado no anseio teleológico de se atingir um desfecho ótimo ou, ao menos otimizado, da/pela boa-fé objetiva, a qual constrói um edificio obrigacional que remete o voluntarismo a limites de chegada e partida, decorrentes de deveres depreendidos do próprio sistema.

Tais deveres, de natureza sistemática e alheios à vontade negocial dos sujeitos obrigacionais, reputou-se chamar de deveres gerais de conduta, os quais servem de alicerce fundacional da própria existência da relação obrigacional, sobretudo numa contemporaneidade civil potencializada pela constitucionalização. É dessa exata medida que se percebe o perfil funcional da boa-fé objetiva enquanto dever geral de conduta, a qual, em análise normogenética, desdobra-se nos deveres de informação, cooperação e proteção.

Dessa nuance, que enxerga a relação obrigacional de maneira dinâmica e processual, surgiu a necessidade de se aperfeiçoar a clássica perspectiva do incumprimento obrigacional, afinal, não se pode enxergar a obrigação como um caminhar/avançar/desenvolver, se o olhar direcionado ao adimplemento continua monolítico, preso no tudo ou nada da mora (sinônimo de inadimplemento relativo) e do inadimplemento absoluto.

Foi exatamente neste ponto, que esta dissertação sistematizou a perturbação da relação obrigacional, acrescentando, ao lado das duas categorias de inadimplemento, indicadas no parágrafo anterior, um *tertium genus*, o adimplemento substancial, percebido como um termo, demarcado pelo princípio da boa-fé objetiva, entre o inadimplemento relativo e o adimplemento absoluto, mais próximo deste do que daquele.

Chegou-se, portanto, ao módulo mais crucial deste trabalho: enfrentar a *substantial performance* como uma espécie jurídico-obrigacional que habita a região da perturbação das relações obrigacionais e que é percebida, de maneira clara, por intermédio dos avanços que a visão interna da obrigação vista como um processo repercutiu na contemporaneidade, sobretudo, com a consolidação do olhar civil-constitucional.

Junte-se a tal conclusão o fato de que o adimplemento substancial ser nitidamente apresentado como exceção de direito material, a qual parece remontar à *exceptio doli generalis*, e que se manifesta no plano formal, como uma exceção substancial peremptória e parcial, comportando-se, destarte, como um contra-direito, em caso de movimentação de pretensão resolutória da obrigação, por exemplo.

Não se pense que tais constatações são despiciendas. Em verdade, boa parte dos problemas de ordem processual (internos ou externos) são resolvidos com o mapeamento genético da Teoria do adimplemento substancial, atribuindo-lhes algumas respostas, quais sejam:

- a) Por ser fruto do princípio da boa-fé objetiva, um inequívoco dever geral de conduta, a *substantial performance* encontra-se incrustada na região da perturbação das relações obrigacionais, pouco importando o fato de estar expressa ou implícita em nosso sistema;
- b) Se o adimplemento substancial decorre de um dever geral de conduta para o direito “privado” como um todo, ele necessariamente incide em toda e

- qualquer relação obrigacional regida, ou não, pelo código civil, posto ser fundante do alicerce civil-constitucional;
- c) Por apresentar caráter de contra-direito, não nega o inadimplemento de escassa importância e, por conseguinte, não nega o direito do credor de haver o que é seu de direito, ainda que mínimo, mas encobre tal pretensão creditícia;
 - d) Ademais, em sendo uma exceção de direito material peremptória e parcial, quando do exercício do direito creditório em face do devedor adimplente em substancialidade, a pretensão do credor ficará encoberta, apenas, quanto aos efeitos resolutórios, ficando a ação liberada para tramitar em relação aos demais pedidos, sobretudo, danos morais;
 - e) Por ser uma exceção de direito material, a sentença do magistrado que a acolhe é meramente declaratória, não a constituindo, pois;
 - f) Outrossim, quanto ao fato de ser uma exceção de direito material, dependente, sua instrumentalização no plano da processualística somente se perfaz se seu reconhecimento ficar comprovado no âmbito da obrigação como um processo (em si).

Em assim o sendo, principalmente em relação ao último ponto, foi de grande relevância para calibrar o reconhecimento do inadimplemento substancial perpassar pela organização dos três grupos de balizas: quantitativa indiciária, qualitativas principiológicas e qualitativas liquidantes, que o julgador deve percorrer para verificar se houve, ou não, a incidência da exceção de inadimplemento substancial no caso concreto.

Por fim, com base em tais balizas, buscou-se demonstrar suas funcionalidades com a análise de casos concretos levados à luz do Superior Tribunal de Justiça, quatro momentos da Teoria em solo brasileiro: Ascensão (Recurso Especial 76362/MT), Disseminação sem balizamento (Recurso Especial 415971/SP), pretensão balizamento (Recurso Especial 1581505/SC) e Turbulência (Recurso Especial 162255/MG).

Na fase de Ascensão (Recurso Especial 76362/MT), visualizou-se no julgado precursor da relatoria de Ruy Rosado, o indicativo, ainda que assistemático, de como se deve promover o balizamento para o reconhecimento da incidência da Teoria do inadimplemento substancial.

Quanto ao momento da Disseminação (Recurso Especial 415971/SP), o foco foi demonstrar que o desenvolvimento da Teoria não seguiu uma proposta organizada e estruturante, resultando em uma descontinuidade com a fase de Ascensão da Teoria.

Já em relação à fase do Pretense Balizamento (Recurso Especial 1581505/SC), observou-se uma tentativa de organizar as balizas extraídas do julgado de Ruy Rosado Aguiar, embora tal sistematização não tenha se confirmado na prática.

Por fim, no momento de Turbulência (Recurso Especial 162255/MG), constatou-se uma reviravolta na tradição jurisprudencial que, para além de fragmentar a Teoria do adimplemento substancial, parece ter atingido a unidade sistêmica fundada no princípio da boa-fé objetiva, posto segregá-lo ao Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao Novo Código Civil**. In: Vol. 06, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução**. 1ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. (Coord.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico e declaração negocial: noções e formação da declaração negocial**. São Paulo: [s.n].

BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista diálogo jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, pp.03-14, Vol.I, n.6, set.2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, v. 81, 2005.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, ano 1, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp. 60-77, nov. 1993.

_____. Inadimplemento antecipado do contrato. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 12, out./dez., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral das Obrigações**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. São Paulo: Bookseller, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento Substancial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento Contratual**. Curitiba: Juruá, 2012, pp.140- 141.

_____. **Por um novo conceito de Mora e Inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero9/mora.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

CHEIRI, Rodrigo. **Adimplemento Substancial: Análise crítica de Parâmetros para Aplicação no Direito Brasileiro**. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, Eduardo José Fonseca da. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 23, n. 90. Belo Horizonte: Fórum, pp. 153-173, abr./jun.2015.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2015.

DELGADO, Mário Luiz *et* ALVES, Jones Figueiredo (Coordenadores). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005, v. 4.

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: Suppressio e Surrectio**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

DIDIER JR., Fredie (et al). **Provas**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. **Revista de Processo**, v. 29, n. 116, p. 54-66, jul./ago. 2004.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações de consumo**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf>

_____. Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, n. 56, pp 141-155, 2012, p.141.

_____. **Responsabilidade Civil pelo Inadimplemento da Boa-fé.** 2011.178 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas/ FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

_____. **Revisão Contratual – A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias.** Salvador: JusPodivm, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Antônio Carlos. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2). **Consultor Jurídico.** São Paulo, 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v. 11. pp. 55-66, 1996.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade.** Curitiba: Juruá, 2014.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Mora e Inadimplemento Substancial.** São Paulo: Atlas, 2014.

GAGLIARDI, Rafael Villar. **A exceção do Contrato não Cumprido.** 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

GARCIA, Rebeca. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. **Revista da AJURIS.** Porto Alegre: Ajuris, v. 40, n. 131, 2013. Disponível em: <www.ajuris.org.br>

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione.** Milão: Dott. A.Giuffrè, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos.** São Paulo: Renovar, 2006.

_____. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil,** v.13, Belo Horizonte: Fórum, pp.39-59, Vol.13, jul./set. 2017.

_____. (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

KRELL, Andreas Joachim. Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista de Direito GV**, v.10, n.1. São Paulo, pp.295-320, jan.-jun. 2014.

_____; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, v.09, n.1. Rio de Janeiro, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Caloute Gulberkian, 1997.

LEWICKI, Bruno. Metodologia do direito civil constitucional: futuros possíveis e armadilhas. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, pp. 288-293, set.2014.

LIMA, Iara Menezes. Métodos clássicos de interpretação no Direito Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 92, pp. 65-98, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2216>>

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>>

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e Direitos da Personalidade**. Revista Jurídica, ano 49, Porto Alegre: Notadez, pp. 08-22, n.284, jun. 2001.

_____. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A função de controle da boa-fé objetiva e o retardamento desleal no exercício de direitos patrimoniais (supressio). **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 53. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pp. 117-140, jul./set. 2014.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. **Contornos do Inadimplemento Absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções**. 121 f. Monografia de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. **Do inadimplemento das obrigações**. Volume V. Tomo II. Arts. 389 a 420.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, pp.24-48, Vol.753, jul.1998.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). **A Construção dos Novos Direitos**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, v. IV, 1979.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.56.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Responsabilidade Civil. Doutrinas Essenciais - Teoria Geral**. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 353 a 372.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Vítor Pimentel. A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e jurisprudência. **Revista Quaestio Iuris**, vol.01, n. 02. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, pp. 360-402, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de Ciência positiva do direito**. 2ªed., vol. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.I.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.II.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, v.III.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v.XXVI.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org). **Diálogos sobre Direito Civil – Construindo a Racionalidade Contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Por uma Nova Dogmática para o Direito Privado: Direito Privado e a Noção Funcional dos Contratos Empresariais**. XVI Congresso Nacional CONPEDI, Belo Horizonte, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUE JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Exceções no Direito Civil: Um conceito em busca de um autor?** In: MIRANDA, Daniel Gomes de *et al.* **Prescrição e Decadência**. Salvador: JusPodivm, 2013.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUBINSTEIN, Flávio. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo: Edusp, v. 99, p. 573-658, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Belo Horizonte: Forum, v. 32, p. 3-27, 2007. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>

_____. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson *et* KONDER, Carlos Nelson (Coordenadores). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Exceções Substanciais: exceção de contrato não cumprido**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. **A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato**. São Paulo: Renovar, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In DA SILVA, Luís Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A falta contra a legalidade constitucional**. Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. **Extinção dos Contratos: limites e aplicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 165-181, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/80>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel (coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-148, 2007. Disponível em: <fbm.com.br>

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. **Itinerário para um imprescindível debate metodológico**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wpcontent/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.035.p>>

_____. Notas sobre a função social dos contratos. TEPEDINO, Gustavo et FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas—Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>

_____. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, vol.7. Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial.

_____; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, v.2, 2008. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/11/A-funcionaliza%C3%A7%C3%A3o-civilistica-2012.2.pdf>>

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Terra-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>

VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Coimbra: Almedina, v. I, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.